UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

Sergio Bonini

L'ELEMENTO NORMATIVO NELLA FATTISPECIE PENALE

Questioni sistematiche e costituzionali

2016

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

10

2016

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2016
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-698-6
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (https://iris.unitn.it/) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.
Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-000-2.

Novembre 2016

Sergio Bonini

L'ELEMENTO NORMATIVO NELLA FATTISPECIE PENALE

Questioni sistematiche e costituzionali

Università degli Studi di Trento 2016

Sempre ai miei genitori
Roberto e Anna

RINGRAZIAMENTI

Grazie a Gabriele Fornasari, per la paziente lettura degli *interna corporis* di questo libro (comunque, *peccata suos teneant auctores*) e per le esperienze che ho potuto vivere a suo fianco nella Facoltà di Giurisprudenza di Trento: l'attività nel Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei è solo un esempio.

Penso, nel licenziare questo lavoro, a Colleghi della mia generazione: uniti, in varie sedi, dalla passione per lo studio dello *ius terribile* e dunque per la riflessione sulla Persona.

Citando per tutti il Preside Giuseppe Nesi e il Decano nonché mio primo Preside Diego Quaglioni, ringrazio quei Maestri, Colleghi e Amici di Facoltà che, sorridenti e senza paludamenti, ogni giorno trasmettono i frutti di una gioiosa ricerca ai nostri Studenti: i quali ci rinnovano prove di essere autentici «Studenti studiosi».

Grazie al Personale non docente della Facoltà e dell'Ateneo, prezioso alleato e non di rado Amico.

INDICE

Pag.

IDEA DI QUESTO LIBRO 1

CAPITOLO I
UNA CATEGORIA IN CERCA DI TEMATIZZAZIONE:
GLI ELEMENTI SPECIFICATI TECNICAMENTE
PER EFFETTO DI FONTI SECONDARIE

*1. Le ragioni dell'*ordo procedendi 8

2. Posizioni dottrinali «favorevoli con caveat*» alla modalità della specificazione tecnica sublegislativa* 9

2.1. I rilievi pionieristici di Bricola e di M. Romano 9

2.2. Soggettivo e oggettivo della «specificazione tecnica» nel pensiero di Pulitanò 12

2.3. Il triplice fondamento costituzionale dell'integrazione regolamentare scientifico-tecnica nell'impostazione di Parodi Giusino 14

2.4. I concetti tecnicamente definiti nelle sistemazioni enciclopediche di Palazzo e di Vassalli 18

2.5. Valori-soglia e costruzione tripartita del reato nelle riflessioni di Infante e Salcuni 21

3. Posizioni critiche nei confronti della «specificazione tecnica». Critica della (più radicale) critica 26

3.1. La netta confutazione operata da M. Gallo 26

3.2. Perplessità e obiezioni riguardo alla specificazione tecnica sublegislativa nella prospettiva di Stortoni… 31

3.3. …di Pagliaro… 33

Pag.

3.4. …di Vinciguerra 36

3.5. …e di Pittaro 40

3.6. Il percorso di Giunta circa il ruolo dei limiti tabellari in materia di ambiente 43

3.7. Le preoccupazioni di Stella intorno a un'ampia valutatività dei giudizi scientifici. Le conseguenze dedotte in tema di strutturazione della fattispecie 55

4. La frastagliata ricchezza della giurisprudenza costituzionale in tema di «completamenti tecnici» della figura incriminatrice 65

4.1. Le pronunce degli anni '50-'60 e le tesi dell'«acclaramento tecnico», del «presupposto di fatto» e della «sufficiente specificazione» 66

4.2. Gli anni '70: fra discutibili etichettature e affinamenti di stili argomentativi 75

4.3. Gli orientamenti della Consulta "visti" dalla Corte di Cassazione 76

4.4. Una pronuncia (felicemente) isolata su rumore negli ambienti di lavoro e «prudente apprezzamento» del giudice 79

4.5. Contaminazioni fra discrezionalità tecnica e discrezionalità valutativa in un'altra pronuncia del finire degli anni '80 83

4.6. Una sentenza di particolare chiarezza dogmatica: la n. 282 del 1990 84

4.7. Una summa *dell'ermeneutica costituzionale circa la specificazione tecnica infralegislativa nella pronuncia 333 del 1991* 87

4.8. Sent. 295/2002: la luce dell'interpretazione teleologica a illuminare una "vecchia" posizione 89

Pag.

4.9. La giurisprudenza non è (ancora?) legge: spunti sull'integrazione tecnica dalla pronuncia 230/2012 92

5. Un caso di "specificazione tecnica differita": in materia di doping, la patologia costituzionale di un modulo sotto condizioni apprezzabile 97

CAPITOLO II

IL *GENUS* DEGLI ELEMENTI NORMATIVI DELLA FATTISPECIE PENALE: PRIME FONDAZIONI E "RIDUZIONISMI"

SEZIONE I: I «PADRI» DEGLI ELEMENTI NORMATIVI

1. Gli esordi della categoria: dalla purezza del Tatbestand *belinghiano alla scoperta dell'«eccezione» rappresentata da elementi normativi con M.E. Mayer* 109

2. E. Mezger, ovvero del peculiare "soggettivismo vincolato" nella ricostruzione di ciò che è «normativo» 124

3. Il «minore» F. Eichmann: spunti sulle diverse proprietà di «normativo culturale» e «normativo giuridico» 134

SEZIONE II: TESI «RIDUZIONISTE»

1. La distinzione tra elementi normativi ed elementi descrittivi come «impresa impossibile» in E. Wolf (e alcuni passaggi dell'autore meno valorizzati) 137

2. L'originale «tuttonormativismo» del civilista prestato al penale R. Bienenfeld 146

3. Su G. Maggiore, che può citare Wolf fra gli autori orientati a separare normativo e descrittivo 149

4. La «fattispecie integrale» di B. Petrocelli come sede dogmatica inadatta a ospitare concetti descrittivi 152

Pag.

5. I «quattro Welzel», partendo dal «tutto descrittivo» 155

6. La fin de non-recevoir *opposta da P. Nuvolone alla «dottrina dei valori»* 163

7. «Prevalutazione» racchiusa nella fattispecie e significato ermeneutico dello «spirito oggettivo» nell'indagine monografica di K.H. Kunert 166

8. La drastica "indifferenza funzionale" di descrittivo e normativo in un contributo di U. Dopslaff 174

CAPITOLO III

LE RAGIONI PER UNA SEPARAZIONE TRA DESCRITTIVO E NORMATIVO

1. Pars construens*. La possibilità di fondare una distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi unicamente su una sinergia di argomenti logico-concettuali e normativo-funzionali. Primi argomenti logico-concettuali. Molteplicità di terreni di coltura della distinzione tra descrittivo e normativo. Manualistica e insegnamento come luoghi di ancoraggio della distinzione tra le due categorie di elementi, al di là delle divisioni in ricerche specialistiche* 187

2. Seguono gli argomenti logico-concettuali. Il pur incidentale "ripristino" della distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi in autori rispettivamente "tuttonormativisti" e "tutto-descrittivisti" 189

3. Segue*. Il «dolore del confine» come tema caratteristico del diritto penale e non solo della distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi* 192

4. Segue*. Casi (incerti ma anche casi) facili di inquadramento di un elemento come descrittivo o come normativo: il significato di questi secondi per la praticabilità della distinzione* 197

Pag.

5. Segue*. La logica* fuzzy *come (superabile) fattore di crisi di una distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi* 206

6. Segue*. Non automatica deducibilità dal comune inserimento nel «fatto» di più generali «avvicinamenti» tra le categorie degli elementi normativi e degli elementi descrittivi* 209

7. Segue*. Proiezione esterna: le conseguenze negative sulla comprensione dei caratteri delle «norme in bianco» derivanti dall'abbandono delle classi autonome del normativo e del descrittivo* 212

8. Argomenti normativo-funzionali. Il combinato disposto dell'idoneità alla «economia legislativa» e della «capacità osmotica» quali contrassegni di elementi di taglio normativo 214

9. Segue*. La «valutazione parallela nella sfera laica» come specifico soggettivo di una classe «normativa» di elementi* 219

10. Segue*. Motivi «universali» e motivi di diritto positivo interno per rimarcare la figura dell'elemento normativo nel contesto dell'errore sul fatto* 227

CAPITOLO IV

L'APPARTENENZA DEGLI ELEMENTI NORMATIVI AL «FATTO»

1. Ragioni di segno negativo. Offensività, dolo, errore ed esclusione dell'inquadramento nell'antigiuridicità 235

2. Ragioni di segno positivo. Pertinenza degli elementi normativi a un «fatto in senso stretto» arricchito dai principi costituzionali ... 239

3. Segue*. Concetti di taglio normativo e calibrata «anticipazione» di raccordi valutativi all'interno della tipicità* 245

4. Segue*. Argomento strutturale: l'indefettibile «realità fattuale» dell'elemento normativo* 248

Pag.

5. Segue. *La funzione di «economia dialogica» come* quid proprium *degli elementi normativi assolvibile all'interno di un* Tatbestand *«descrittivo»* 249

6. Segue. *La presenza del «normativo» in ogni possibile "sezione" del fatto tipico* 251

CAPITOLO V

ELEMENTI NORMATIVI
E PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

SEZIONE I: REVISIONISMI IN TEMA DI DESCRITTIVO, NORMATIVO E DETERMINATEZZA

1. K. Engisch: agli albori di una problematizzazione della contrapposta determinatezza di elementi descrittivi ed elementi normativi 255

2. T. Lenckner: una sottolineatura arciconvinta intorno ai pregi degli «elementi bisognosi di riempimento valoriale» (e ai difetti degli elementi descrittivi) 257

3. L'accreditabilità di una determinatezza solo «relativa» in E. Schmidhäuser 264

4. Le incertezze del «linguaggio naturale» nella riflessione di W. Hassemer 271

5. Elementi elastici ed elementi vaghi nello studio di S. Messina 273

6. Le «regole» di F. Bricola per la costruzione e l'interpretazione della fattispecie in chiave tassativa 277

7. Elementi descrittivi, elementi normativi e «determinatezza sociale» nel pensiero di A. Pagliaro 280

8. L'indicazione in M. Spasari di una «legislazione penale per principi» 283

Pag.

9. «Indeterminatezza semantica», «indeterminatezza costituzionale» e differenti «ordini delle preferenze tassativo-tipiche» nelle ricerche di F. Palazzo 285

10. Le due classi di elementi descrittivi traditrici della determinatezza nella diagnosi di S. Moccia 290

11. L. Risicato: l'acme del riconoscimento intorno all'«ubiquità» della «questione determinatezza» 291

12. La «parità» tra elementi descrittivi ed elementi normativi nella dialettica testo/contesto 294

13. Tipi e fonti dell'equivocità dei testi normativi nella più aggiornata riflessione giusfilosofica. La sostanziale «equidistanza» di elementi descrittivi ed elementi normativi rispetto a queste problematiche 302

14. Risemantizzazione ed elementi "aperti" in un saggio di G. Mannozzi 308

SEZIONE II: FATTORI DI PERSISTENTE MINORE DETERMINATEZZA DEL NORMATIVO

1. L'applicazione analogica dell'elemento normativo come strumento (in potenza) «eversivo» 311

2. La più frequente verificabilità di errori di sussunzione relativamente al «normativo» che al «descrittivo» (e riflessi oggettivi) ... 317

3. Profili di tensione tra elementi normativi giuridici e afferrabilità della valutazione precettiva mediante comportamenti non linguistici 320

4. L'«artificialità» di «fatti istituzionali» (J.R. Searle)/elementi normativi come possibile fattore di tensione rispetto alla determinatezza/rimproverabilità personale 323

Pag.

5. Elementi normativi e «rinvii multipli» 328

6. Inadeguata tipicizzazione di elementi normativi e compromissione della determinatezza della definizione legale che li contiene 331

MAPPA SINTETICA DEL LIBRO 337

BIBLIOGRAFIA 339

IDEA DI QUESTO LIBRO

Questo lavoro tende lo sguardo alle *variegate forme* di collegamento fra diritto penale e diritto extrapenale.

Elementi tecnicamente specificati, concetti normativi, norme penali in bianco ovvero, ancora, illiceità speciale e fattispecie penali a struttura sanzionatoria rappresentano infatti tipi di "integrazione" fra diritto penale e norme giuridiche extrapenali che meritano di essere *rigorosamente scorporati* all'interno del magmatico "concetto superiore" dato dal «rinvio normativo».

Talvolta, anzi, è proprio la categoria della norma penale in bianco a essere intesa quale *Oberbegriff*, nozione di grado più elevato capace di sussumere ogni configurazione morfologica delle fattispecie che presentino un *benché minimo* "aggancio" con fonti extrapenali.

Certo, è l'*impossibilità logica* di immaginare il diritto penale come un mondo a sé stante, senza «spazi liberi»[1], ovvero ermeticamente chiuso nei confronti delle esigenze e degli apporti provenienti dagli altri rami dell'ordinamento, a rendere irrinunciabile e fisiologico un "dialogo in forma normativa" fra diversi settori giuridici.

Non per questo tuttavia sembra corretto etichettare come *Blankettstrafgesetze* tutte, *indistintamente*, le modalità di rimando del penale all'extrapenale (con le conseguenze in tema, per esempio, di riserva di legge, di determinatezza, di dolo e di errore che discendono *o che si pretende* di far discendere da siffatta qualificazione).

Già "a prima lettura", del resto, risulta ben diverso lo "spazio" concesso all'extrapenale in delitti come il furto (nell'art. 624 c.p. figura come noto l'elemento dell'altruità della cosa, "classicamente" posto come normativo) rispetto al maggiore "peso" che ricoprono materiali extrapenalistici nell'economia del precetto di «inosservanza dei prov-

[1] L'espressione è in F. CHIAROTTI, *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, Milano, 1950, 4.

vedimenti dell'Autorità» (es.: art. 650 c.p., pur registrandosi autorevoli opinioni che ne negano l'inquadramento come fattispecie in bianco).

Apparirebbe poi *singolare una decurtazione* dello strumentario definitorio a vantaggio di *macro-concetti* come la "tecnica del rinvio" o il "bianco", in un ambito che da più di un secolo – si pensi ai rilievi pionieristici di un Binding sulle norme in bianco[2] o di un M.E. Mayer sugli elementi normativi[3] – vede la dottrina impegnata in uno sforzo di chiarificazione e di *scomposizione analitica* delle molteplici possibilità tipologiche che il legislatore ha a disposizione nel costruire il divieto o il comando penale.

Sforzi, questi, che tuttavia non si può negare abbiano talvolta prodotto *dispersive distinzioni e sottodistinzioni*, con esiti di frantumazione linguistico-concettuale, dei quali è emblema l'idea della norma penale «parzialmente» in bianco, a meno che non si voglia impiegare tale formula come sinonimo di fattispecie con "singoli" elementi normativi.

Occorre poi evitare i *rischi di ipostatizzazione* delle categorie dogmatiche, ovvero di un'elevazione delle teorie e dei concetti propri della scienza penale ad "autoscopo", o scopo predominante, dell'attività di ricerca.

Per esempio, quello che preme non sono tanto o non sono soltanto le caratteristiche dell'elemento normativo "in sé", quanto una concettualizzazione funzionale alla risoluzione scientifica ossia secondo *coordinate "universali"* delle problematiche poste dagli elementi normativi (se tali davvero sono) della citata altruità nel furto, dell'abuso della qualità o dei poteri nella concussione e nell'induzione indebita a dare o promettere utilità, e dalle altre innumerevoli ipotesi recuperabili nei più svariati campi della parte speciale e della legislazione complementare.

Il territorio che si intende esplorare non può dirsi certo vergine[4].

---

[2] K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, II ed., I, *Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1890, 158-167, e *ivi* (162) la nota immagine della norma in bianco come corpo errante in cerca dell'anima («wie ein irrender Körper seine Seele sucht»).

[3] M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, 1915, 182-185.

[4] E dunque inizialmente inquieta l'interrogativo: «Gibt es "Neues", das es sich zu schreiben und zu lesen lohnt?», posto espressamente da C. BURCHARD, *„Irren ist*

Numerosi e importanti studi, monografici e non, pubblicati in una ricca letteratura internazionale e anche di recente apparsi nella nostra dottrina, hanno di volta in volta indagato, con indubbio nitore dogmatico e acribia politico-criminale degna di miglior causa, le fattispecie aperte e i contrassegni del dovere giuridico, le funzioni del fatto tipico nel diritto penale accessorio, i problemi costituzionalistici e penalistici delle norme penali in bianco con particolare riferimento al diritto penale dell'economia, il significato dell'illiceità speciale nella teoria generale del reato, il rapporto fra colpevolezza e diritto penale artificiale, i profili generali e i problemi applicativi caratteristici degli elementi normativi della fattispecie penale, l'efficacia delle norme extrapenali sull'interpretazione penalistica[5].

Quel che forse ha fatto sinora difetto – e di qui avanzerei l'auspicio che la presente monografia possa contribuire a colmare la carenza – al di là di notevoli "aperture" verso classi affini invero rinvenibili all'interno di alcune ricerche, è esattamente una visione d'insieme delle diverse tipologie di connessione fra diritto penale e fonti giuridiche extrapenali[6]; dichiarazione d'intenti niente affatto originale, questa, e tipica del resto di ogni ricercatore che sia guidato da spirito innovatore: anche uno degli ultimi contributi d'interesse su temi di questo scritto (sulle norme in bianco, in specie) – mi riferisco al libro di Dietmeier – imputa alle opere immediatamente precedenti di avere studiato "settorialmente" il *Blankettstrafrecht*: o mettendo a fuoco solo alcuni problemi teorico-generali o avendo nel mirino singoli delitti/gruppi di delitti[7]; al netto dei buoni propositi di studio e dei *cliché* introduttivi, in ogni modo, resta la convinzione che una nicchia per uno svolgimento di queste tematiche in buona parte nuovo vi possa essere.

---

menschlich". Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen, Tübingen, 2008, 1, come domanda cui «comprensibilmente» ogni motivato ricercatore deve dare risposta affermativa.

[5] "Citandosi" per ora sommariamente qualcuno fra i più stimolanti lavori in argomento.

[6] Non ha perso di attualità il rilievo in questo senso di H.-P. LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970, 44-45.

[7] F. DIETMEIER, *Blankettstrafrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Marburg, 2002, 2.

Il lettore non si aspetti però dal percorso che seguirà punti fermi o *Leitgedanken*: molto è opinabile nel diritto penale dei nostri tempi così come d'altra parte nella storia dello *ius criminale*, e suscettibili di *risposte diversificate* sono in misura consistente anche i problemi oggetto di questa monografia.

Con ciò, non si intende abbracciare un diritto penale "della relativizzazione", o "del dubbio", o "della predominanza delle istanze di parte speciale sulle regole di parte generale", ma solo confrontarsi con la complessità delle questioni secondo un approccio che – pur nel modesto valore di tali enunciazioni metodologiche di principio – potrebbe dirsi "generale-concreto" (*rectius*: "concreto-generale"), che punti cioè a sviluppare normoteoreticamente una sistematica del rapporto diritto penale/diritto extrapenale attraverso un'analisi il più possibile estesa della parte speciale (o, più realisticamente, di fattispecie o aree di *materie-campione*) e di *costellazioni di casi* controversi.

Ovviamente, direi così, un *Leitmotiv* dell'indagine però ci sarà, ed esattamente i principi che la Costituzione dedica all'ambito penale; principi visti in ogni caso, si confida correttamente sotto un profilo metodologico[8] e teleologico, non quali statici *moloch* che partoriscono automatiche "priorità" alla stregua di impostazioni di puro stampo deduttivistico ma quali idee-guida *di immediata precettività e soggette peraltro a interrelazione dialogica* (non necessariamente consonante) con i propri "colleghi a livello di Carta fondamentale": in omaggio, d'altro canto, a una visuale del «bilanciamento» *già* a livello costituzionale che appare vieppiù tematizzata e praticata.

Per anticipare un solo esempio, se è compito del legislatore quello di precisare compiutamente il precetto così da *contenere gli "spazi di manovra"* del potere esecutivo e del potere giudiziario – a salvaguardia dei principi di riserva di legge e di determinatezza –, al tempo stesso il Parlamento dovrà guardarsi dagli *eccessi di una tecnica casistica* che mette in crisi il principio di tutela dei beni giuridici, per le lacune di tutela che essa inevitabilmente produce (oltre a compromettere, in ragione della

[8] La preoccupazione per il metodo è bene che laceri sempre chi studia: «Die Methode ist die objektive Grundlage jeder Wissenschaft» (W. SAUER, *Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart, 1940, 35).

frammentazione del messaggio precettivo, la stessa determinatezza, sotto il versante dell'orientamento culturale a questa collegato).

Si lavorerà mossi da animo propositivo e critico, posto che questa è la vocazione della coscienza penalistica *a fatica svincolatasi* dalla morsa del tecnicismo giuridico e ormai adusa a vigilare diuturnamente sull'attività dei tre poteri.

Ma non si censurerà *a priori* l'esistente normativo, poiché è condivisibile il rilievo secondo cui la normazione vigente, per il solo fatto di essere tale, non può non possedere una «sua» razionalità, la *razionalità del reale*; la per quanto vitale proiezione *de lege ferenda* non dovrebbe tornare a discapito della preliminare comprensione delle motivazioni sottese alle scelte normative già effettuate, e del necessario confronto con le problematiche interpretative che scaturiscono dai prodotti legislativi in vigore.

Pur nell'*attenzione "globale"* che si intende dedicare ai collegamenti norme extrapenali/diritto penale, una *delimitazione dell'indagine* sarà comunque quasi inevitabile: per l'essere forzata da "limiti di energia" (*ultra posse nemo tenetur*); ma anche per la convinzione circa la maggiore fecondità del focalizzarsi *non* sulla *patologia* (le *norme penali in bianco*)[9] *ma* sulla *fisiologia* (gli *elementi normativi*, i quali rappresentano tuttavia una *fisiologia problematica*).

L'*elemento normativo nella fattispecie penale* è dunque il miglior attore protagonista nella trama di questo libro.

Un protagonista che conosce delle articolazioni interne, gli elementi tecnicamente specificati per effetto di fonti secondarie (cap. I); un'immediatamente vivace fondazione ma anche intense e autorevolissime negazioni della sua stessa esistenza (cap. II); la correlativa, eventuale esigenza di una rigorosa, multifattoriale distinzione rispetto a ciò che è descrittivo (cap. III); l'ulteriore necessità di un'ugualmente poligenetica

[9] Una patologia *spiegabile, ma non giustificabile*, con istanze di «flessibile adattamento» del diritto penale alla complessità sociale e giuridica (elasticità che, come discuteremo, è propria anche di elementi normativi, entro confini più tollerabili). Una patologia che in più passaggi del libro sarà *comunque toccata*, e della quale anche quando non verbalizzata sarà forse possibile desumere con procedimento *a contrario* i contrassegni.

ascrizione sistematica al fatto (cap. IV); la sollecitazione a valutarne i reali limiti di compatibilità con il principio di determinatezza (cap. V).

Anche incentrandola sugli elementi normativi, qualche stralcio dalla trattazione sarà indispensabile, e non saranno stralci di poco momento.

In particolare, si rinuncerà a sviluppare i *grandi temi del dolo e dell'errore*, sui quali notoriamente la letteratura è più che copiosa[10] e che sarebbe davvero impossibile gestire nel contesto di questa ricerca (anche qui: «nicht übers Herz bringen»); *non mancheranno peraltro* richiami, anche piuttosto frequenti, a nodi pertinenti all'imputazione soggettiva, quando utili a chiarire profili immediatamente nel fuoco dell'indagine.

Si preferiranno quindi gli aspetti *costituzionali, ordinamentali, di tipicità oggettiva, di politica criminale, di tecnica legislativa* (la «scienza della legislazione» fatta evolvere da un Noll o da un Amelung è tradizionalmente, anche se con importanti eccezioni, meno coltivata nella nostra dottrina). Carne al fuoco, pertanto, non scarseggerà comunque!

[10] Con particolare riferimento alla categoria dell'illiceità speciale, rilevava una «"sudditanza" del tema della collocazione sistematica […] nella struttura del reato rispetto a quello dell'errore» G. MORGANTE, *Note critiche in tema di illiceità espressa ed illiceità speciale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani. Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001 (stampa 2002), 567.

CAPITOLO I

UNA CATEGORIA IN CERCA DI TEMATIZZAZIONE: GLI ELEMENTI SPECIFICATI TECNICAMENTE PER EFFETTO DI FONTI SECONDARIE

SOMMARIO: *1. Le ragioni dell'*ordo procedendi*. 2. Posizioni dottrinali «favorevoli con* caveat*» alla modalità della specificazione tecnica sublegislativa. 2.1. I rilievi pionieristici di Bricola e di M. Romano. 2.2. Soggettivo e oggettivo della «specificazione tecnica» nel pensiero di Pulitanò. 2.3. Il triplice fondamento costituzionale dell'integrazione regolamentare scientifico-tecnica nell'impostazione di Parodi Giusino. 2.4. I concetti tecnicamente definiti nelle sistemazioni enciclopediche di Palazzo e di Vassalli. 2.5. Valori-soglia e costruzione tripartita del reato nelle riflessioni di Infante e Salcuni. 3. Posizioni critiche nei confronti della «specificazione tecnica». Critica della (più radicale) critica. 3.1. La netta confutazione operata da M. Gallo. 3.2. Perplessità e obiezioni riguardo alla specificazione tecnica sublegislativa nella prospettiva di Stortoni… 3.3. …di Pagliaro… 3.4. …di Vinciguerra… 3.5. …e di Pittaro. 3.6. Il percorso di Giunta circa il ruolo dei limiti tabellari in materia di ambiente. 3.7. Le preoccupazioni di Stella intorno a un'ampia valutatività dei giudizi scientifici. Le conseguenze dedotte in tema di strutturazione della fattispecie. 4. La frastagliata ricchezza della giurisprudenza costituzionale in tema di «completamenti tecnici» della figura incriminatrice. 4.1. Le pronunce degli anni '50-'60 e le tesi dell'«acclaramento tecnico», del «presupposto di fatto» e della «sufficiente specificazione». 4.2. Gli anni '70: fra discutibili etichettature e affinamenti di stili argomentativi. 4.3. Gli orientamenti della Consulta "visti" dalla Corte di Cassazione. 4.4. Una pronuncia (felicemente) isolata su rumore negli ambienti di lavoro e «prudente apprezzamento» del giudice. 4.5. Contaminazioni fra discrezionalità tecnica e discrezionalità valutativa in un'altra pronuncia del finire degli anni '80. 4.6. Una sentenza di particolare chiarezza dogmatica: la n. 282 del 1990. 4.7. Una* summa *dell'ermeneutica costituzionale circa la specificazione tecnica infralegislativa nella pronuncia 333 del 1991. 4.8. Sent. 295/2002: la luce dell'interpretazione teleologica a illuminare una "vecchia" posizione. 4.9. La giurisprudenza non è (ancora?) legge: spunti sull'integrazione tecnica dalla pronuncia 230/2012. 5. Un caso di "specificazione tecnica differita": in materia di doping, la patologia costituzionale di un modulo sotto condizioni apprezzabile.*

*1. Le ragioni dell'*ordo procedendi

Nella dominante dottrina e nella giurisprudenza costituzionale non solo italiane, la «specificazione tecnica» di elementi della fattispecie incriminatrice a opera di fonti sublegislative risulta accreditata come la *meno problematica* fra le tipologie di rinvio.

Eppure, il quadro critico sull'integrazione tecnico-scientifica è *più frastagliato* rispetto al consueto stile di manuali e di opere di carattere generale: inclini a presentarla, con semplificazione in parte inevitabile, quale opzione normativa fisiologica o anzi talora molto opportuna, e comunque al riparo da dubbi di legittimità costituzionale in punto di riserva di legge, di tassatività e di offensività.

Nella stessa *letteratura favorevole* alla modalità legislativa in parola, emergono invece significativi *caveat* e la connessa raccomandazione a un *utilizzo "controllato"* (v. subito *infra*, par. 2); ma sono registrabili anche autorevoli prese di posizione *fortemente dubbiose* quando non contrarie alla sua ammissibilità (par. 3); nonché asserzioni della Consulta di taglio *nettamente diverso* dalla tradizionale impostazione che la fa salva (par. 4); infine, una *insospettata difficoltà di "tenuta"* in un recente settore della legislazione complementare (par. 5).

Esaminata nel contesto di notevoli studi di parte generale o di parte speciale, la specificazione tecnica sublegislativa fa i conti tuttavia con una quasi completa assenza di messe a fuoco organiche, *monografiche*[1].

Si cercherà qui di colmare la lacuna, sottoponendo ad "analisi logica" i singoli problemi, e riportando *in dettaglio* le varie correnti di pensiero: sia perché, ripetiamo, una tale opera, *oltre che critica* in prima battuta ricognitiva, difetta nell'attuale panorama bibliografico; sia perché sono sempre *dietro l'angolo* i rischi di «travisamenti e manipolazioni squalificanti (subdolamente e maldestramente finalizzate a rafforzare la propria argomentazione)» connessi a citazioni "veloci", "per stralcio"[2].

[1] Si deve in ogni caso menzionare sin d'ora, in particolare, un fitto lavoro di Infante e Salcuni, sul quale *infra*, I, 2.5.

[2] L'ammonimento proviene da F. MANTOVANI, *Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale*, in *Criminalia*, 2013, 648: codice valevole «sempre e soltanto per loro [i giovani studiosi]?!», si chiede l'autore nel delinearne una «bozza» in forma

2. Posizioni dottrinali «favorevoli con caveat*» alla modalità della specificazione tecnica sublegislativa*

2.1. I rilievi pionieristici di Bricola e di M. Romano

Precursore di un atteggiamento "benevolo con cautela" nei confronti della specificazione tecnica sublegislativa può considerarsi Franco Bricola, che dedica al fenomeno in questione alcune pagine del capitolo de *La discrezionalità nel diritto penale* avente a oggetto la riserva di legge, essenzialmente nel paragrafo sui «limiti logici al carattere assoluto della riserva».

Si ragiona sull'esempio, in seguito un *tòpos* della materia, rappresentato dalla fattispecie che punisca l'utilizzo ovvero il commercio di sostanze fornite di un dato effetto, chimicamente e clinicamente individuato, e rinvii a un successivo regolamento per l'elencazione particolareggiata delle medesime.

In ambiti «estremamente tecnici», rileva l'autore, è proprio l'atto normativo secondario a consentire una «dettagliata enunciazione dei fatti od oggetti» che ricadono nella previsione di legge.

Il «tecnicismo» di tale modello normativo ha il duplice pregio di allontanare da un lato il pericolo di un'«ipertrofia casistica» (del precetto posto dal legislatore), effetto collaterale di uno «stretto legalismo nella formulazione della fattispecie penale»; e di ridurre dall'altro gli inconvenienti legati a un «eccessivo dominio del fattore politico»[3]; senza che con questo possano ritenersi tradite le «garanzie di precisione formale» tipiche del procedimento integralmente legislativo.

---

di decalogo, che riprende la davvero graffiante pagina di A. PAGLIARO, *Regole della citazione faziosa* (1984), in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. IV. Altri scritti - II*, Milano, 2009, 579-580. Cfr. altresì A. CADOPPI, *Cento anni di diritto penale comparato in Italia* (2000), ora in ID., *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014, 67, sull'artificio retorico illuminato da Schopenhauer del «far dire ad un altro cose non dette (in quei termini), per poterle facilmente criticare e rendere più convincente la propria tesi».

[3] Sullo sfondo della questione, l'a. già scorgeva infatti i segni di una «più generale polemica fra tecnici e politici nella formazione del diritto».

Occorre però – ecco la fondamentale condizione limitatrice – che «la norma penale indichi già di per sé, in misura sufficiente, la sfera di significati e di disvalore che essa intende ricoprire».

Si intravede altresì nell'idea della specificazione tecnica da parte di un Ministero «un margine di aleatorietà che consiglia un prudente e limitato impiego del criterio».

Se la precondizione di cui sopra è rispettata, nota Bricola, e più in generale se si fa del criterio in discorso un uso «lineare», non ci si dovrà peraltro eccessivamente preoccupare del grado di «incidenza» della fonte sublegislativa sulla fattispecie penale anche perché «praticamente, in virtù della delimitazione citata, essa finirà per essere di "marginale rilievo"»[4].

In *Teoria generale del reato* l'autore, più brevemente, tornerà a valorizzare una necessaria «distinzione tra *criterio tecnico*, affidato all'elaborazione legislativa, e determinazione in via meramente deduttiva della portata della categoria tecnica affidata all'esecutivo», quale meccanismo che permette «un più felice adeguamento della norma penale all'evoluzione delle scoperte tecniche e scientifiche».

Rispetto a «La discrezionalità», può osservarsi però in «Teoria generale» una *nuance* nel segno di un'ulteriore prudenza: non solo in quanto «valutazioni tecniche e scelte caratterizzanti, anche sotto il profilo politico, non sono sempre agevolmente differenziabili»; ma anche perché «ove l'evoluzione metta in crisi o alteri il criterio tecnico, la riserva assoluta di legge esige un intervento del legislatore penale stesso»[5].

---

[4] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali* (1965), ora in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*. *Opere monografiche*, Milano, 2000, 250, 253 nt. 50, 258-260.

[5] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (1973), ora in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I. *Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo I. *Dal 1960 al 1973*, Milano, 1997, 650-651.

Un esempio recente che dà corpo al concetto bricoliano di «non agevole differenziabilità» tra discrezionalità tecnica e discrezionalità valutativa è offerto dall'ambito della repressione penale del *doping*: si avrebbe un caso di "sconfinamento" dell'autorità amministrativa dal campo delle regole puramente tecniche a quello *lato sensu* della politica se fra le maglie dei rigidi parametri medico-farmacologici che informano l'*iter* di catalogazione delle sostanze dopanti si insinuassero valutazioni di convenienza e ponderazioni di interessi legate al "bilanciamento" fra pericolo sanitario dell'uso di

Un forte impulso alla tematizzazione di elementi bisognosi di definizione tecnica verrà poi da *"Repressione della condotta antisindacale"* di Mario Romano. L'«intervento integrativo, in funzione specificativa della fattispecie, da parte della fonte subordinata», oltre a soddisfare il *prius* logico di una riserva «tendenzialmente» assoluta, appare all'autore realmente «prezioso», essendo volto a infondere nella descrizione dell'illecito una «precisione di espressione» e una «puntualizzazione delle regole di condotta» del tutto armoniche con il principio di determinatezza.

Triplice è tuttavia l'avvertenza che Romano pone rispetto a un più largo uso dell'integrazione tecnica, meglio esplicitando le ragioni del *restraint* suggerito da Bricola: da un lato precludere al potere regolamentare di indossare le neutrali e mentite spoglie della discrezionalità semplicemente tecnica e specificatrice, per effettuare apprezzamenti o valutazioni in realtà di carattere squisitamente politico; dall'altro vigilare che al regolamento non sia surrettiziamente delegata una «cernita in blocco di comportamenti da sanzionare nell'ambito di determinati settori»; infine e più in particolare badare che alla fonte subordinata non sia consegnata la «scelta delle condotte meritevoli di una sanzione concessa 'in bianco'» (ciò che è evitabile solo se il legislatore abbia tracciato un «'solco' univocamente precostituito»).

Con il *moto circolare* che abbiamo visto essere proprio dell'argomentazione bricoliana (si individuano i pregi della tecnica *de qua*, se ne evidenziano possibili punti critici, si torna a ribadire la complessiva accoglibilità di tale modulo), Romano conclude sottolineando come i rischi che si corrono nell'affidare al potere normativo secondario ambiti tecnici di specificazione, in rapporto a esigenze di «aggiornamento», o di precisazione «di tempo e di luoghi», siano comunque «certamente» minori rispetto a quelli caratteristici di formulazioni parlamentari indeterminate e vaghe, che posticipano le scelte circa la concreta punibilità al «lento, difficile, a volte tortuoso cammino della giurisprudenza»[6].

---

determinati farmaci e spettacolarità/frequenza/redditività delle competizioni che si ritenga ottenibile in forza del generalizzato impiego di quegli stimolanti.

[6] M. ROMANO, *"Repressione della condotta antisindacale". Profili penali*, Milano, 1974, 170-172; ID., *Commentario sistematico del codice penale*, I, *Art. 1-84*, III ed., Milano, 2004, 37-38, puntualizzando come solo entro i confini di un potere regolamen-

Vedremo del resto in un successivo paragrafo[7] come la *dialettica legislativo/esecutivo/giudiziario*, in relazione a elementi d'indole tecnico-scientifica, sia ricorrente anche nella giurisprudenza costituzionale.

2.2. Soggettivo e oggettivo della «specificazione tecnica» nel pensiero di Pulitanò

Merito di Domenico Pulitanò, con *L'errore di diritto nella teoria del reato*, è di avere illuminato la peculiare caratterizzazione del nesso determinazione del disvalore oggettivo/contenuto dell'imputazione soggettiva, che emerge quando a venire in gioco siano concetti di stampo tecnico.

L'autore, adesivamente a Romano e a Bricola, in primo luogo tesse le lodi della «specificazione amministrativa del precetto penale», in termini di «più ampia realizzazione dell'esigenza sostanziale di tassatività».

Minore cura si riserva a eventuali inconvenienti "tipico-oggettivi" delle specificazioni *de quibus* pur duplicemente richiamandosi, come presupposti di compatibilità con la riserva di legge, la valenza «meramente tecnica» dell'intervento sublegislativo e la sua sottoposizione al sindacato giurisdizionale di legittimità.

Ma quel che a Pulitanò sta a cuore, in sintonia del resto con il tema dell'opera, è per l'appunto porre l'accento sul «rispecchiamento soggettivo» dell'illecito dettagliato da fonti secondarie; sono anzi i principi sulla responsabilità soggettiva, rimarca l'autore, a dettare le *condizioni di ammissibilità e di «marginalità»* dell'integrazione scientifica: «La "legge" formale, come deve essere sufficiente a determinare il disvalore

---

tare rigorosamente tecnico mantenga «un suo innegabile significato anche l'idea-guida della riserva relativa».

Già in questi primi contributi emergono quindi *obiettivi vantaggi* riconducibili all'integrazione tecnica da parte di fonti secondarie, cui può accompagnarsi la *presa d'atto* che il legislatore rimanda "volentieri" a tali fonti, oltre che per la «fisiologica diffidenza che egli nutre verso la discrezionalità del potere giudiziario», a motivo di un «rapporto di contiguità che ha con il potere esecutivo»: così ora R. BARTOLI, *Incriminazione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 615.

[7] Cfr. *infra*, I.4.

oggettivo tipico, così deve essere il punto di riferimento sufficiente – e necessario – dell'elemento soggettivo».

Le specificazioni ministeriali, per contro, presentano una natura ancipite, nella misura in cui possono considerarsi «operanti "sul piano del precetto", ma formalmente estranee alla struttura tipica di esso»: ecco perché il dolo potrà essere escluso da un errore sull'atto amministrativo, cui si faccia ricorso «in funzione conoscitiva, non del precetto ma della natura obiettiva di particolari sostanze»[8].

Si affaccia qui, in relazione a concetti specificati tecnicamente, la problematica dell'"assegnazione" delle (diverse tipologie di) norme extrapenali al «fatto» o viceversa al «precetto» con cui la presente ricerca ambisce a confrontarsi[9].

Anche e proprio alla luce della segnalazione di un'appartenenza solo «indiretta» delle liste specificative al precetto, non convince tuttavia il cenno intorno a una «non assimilabilità» delle specificazioni regolamentari alla tecnica degli elementi normativi: collocati, questi ultimi, in accordo con la versione oggi del tutto maggioritaria (va aggiunto: enunciata però spesso in via assiomatica), all'interno del «fatto-reato».

Diversamente dall'illustre autore, sembra più corretto considerare i concetti dettagliati in via tecnica quali *particolare specie* di concetti normativi[10], potendo valere per entrambi la definizione engischiana di «elementi i quali si richiamano a dati, che possono essere pensati e rappresentati esclusivamente attraverso la presupposizione logica di una norma»[11]; pur essendo vero che il rimando a previsioni ministeriali fini-

[8] Come già si intravvede, le tematiche del dolo e dell'errore, pur al di fuori dell'estensione specifica della nostra ricerca (v. *supra*, *Idea di questo libro*), si mostrano di notevole aiuto per la migliore comprensione di profili oggetto invece di espressa trattazione.

Su quanto precede nel testo, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 319-327.

[9] V. *infra*, cap. IV.

[10] Si tratta in particolare di elementi normativi *extragiuridici*, come precisa L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 213.

[11] K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in K. ENGISCH, R. MAURACH (a cura di), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953*, München-Berlin, 1954, 147. In termini sostanzialmente non dissimili, lo stesso D. PU-

sce per distinguersi dai *"normali" elementi normativi* sia per la scaturigine tecnico-scientifica delle fonti di completamento sia per le avvertenze – *sub specie* di riserva di legge, di determinatezza e in particolare di necessaria descrizione parlamentare del nucleo di offensività – che ne spiegano l'autonoma trattazione in questo primo capitolo.

2.3. Il triplice fondamento costituzionale dell'integrazione regolamentare scientifico-tecnica nell'impostazione di Parodi Giusino

Si deve a Manfredi Parodi Giusino la più ricca dimostrazione intorno alla specificazione tecnico-regolamentare come modalità di articolazione del precetto non solo opportuna e consigliabile ma, in taluni campi di materia, *costituzionalmente sollecitata se non imposta*.

L'autore si confronta con il problema della legittimità costituzionale della nozione di «sostanze o preparati ad azione stupefacente».

Irrealistico, si nota innanzitutto, rifarsi a un concetto «sintetico», «unitario» di stupefacente: il rimando a parametri di natura genericamente culturale, che pur possono offrire rilevanti linee guida per il legislatore, non permette infatti un'individuazione rigorosa e affidabile delle sostanze vietate, particolarmente in tempi in cui preparati capaci di effetti psicoattivi si vanno vieppiù moltiplicando e "specializzando" senza che la collettività, e il giudice che tossicologo non è, riescano sempre a percepirne il livello di insidiosità; presentando il sistema anche l'opposto rischio di una determinazione giudiziale come stupefacenti di prodotti viceversa innocui[12].

Non è disponibile, in altre parole, un concetto "laico" di stupefacente, che consenta al cittadino di comprendere immediatamente il contenuto del divieto penale; e neppure il giudice – che, a costo di insistere

---

LITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 99, definisce «concetti normativi» quelli che «impongono di derivare, dalle fattispecie di date norme extrapenali (definibili "norme integratrici"), i criteri per l'applicazione – a fatti "materiali" dell'esperienza – di una certa qualifica» (puntualizzando l'uso dell'espressione «integratrici» in un senso «neutro», non indicante cioè la necessaria assunzione di carattere penale: 97-98, nt. 64).

[12] Per alcune considerazioni in questo senso, F.C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti (Profili penali)*, II ed., Padova, 1994, 42-45.

sull'ovvio, si evidenzia avere «competenze giuridiche e non tecniche» – potrebbe ragionevolmente affidarsi a una nozione solo "sociale": considerate le inevitabilmente vistose discordanze interpretative, un riferimento così ampio e indeterminato comprometterebbe fatalmente lo stesso principio di uguaglianza[13].

Occorre allora adottare un sistema analitico di individuazione delle sostanze stupefacenti.

Ma vi sono due essenziali motivi, strettamente intrecciati, che sconsigliano la formazione delle tabelle direttamente per mano del legislatore: il «superlavoro insostenibile, a discapito del buon funzionamento degli organi legislativi», cui si andrebbe incontro con il coinvolgere il Parlamento in settori dalla così elevata complessità tecnica; e una fattuale inadeguatezza della legge, a causa dell'atavica lentezza dei lavori parlamentari[14], nell'aggiornare celermente gli elenchi in base al costante "progresso" farmacologico.

Tali «necessità pratiche» a favore di un'elencazione ministeriale delle sostanze proibite godono d'altra parte – argomenta l'autore – di un *triplice sostegno costituzionale*: il vincolo *ex* art. 10, co. 1, a conformarsi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (in questo caso relative alla sanzionabilità penale di produzione, commercio, ecc. di sostanze stupefacenti)[15]; così come l'esigenza di tutela

[13] In particolare, v. a riguardo uno studio successivo dell'autore: M. PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2002, 436-437.

[14] L'argomento della lentezza delle procedure parlamentari, e della difficile gestione di «situazioni che, legate all'uso delle migliori conoscenze scientifiche e tecnologiche, sono esposte a continui e rapidi cambiamenti», è oggi portato come sollecitazione per lo sviluppo dei poteri di autorità indipendenti («depoliticizzate») da D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, 15-16.

[15] Sul punto, v. già A. PAGLIARO, *La droga e il diritto penale europeo* (1973), ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. IV*, cit., 560, nt. 5, autore le cui tesi saranno tuttavia esaminate nel prossimo paragrafo perché annoverabile fra quelli più critici nei riguardi della specificazione tecnica: v. *infra*, I.3.3. Oggi, l'art. 13, co. 2, d.P.R. 9/10/1990, n. 309, prevede che il tempestivo aggiornamento delle tabelle delle sostanze soggette a controllo avvenga «anche in base a quanto previsto dalle convenzioni e accordi [internazionali]», oltre che alla luce di «nuove acquisizioni scientifiche».

della salute quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, ai sensi dell'art. 32, co. 1; e l'ancoraggio alla stessa riserva assoluta di legge di cui all'art. 25, co. 2: còlta «nel suo aspetto sostanziale e non in quello puramente formale» senza che, in quest'ottica, determinazioni di ordine tecnico implichino diminuzioni delle garanzie di certezza e di libertà del cittadino.

Insopprimibili istanze, queste, si conclude il ragionamento, che impongono di affidare a «organi più competenti e strutturalmente più idonei» del legislatore l'attività di predisposizione e aggiornamento tabellare[16].

Deve tuttavia concorrere un *altrettanto triplice limite*, insiste Parodi Giusino in due distinti passaggi, affinché non residuino titubanze sulla legittimità dell'«integrazione» amministrativa: che il bene giuridico

[16] Per un richiamo all'art. 32 Cost. quale fondamento dell'attività sublegislativa di «ricognizione tecnica» v. già, fra i pubblicisti, P.G. GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1971, 265 e 273, la cui posizione può essere inserita proprio fra le "favorevoli con cautela" verso tale forma di integrazione della fattispecie. Rileva infatti l'autore (255-274, spec. 263-267) che attraverso il sistema della predisposizione di «elenchi ufficiali» si viene a istituire un «accertamento di primo grado, anteriore e preliminare rispetto all'accertamento del caso singolo affidato al giudice», e che anzi cristallizza un'«impossibilità di procedere ad interpretazione giuridica delle norme tecniche»: sotto questo versante, il rimando all'intervento tecnico della fonte secondaria appare il metodo cui dare preminenza rispetto ai sistemi antagonisti consistenti da un lato nel «riferimento al linguaggio comune ed alle nozioni ed esperienze dell'uomo medio» (ovvero nella «previsione in bianco dell'accertamento tecnico-amministrativo» e necessaria specificazione da parte del giudice-*peritus peritorum*); e dall'altro nella compilazione interamente legislativa delle liste. Puntualizza altresì P.G. Grasso come attraverso «documenti solenni con efficacia vincolante» gli organi amministrativi di volta in volta abilitati individuino «i caratteri particolari di oggetti concreti» fissandone «in modo ufficiale un contrassegno per denotare la loro natura»; in ogni caso, in tale operazione non sarebbe riscontrabile «uno degli attributi reputati come propri della norma giuridica, ossia la novità», non possedendo le liste sublegislative la capacità di abrogare o modificare le norme vigenti o di produrne delle nuove. Il peso attribuibile alle «necessità pratiche» caricate sulle regolamentazioni ministeriali – ecco l'ammonimento dell'a. – non dovrà peraltro essere esasperato dal momento che «ad una prevalenza dell'amministrazione non si potrebbe […] dar piena attuazione, senza sovvertire l'assetto del nostro ordinamento, il quale è sì complicato e multiforme, ma deve pur sempre rimanere corrispondente ai postulati liberaldemocratici».

protetto sia stabilito interamente dalla legge, cosicché il precetto sia contenuto in tutto e per tutto in essa; che il provvedimento ministeriale costituisca atto di mero accertamento tecnicamente finalizzato a dettagliare oggetti legislativamente preindividuati, senza sconfinare subdolamente nel campo della discrezionalità valutativa[17]; e che tale atto sia portato a conoscenza dei destinatari mediante forme di pubblicità identiche a quelle usate per la legge (pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, mentre non basterebbe la pubblicazione nel Bollettino Ufficiale di un Ministero).

Ora. Potrebbe forse dubitarsi che fra le "prestazioni" assegnabili al *bene giuridico* – di tipo dogmatico-classificatorio, critico-selettivo e, con maggiori controversie, esegetico-interpretativo[18] – vi sia *altresì* quella di limitare entro confini sicuri l'apporto di fonti subordinate.

Se è vero che può essere scorretto gravare una qualsiasi categoria penalistica di eccessive "attese"; e che in linea tendenziale la compiuta individuazione dell'oggetto giuridico *specifico* è ricavabile solo attraverso l'analisi della globale descrizione tipica, data da norme penali *più* norme extrapenali; è al tempo stesso osservabile che «già» una congrua posizione legislativa dei dati testuali pertinenti a condotta ed evento (nonché a soggetto attivo, dolo e colpa) consente una "preliminare" emersione del bene tutelato[19], sul quale poi potrebbero innestarsi integrazioni specificatrici *inessenziali rispetto al piano di tutela* da una parte e *salve da perplessità di natura costituzionale* dall'altra: condizione che, almeno (in alcune formulazioni avutesi) in materia di stupefacenti, pare essersi inverata.

[17] Per il criterio secondo cui all'«elemento normativo a valenza tecnica» sarebbe rimessa la sola facoltà di «*attuare* regole e parametri selezionati dal legislatore», mentre saremmo fuori da questo schema allorché «i parametri invocati dal legislatore risultino *insufficientemente* determinati, perché generici o di vasta portata o perché sia richiamata una pluralità di indicatori» D. NOTARO, *op. cit.*, 286-287, con ampia esemplificazione.

[18] Anche per altri riferimenti v., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 304-305.

[19] Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto Penale. Parte Generale*, V ed., Torino, 2016, 179-182.

Nulla quaestio, in ogni caso, sugli altri limiti isolati dall'autore e sul più generale, prudenziale, invito al "contenimento" nel ricorso a una tecnica regolamentare in sé perfettamente funzionale a precise esigenze.

Riprova della bontà dell'*iter* argomentativo seguito è fornita dalla soluzione in tema di errore: se sono rispettati i presupposti per una «diretta» configurazione del precetto da parte del Parlamento, l'errore sull'enumerazione ministeriale, in quanto vertente su «legge diversa dalla legge penale» e risolventesi sul fatto, rileverà a tenore dell'art. 47, co. 3, c.p. (a onta delle teorie "incorporatrici"/applicatrici dell'art. 5 c.p. diffuse in giurisprudenza)[20].

2.4. I concetti tecnicamente definiti nelle sistemazioni enciclopediche di Palazzo e di Vassalli

In alcune «voci» della prima metà degli anni '90 si trova una preziosa fotografia dello stato del dibattito, unitamente alla prospettazione di inediti rilievi.

Una rubricazione della specificazione tecnica quale criterio *teleologico-funzionale* – e non strutturale o quantitativo come può dirsi per la «sufficiente determinazione»[21] – è suggerita da Francesco Palazzo: alla stregua di essa, potrebbero reputarsi ammissibili soltanto gli apporti di fonti secondarie che puntualizzino in chiave scientifica «elementi già concettualmente definiti, o quantomeno già esprimenti in modo compiuto le scelte di valore, a livello legislativo».

Si tratta comunque di un criterio, nota l'autore, che lascia aperto il problema delle modalità atte a conciliare il contributo talvolta necessario della fonte sublegislativa con la *ratio* profondamente garantistica della riserva assoluta di legge, o comunque di una riserva rigorosamente intesa.

Da questo punto di vista risulta opportuno, argomenta Palazzo, sceverare *tre ipotesi*, non sempre chiaramente separate con la dovuta consapevolezza.

---

[20] M. PARODI GIUSINO, *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 1978, spec. 389-402 (sulle caratteristiche oggettive della specificazione scientifica) e 402-406 (sull'errore).

[21] Su tale paradigma, frequente nella giurisprudenza costituzionale, *infra*, spec. I.4.1.

Quando la norma extrapenale richiamata assolve una funzione valutativa e precettiva in parte o (come più spesso accade) del tutto diversa rispetto a quella propria della norma incriminatrice richiamante, saremo in presenza di un elemento normativo della fattispecie, non problematico rispetto alla riserva di legge e latore anzi di un'apprezzabile economia linguistica: si esemplifica, oltre che con le norme che sostanziano l'altruità nei delitti contro il patrimonio, con quelle che definiscono un determinato atto giuridico «contratto di fornitura», partecipando così all'individuazione dei soggetti attivi dei delitti previsti dagli artt. 355 e 356 c.p.

Quando viceversa la norma secondaria richiamata concorre alla stessa funzione valutativa e precettiva della norma richiamante, occorre procedere, si evidenzia, a un'ulteriore differenziazione.

Da un lato avremo la situazione in cui le norme alle quali si fa rimando, strettamente funzionali agli obiettivi di tutela che contrassegnano la norma richiamante, ricoprano un ruolo, per l'appunto, esclusivamente tecnico a completamento di opzioni effettuate senza sottintesi dal legislatore: l'esempio, che conosciamo, è quello delle tabelle in tema di stupefacenti.

Dall'altro si pone l'ipotesi in cui sia la fonte sublegislativa a determinare – in concreto, o addirittura in astratto – l'assetto degli interessi in gioco, limitandosi la norma penale a fungere da "braccio secolare" in rapporto all'atto amministrativo: siamo nel vasto campo dell'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità[22].

Albo lapillo va segnata la sottolineatura del ricorso alla *teleologia*, e non a più incerte strutture "ontologiche", quale cippo di confine tra variegate tipologie di eterointegrazione della norma penale; e lo stesso deve dirsi per il monito a *non lasciarsi ingannare* dalla comune caratteristica di unidirezionalità precettiva e valutativa rispetto alla fattispecie richiamante, per distinguere invece il diverso contributo e la differente compatibilità con la Carta fondamentale della specificazione tecnica da una parte e delle seriamente problematiche riedizioni della «disobbedienza come tale» dall'altra.

[22] F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 353-354.

Non altrettanto condivisibile, per le ragioni già esposte[23], è l'ascrizione di elementi normativi ed elementi tecnicamente specificati a *separate* "famiglie dogmatiche"; pur risultando confermata grazie all'analisi del Maestro fiorentino l'idea, anch'essa espressa in precedenza e che ha generato questo apposito capitolo, circa i tratti peculiarmente caratterizzanti la modalità della specificazione tecnico-scientifica.

Un'esortazione a studiare il modulo della specificazione tecnica senza pregiudizi, e anche con una punta di disincanto, proviene da una voce dedicata al *nullum crimen* di Giuliano Vassalli.

Rileva l'illustre studioso che i lunghi anni ormai trascorsi dalla caduta del regime autoritario, il quale largo uso della potestà regolamentare aveva fatto anche in materia criminale, testimonino come un'originaria «reticenza» della dottrina circa estensione e carattere della riserva di legge penale non fosse legata esclusivamente a un'esigenza di «non seppellire sotto un giudizio di incostituzionalità interi settori della normativa allora vigente», e neppure a «residui di mentalità abituata agli schemi e ai metodi di un recente passato»[24].

Piuttosto, a venire in considerazione (era ed) è il tecnicismo di determinate aree suscettibili di protezione penale, tale da rendere ineluttabile una "traduzione" regolamentare delle acquisizioni della scienza e della tecnica: la quale non potrebbe del resto essere effettuata dal Parlamento anche in ragione di una più generale «degradazione dei modi d'esercizio della funzione legislativa» (sin troppo facile chiosare che rispetto a quando scrive Vassalli la situazione non appare migliorata).

Con l'evoluzione della coscienza sociale e giuridica, nota l'autore, la posizione secondo cui la legittimità di un intervento sublegislativo si attesta proprio entro gli argini della specificazione tecnica ha finito per divenire dominante (nella letteratura costituzionalistica e penalistica s'intende, *non certo* a livello legislativo e neppure nella giurisprudenza costituzionale).

---

[23] *Supra*, I.2.2.

[24] Cfr., vicino a quegli anni e a quella sensibilità, B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 369 (v. anche 374), che scrive di «grave esigenza pratica» data dalla «necessità che l'obbedienza alle prescrizioni dei regolamenti, in particolare per il normale svolgimento della vita degli enti locali, sia assicurata con le più efficaci sanzioni».

Regolamenti e statuizioni amministrative dovranno dunque limitarsi a «descrivere più analiticamente» il precetto fissato dalla norma penale, giammai potrebbero ambire a «integrarlo», almeno ad accogliere questa espressione in senso stretto. Con una sollecitazione finale: il criterio della «necessità» del ricorso a precisazioni o computi definibili solo in via amministrativa, lasciando immancabilmente spazio ad apprezzamenti che non possono effettuarsi se non *norma per norma*, andrà comunque interpretato con «scrupolo legalitario», *pena lo sconfinamento* in una discrezionalità lesiva di diritti individuali[25].

2.5. Valori-soglia e costruzione tripartita del reato nelle riflessioni di Infante e Salcuni

Un ampio approfondimento sul tema dei concetti tecnicamente specificati si trova più di recente in un già evocato contributo di Enrico Infante e Giandomenico Salcuni.

Questo lavoro, che avremo modo di riprendere *infra* sotto il profilo della serrata replica a un autorevole critico della specificazione tecnica[26], si segnala innanzitutto per la densa discussione intorno alla collocazione sistematica dei limiti tabellari nella teoria del reato.

Si discetta in particolare su talune disposizioni relative allo scarico di acque reflue industriali in misura superiore a quanto stabilito dalle tabelle cui si fa rimando: ipotesi normativa che è presa a esempio di un possibile inquadramento delle soglie di rilevanza nell'alveo *dell'antigiuridicità* anziché in quello del fatto, e precisamente quali presupposti di fatto della scriminante dell'esercizio di un diritto.

Opera infatti quivi – scrive Salcuni, estensore dello specifico paragrafo – il meccanismo di «bilanciamento» proprio delle cause di giustificazione: da una parte si trova l'interesse penalmente tutelato alla salubrità delle acque, e il correlativo precetto rivolto al *quisque de populo* di astenersi dall'inquinarle; dall'altra, il controinteresse allo sviluppo industriale, che contemperandosi col primo concede al sistema delle imprese la facoltà di «corromperle legittimamente in modica quantità».

[25] G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 310-313.

[26] Cfr. I.3.7.

Dal punto di vista del "rigore" della riserva di legge, l'inserimento della previsione tabellare nel gradino dell'antigiuridicità implicherebbe un "allentamento" delle pretese garantistiche, posto che, rimarca l'autore, se appare inaccoglibile la tesi circa la più ampia libertà delle fonti nella configurazione di una causa di giustificazione, risulta (necessario ma) sufficiente che l'effetto scriminante discendente da un atto regolamentare rinvenga la propria matrice in una disposizione legislativa che ne delinei i contenuti «di massima», secondo le cadenze della *riserva relativa*[27].

[27] E. INFANTE, G. SALCUNI, *Diritto penale del comportamento e disvelamento della necessaria «politicità» del giudizio degli esperti. Abbandono dell'integrazione del precetto penale ad opera di fonti secondarie «tecniche»?*, in *Annali dell'Università degli Studi di Foggia*, Milano, 2005, 1181-1192. In generale, sul tema delle fonti delle scriminanti, v. quanto puntualizzato da F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1037-1042: irrealistico vincolare strettamente alla legge la previsione normativa di facoltà legittime, nella misura in cui ciò fra l'altro significhi «avviare l'ordinamento giuridico verso una rigida 'legalizzazione' *in primis* antistorica e *in secundis* anche impropria, in quanto scaturente indirettamente dai principi della produzione giuridica tipici di una particolare branca del diritto». Nel senso della riserva relativa altresì R. BARTOLI, *op. cit.*, 602-611, 623-627, insistendo peraltro su come anche in tema di scriminanti un'ineliminabile *ratio* di garanzia si concretizzi oggi nella verifica di legittimità da parte della Consulta, più che nel controllo delle minoranze e della comunità civile. *Contra*, sull'ultimo punto, E. DOLCINI, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 71: sede parlamentare come luogo «dalle *pareti trasparenti*, che consentono di osservare dall'esterno, momento per momento, che cosa si sta preparando da parte di chi detiene il potere politico»; per una sintesi sui presupposti istituzionali e costituzionali dell'idea del legislatore come «potere "buono"», nell'ambito di un «paradigma legalista», v. ancora R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1771-1775; in tema di «crisi dell'istituzione parlamentare», e sull'imputazione di questa all'invadenza dei partiti nella conduzione del dibattito democratico, D. NOTARO, *op. cit.*, 14-17; sul relativo «scollamento sempre più marcato tra modello ideale e realtà» M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 404; sul «paradosso dell'irrinunciabilità della riserva di legge e della inidoneità parlamentare a legiferare» F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Pisa, 2015, 297; sulla ripresa di centralità dei Parlamenti come «ultimo bastione» per arginare la crisi di una normazione penale sempre più delegata ad altre fonti, purché questo rilancio sia accompagnato da una valorizzazione del ruolo di personalità esperte di politica criminale, J. BECERRA

Ora, la tesi qui sintetizzata, finemente argomentata anche in altri svolgimenti, risulta suggestiva e in ogni caso elogiabile per la sapienza denotata nell'attività di minuto "incasellamento" di problemi e norme all'interno delle categorie basiche del diritto penale: operazione intellettuale che, evidentemente, non equivale mai a mera *cosmesi esteticamente appagante*, ma che corrisponde a esigenze di natura processuale da un lato[28] e pertinenti all'«ordine *teleologico* del diritto sostanziale»[29] dall'altro; si tratta del resto, "costitutivamente", di impegno teorico che vale a determinare la concreta estensione di una data previsione, con la relativa disciplina a questa applicabile.

Sull'"attribuzione" delle soglie al fatto o all'antigiuridicità dovremo tornare, allorché si esaminerà la disputa "antica", ma ancora non risolta *ex professo*, sulla riconduzione all'uno o all'altra degli elementi normativi[30]: al cui *genus*, come chiarito, gli elementi scientificamente dettagliati appartengono.

Difetto della tesi è, forse, quello di *provare troppo* nella misura in cui, sempre a mo' di esempio, le tabelle sugli stupefacenti, che l'autore "lascia" invece nel fatto, in forza di una ritenuta immediata pertinenza al «contenuto d'offesa dell'illecito», sembrano ugualmente e ottimamente conciliabili anche con una concezione della riserva in termini assoluti, o almeno tendenzialmente assoluti: non scaturendo dunque

---

MUÑOZ, *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Valencia, 2013, 57-68, 525-626.

[28] In relazione alla tipologia di formula di proscioglimento. Sul rischio dell'adozione di formule assolutorie «dommaticamente stonate» S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, 107-126 (il concetto virgolettato a 110). Nella letteratura processualpenalistica, v. ora l'ampia indagine di F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014.

[29] Così G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali* (1983), in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 195. Sui concetti dogmatici come «ormai nostri "affidati", con i quali teniamo in uguale misura a distanza l'impeto della casistica e quello della politica», K. LÜDERSSEN, *Die Wiederkehr der "Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken" – Eine Warnung*, in U. EBERT e altri (a cura di), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin-New York, 1999, 487.

[30] *Infra*, cap. IV.

dalle corrispondenti collocazioni dogmatiche nell'antigiuridicità (per es.: delle soglie inquinanti) e nel fatto (per es.: delle liste di sostanze stupefacenti) argomenti decisivi per affermare le rispettive legittimità e illegittimità dell'integrazione specificativa; e invero, come abbiamo visto sin qui, è riccamente sostenibile e sostenuta la posizione secondo cui l'enumerazione di sostanze vietate, pur se ricondotta al fatto, rappresenti morfologia descrittiva non solo politicamente congrua ma anche pienamente difendibile sul terreno costituzionale, nel rispetto delle puntualizzazioni cautelative in precedenza prese in rassegna.

Di ciò peraltro pare consapevole lo stesso Salcuni che, se non fraintendo, della motivazione di impronta sistematica fa utilizzo solo *ad abundantiam* (rispetto alla problematica in tema di riserva di legge) avendo già, insieme a Infante, robustamente illustrato la conformità costituzionale di fonti secondarie richiamate in chiave squisitamente tecnica (nei passaggi che, come detto, saranno citati sempre in questo capitolo)[31].

[31] Per "vicinanza di acribia" rispetto al contributo di Infante e Salcuni merita ricordare, fra i lavori tedeschi che in tempi recenti maggiormente hanno riflettuto su situazioni di specificazione tecnica, alcune osservazioni di Frank Dietmeier (*op. cit.*, 57-61, 123-129).

In un paragrafo dedicato alle «forme base del rinvio a regolamento», l'autore suggerisce una *quadripartizione sistematica* a seconda che quest'ultimo operi in chiave di completamento, di estensione, di modifica e concretizzazione rispetto alla fattispecie tipica o, infine, nella veste di allegato recante definizioni estensionali.

Una simile visione quadripartita – con qualche differenza già presente in quell'interessante testo analitico che sono le «Raccomandazioni per la configurazione delle prescrizioni penali e delle prescrizioni punitivo-amministrative nel diritto accessorio» (*Empfehlungen zur Ausgestaltung von Straf- und Bußgeldvorschriften im Nebenstrafrecht. Gesetzgebungstechnische Leitsätze mit Beispielen aus der Gesetzgebung*, a cura del Bundesministerium der Justiz, Köln, 1999) – consente infatti di apprezzare il *diverso tipo di contributo* che la fonte regolamentare porta alla costruzione della fattispecie tipica: apporto legittimo, s'intende, purché si abbia a mente che autorizzazioni legislative all'emanazione di *autonome* prescrizioni *penali* per mezzo di regolamento sarebbero inammissibili ai sensi dell'art. 104, co. 1, della Costituzione tedesca.

L'utilità di tale suddivisione concettuale (*bene iudicat qui bene distinguit*) sta in particolare nello scandire il diverso grado di conformità a Costituzione del rimando a differenti tipologie di regolamento; *rectius*: nel discernere le più intense "cautele" (fino al sospetto di illegittimità costituzionale) che si manifestano necessarie nei confronti di

una discrezionalità sublegislativa che potremmo chiamare *tecnico-politica*: un intervento asseritamente scientifico che però in base a indici quali l'interazione con la condotta tipizzata o la proiezione sul bene giuridico si riveli capace di incidere sull'economia complessiva della fattispecie tipica.

Concentriamoci qui sulla quarta situazione, quella di *Verweisung auf Gesetzesanlagen*, ove l'obiettivo è definire estensionalmente i concetti chiave contenuti in una legge o più in generale in un determinato campo di materia; altrimenti detto, il rinvio ad allegati regolamentari assicura un adeguamento rapido e completo della norma sanzionatoria all'evoluzione scientifica, tecnica e sociale («Zweck der Anlagentechnik ist die Fähigkeit der zügigen und lückenlosen Angleichung der Sanktionsnorm an wissenschaftliche, technische und gesellschaftliche Entwicklungen»).

Questa segnalazione ci riguarda da vicino, perché ben sintetizza il predominante punto di vista tedesco (e italiano) circa un'insostituibilità della specificazione tecnico-regolamentare in termini di *virtuosa osmosi* fra diritto penale e sviluppi registrabili nella complessiva vita sociale.

Su singole ipotesi, poi, si potrà controvertere. Costituisce davvero «concretizzazione», come vorrebbe Dietmeier, la delega concessa al Ministro federale per il lavoro e l'ordine sociale (§ 26 *JArbSchG*) a fissare più da vicino attraverso regolamento i «mestieri pericolosi» nei quali non possono essere occupati i giovani, nella misura in cui tali mestieri comportino, *inter alia*, «pericoli morali»? Perché invece non situare tale previsione fra quelle di «rinvio a liste», se realmente si tratta di disciplina trasparentemente tesa a una *mera valutazione tecnico-specialistica* intorno alle insidie che taluni lavori possono portare all'equilibrio fisico o psichico di una persona giovane? O, esattamente al contrario, lo spazio ricostruttivo concesso all'esecutivo in forza del concetto di pericoli morali non allontana la previsione *de qua* dal ruolo di semplice concretizzazione di elementi normativi per avvicinarla piuttosto alla normazione in bianco ossia al conio da parte del provvedimento ministeriale di una fattispecie in linea di fatto, e inevitabilmente, autonoma rispetto a una genericissima indicazione legislativa?

Ancora comunque nell'ottica di un'assidua vigilanza sui dati normativi – e sulle tecniche ermeneutiche e procedimenti mentali muniti di un effetto finale di conservazione dell'esistente –, lo stesso Dietmeier sottopone a critica un largo utilizzo da parte della "propria" giurisprudenza costituzionale del binomio (all'evidenza non solo italiano) sufficiente determinazione legislativa del precetto/specificazione tecnica regolamentare.

Secondo la Corte tedesca, basterebbe una fissazione legislativa di contenuto, scopo e criterio della delega al potere amministrativo per escludere la presenza di spazi in bianco nella fattispecie penale e affermare viceversa la natura strettamente tecnica dell'interpolazione regolamentare. Sarebbero per tale via sufficientemente assicurate «la sicurezza giuridica e la libertà del singolo secondo il senso e lo scopo dell'art. 104 GG», ovvero la «prevedibilità» dei presupposti della punibilità e del tipo di pena.

3. Posizioni critiche nei confronti della «specificazione tecnica». Critica della (più radicale) critica

3.1. La netta confutazione operata da M. Gallo

Antesignano di posizioni critiche o decisamente critiche nei confronti della specificazione tecnica sublegislativa è Marcello Gallo, il cui profondo pensiero è oggi compendiato nell'edizione più recente degli *Appunti di parte generale*[32].

Oltre al rilievo, noto dagli studi sulla causalità (adeguata), che la *Voraussehbarkeit* rappresenta canone soggettivo indebitamente commisto a profili (che dovrebbero restare puramente) oggettivi colpisce anche, nota l'autore, il «ripiegamento» su un paradigma in sé vuoto quanto a verificabilità in punto di legalità, senza chiedersi se ed eventualmente in che misura la *Normsetzungsdelegation* sia compatibile con le profonde ragioni garantistiche sottese al principio della divisione dei poteri.

L'idea della divisione dei poteri e anzi ancor più pressantemente il principio "superiore" di democrazia esigono infatti che sia il Parlamento stesso a effettuare le decisive opzioni politico-criminali e a intervenire se necessario "consistentemente" sui beni dell'autore di reato: soltanto in questi confini si può essere sicuri che l'esecutivo provveda a «concretizzare» la decisione legislativa anziché «completarla secondo il proprio metro».

Al contrario, rileva Dietmeier, l'infelice formula della *gewisse Spezifizierung* trascura l'indispensabile distinzione tra ammissibile influsso «mediato» e inaccettabile determinazione «diretta» del penalmente rilevante a opera del regolamento.

A sua volta, peraltro, questo passaggio dell'autore, che esplicitamente si orienta alla «separazione» tra norma di comportamento e norma sanzionatoria (non potendo in ogni caso la fonte secondaria avere voce in capitolo sulla scelta circa la sanzione), presta il fianco all'obiezione di sovraesporre la valenza, *tutt'al più topica*, assegnabile a concetti come impatto indiretto *versus* diretto del potere regolamentare: restano incerti gli strumenti di misurazione e soprattutto la "spendibilità" costituzionale di simile distinguo.

Il cerchio, insomma, stenta a chiudersi, ma forse un indirizzo *garantisticamente più definito* è rinvenibile, sostanzialmente – riterrei – con la condivisione di Dietmeier, nel criterio della *stretta indispensabilità* dell'apporto sublegislativo in chiave di puntualizzazione scientifica di estremi *troppo specialistici* per poter essere integralmente posti nella sede parlamentare e, forse persino *a fortiori*, per poter essere affidabilmente ricostruiti in sede giudiziale.

[32] Sotto questo profilo, è dunque storicamente forzata la definizione di E. INFANTE, G. SALCUNI, *op. cit.*, 1159-1161, che vedono nella specificazione tecnica un «porto sicuro» o una «zona franca» rispetto a dubbi dottrinari di legittimità costituzionale, «fino all'apparire dell[']opera di Stella» (il riferimento è a *Giustizia e modernità*, per

Poiché la logica del principio della riserva penale di legge porta a ritenere che si tratti di riserva *inderogabilmente assoluta* – questa la premessa dell'autore – si sarà costretti a riconoscere una violazione del principio anche nei casi che è consuetudine indicare come «specificazioni da un punto di vista tecnico», in rapporto a elementi del fatto già contemplati dalla legge che configura la condotta costituente reato.

In particolare resta immotivato – così si argomenta – come la previsione ministeriale relativa per esempio alle sostanze proibite possa non incidere sulla completezza di un precetto penale che risulterebbe già «pienamente costituito», secondo la tesi avversata dall'autore, dal divieto di fare uso di sostanze appartenenti a un determinato *genus*. È invece proprio il disposto della norma secondaria (il decreto del Ministro competente) che, definendo l'oggetto materiale del comportamento incriminato, «fa di quella che sarebbe altrimenti una regola penale dai confini praticamente indefiniti un precetto a contenuto ben delineato».

Il parlare di «semplice aggiornamento» da parte del decreto ministeriale costituisce d'altro canto, sottolinea Gallo, «voluta sottovalutazione» del fenomeno: con aggiornamenti di questo tipo «si interviene, talora in modo decisivo, sulla reale portata della regola incriminatrice».

L'autore evidentemente non ignora come l'opinione sostenuta possa rivelarsi «di impaccio» in quei settori penalistici che mettono in primo piano istanze di «adattamento» a scoperte scientifiche o a nuove esigenze di vita; difficoltà giudicate tuttavia superabili attraverso un ricorso alla normazione per *decreto-legge*[33].

L'impianto critico verso l'integrazione tecnico-ministeriale proposto da Gallo merita senz'altro la massima attenzione: non solo, evidentemente, per la speciale autorevolezza dello studioso ma anche in quanto costituisce, per dir così, l'*elevazione al quadrato* delle "richieste di attenzione" che traspaiono dagli stessi autori che abbiamo definito "benevoli con cautela"[34].

---

una cui analisi critica svolta anche sulla base dei penetranti rilievi di Infante e Salcuni v. *infra*, I.3.7).

[33] M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014, spec. 49-50, nel capitolo sulle fonti (27-78); v. già ID., *Appunti di Diritto Penale. La Legge Penale*, Torino, 1972, 11-36.

[34] *Supra*, par. 2 di questo cap.

Un uso "disinvolto" di un potere regolamentare *solo asseritamente scientifico* rischierebbe invero di travolgere in un colpo solo riserva di legge e offensività: la prima, perché la scelta di tutela – genuinamente politica – verrebbe di fatto scaricata sull'esecutivo; la seconda, in specie, perché l'enucleazione del valore del bene tutelato (e del corrispondente disvalore della condotta che lo minaccia) non avverrebbe nella sede competente, allorché la fonte legislativa detti apparenti linee maestre della disciplina per poi affidare a non neutrali interventi ministeriali il nocciolo duro dell'opzione repressiva[35].

Ma la stessa sollecitante *vis polemica* che è caratteristica di tale posizione ne costituisce anche il più vistoso limite.

Se è infatti da condannare – in casi magari rilevanti ma, fino a prova contraria, *singoli* – un cattivo uso di fonti sublegislative dichiaratamente tecnico-scientifiche e tuttavia nella sostanza evocate in chiave politico-valutativa, non per questo sarà *in sé* stigmatizzabile il richiamo penalistico di altre competenze effettuato attraverso il "filtro" di un atto amministrativo. Insomma: non va confusa la patologia della tecnica con il suo impiego fisiologico.

Gli stessi aspetti che l'autore individua come difetti o problemi del modulo in parola – quali l'«incisiva» attitudine della fonte secondaria a trasformare una regola dai contorni imprecisati in un precetto a contenuto meglio definito – potrebbero al contrario, ribaltando l'ottica, essere visti come punti di forza: triplicemente nel segno di una rifinitura dell'oggetto materiale, di una più compiuta specificazione dei contorni della fattispecie astratta e, in definitiva, di una *selezione sussidiaria* nel campo di intervento della "spada" penalistica.

Parlare di «aggiornamento» ministeriale, poi, non sembra, come invece opina l'a., una forse elegante perifrasi che però sottostima, e anzi nasconde, l'impatto che i materiali prodotti da organi secondari esercitano sull'estensione strutturale della protezione penalistica: il termine pare, al contrario, fedele riproduzione della portata della tecnica *de qua*, con la quale si mira esattamente a un flessibile e periodico adattamento

[35] Sulla «sirena» della tecnocrazia torna di recente G. INSOLERA, *La produzione del "penale": tra governo e parlamento maggioritario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 3-4.

delle formulazioni penalistiche al «progresso» o in senso più lato agli sviluppi registrabili nei diversi ambiti della vita sociale.

E ancora: più a monte, la *fin de non-recevoir* opposta dall'autore nei confronti dei regolamenti di un Ministero risulta frutto coerente del sicuro rigore con cui si abbraccia una concezione, in senso puro, «assoluta» della riserva.

Ma proprio tale visione di fondo, o per meglio dire i termini della sua dimostrazione, non si è sottratta all'ugualmente autorevole obiezione di sfiorare la precomprensione o la *petitio principii*: dire infatti che la *ratio* della riserva sta nel monopolio legislativo in materia penale, necessario quale migliore garanzia della libertà e dei beni fondamentali dei cittadini[36], equivale quasi ad affermare che «la riserva è assoluta perché non può essere che assoluta»[37].

Riguardo poi alla proposta di assolvere con decreto legge l'istanza di costante "ripensamento" dell'oggetto materiale su cui incide la condotta, essa appare congruente con la complessiva posizione dell'a., favorevole a una piena equiparazione di tale fonte a quella parlamentare, argomentando dai tre vincoli[38] della «perentorietà, addirittura enfatica» con la quale se ne limita l'intervento a ipotesi straordinarie di necessità e di urgenza; dell'adozione del provvedimento «sotto la responsabilità» governativa; e della perdita di efficacia sin dall'inizio nell'ipotesi di mancata conversione in legge entro sessanta giorni dalla pubblicazione[39].

Ma è opportuno anche riflettere su come, per tale via, si crei un *nuovo "luogo"* alla già per taluni aspetti "ingombrante" presenza del decre-

[36] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 33, mettendo in guardia dall'accoglimento di «un regime di riserva elastica, così sfibrato, da arrivare ad autonegarsi»; al contrario, nel consesso parlamentare minoranze e maggioranza entrano in un «processo dialettico al quale si partecipa – si dovrebbe partecipare – per convincere ma anche per essere convinti» (36).

[37] Sintetizzano così un vizio di circolarità insito nella dimostrazione condotta da M. Gallo, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 243-244, e già G. DELITALA, *Responsabilità e pena* (1962), in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 674. Di «sapore ideologico» insito in talune assunzioni della riserva come assoluta scrive D. NOTARO, *op. cit.*, 84.

[38] *Ex* art. 77, co. 2 e 3, Cost.

[39] Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 38.

to legge nell'ordinamento italiano, che ha sollecitato preoccupate e penetranti diagnosi sulle multiformi costellazioni casistiche di «abuso» del procedimento in parola[40].

Anche a prescindere dall'adesione alla tesi che in ambito penale esclude la legittimità sostanziale del decreto-legge in quanto fonte inidonea ad assicurare una ponderata dialettica fra maggioranza e minoranza[41], si può più nello specifico dubitare che (straordinarie) necessità e soprattutto urgenza siano requisiti logicamente e giuridicamente armonizzabili con la pronta ma "pacata" razionalizzazione *tecnico-scientifica* in cui dovrebbe estrinsecarsi il contributo specificativo dell'oggetto materiale.

[40] Fra i costituzionalisti, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, I, *Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997; più di recente, dello stesso autore, v. i contributi raccolti in *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009. Fra i filosofi del diritto, C. LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005, 226-231, spec. 228, che nota come l'abuso dei decreti-legge sia solo uno degli strumenti con i quali «[i]n nome dell'efficienza, si svuota la divisione dei poteri dall'interno senza mai rinnegarla apertamente», essendo ormai numerose le situazioni in cui le camere approvano «a scatola chiusa» riforme decise dai governi in carica e anzi prima ancora dai vertici di partito; M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 371 («soverchiante "legalità governativa"»), 404-405, 418.

[41] In questo senso, fra gli altri, G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Milano, 1970, 249-263; T. PADOVANI, Jus non scriptum *e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, 14-15; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, V ed. aggiornata da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano, 2015, 41-43; E. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2015, 34. Ampiamente, la serrata critica di C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 130-145, pur registrando un effetto dissuasivo nei confronti del potere esecutivo dovuto a un affinamento del sindacato della Consulta in materia di valutazione dei presupposti per l'adozione del decreto legge; ID., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 505-512.

3.2. Perplessità e obiezioni riguardo alla specificazione tecnica sublegislativa nella prospettiva di Stortoni…

Una fitta argomentazione penal-costituzionale in ordine alle difficoltà di determinazione del concetto di *Stupefacenti* è contenuta nell'omonima voce enciclopedica di Luigi Stortoni.

Le tecniche descrittive solitamente ipotizzate, si nota infatti, sono strette fra Scilla della mancanza di *tassatività* e Cariddi della violazione della *riserva di legge*.

Da un lato, il richiamo a una nozione di sostanza stupefacente di segno «culturale», indipendente da ogni definizione normativa, trascura inammissibilmente le incertezze che attraversano la dottrina medico-farmacologica: non pare esistere infatti una categoria naturalistica di sostanze omogenee che possano con sufficiente certezza essere unificate sotto la denominazione di stupefacente; sembra dunque necessario ricorrere a un'elencazione analitica, risultando una determinazione che si riferisse semplicemente al termine «sostanza stupefacente» viziata in punto di tassatività.

Dall'altro lato, però, ritiene l'autore che il diverso metodo dell'enumerazione delle sostanze da parte del Ministero competente sia perfettamente in linea con il principio di tassatività – se si conviene che nell'elenco non sia ravvisabile un semplice «ausilio interpretativo del giudice che ad esso potrebbe derogare», soluzione quest'ultima che duplicemente cozzerebbe con l'intento e prima ancora con la formulazione normativa – ma che tale metodica si ponga in insanabile contrasto con la riserva (assoluta) di legge[42].

L'a. non ha difficoltà ad ammettere che anche la residua soluzione della previsione delle sostanze da parte del legislatore sia in una certa misura «utopistica», visto che «l'esigenza di continui adeguamenti può essere soddisfatta tempestivamente solo attraverso l'opera dell'esecutivo»; ma ribadisce come si tratti dell'unica strada compatibile con i

[42] V. oggi, in termini più generali, C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1111, sottolineando come la pur reale «esigenza di 'tecnicizzare' il precetto penale per adeguarlo a un contesto, a sua volta, tecnologicamente evoluto» rechi come conseguenza la progressiva contrazione del ruolo decisionale del Parlamento.

principi costituzionali, non solo e ovviamente con la riserva di legge ma anche, tutto sommato, con la stessa tassatività (purché, si aggiunge, l'enumerazione legislativa sappia orientarsi al duplice canone dell'alterazione psichica provocata dalla sostanza e della crisi da astinenza che ne deriva)[43].

Senza risentire della necessaria schematicità enciclopedica, le sollecitazioni proposte da Stortoni sono numerose, e fanno intendere come *in subiecta materia* non sia nemmeno astrattamente concepibile un "Eden penalistico immediatamente-perfetto": ogni possibile tecnica normativa va incontro a obiezioni (l'autore scrive apertamente di «vicolo cieco»), e quella dei principi costituzionali rischia di rivelarsi una *coperta corta*.

Proficua è anche la messa in risalto delle peculiari caratteristiche proprie del settore degli stupefacenti, nel quale si intrecciano «una serie di fatti economici, sociali, ecc.», tali da far dire che la difficile conciliabilità delle varie soluzioni teoricamente possibili sia dovuta *non* «ad una imperfezione della norma costituzionale [il riferimento è all'art. 25, co. 2] ma all'essenza stessa della materia in esame».

Si deve poi in particolare convenire con il percorso tracciato da Stortoni per negare validità a un antitassativo concetto naturalistico di stupefacente.

Segnalato ciò, la *concordia* diventa *discors*.

Il ripudio di determinazioni ministeriali discende infatti nell'impostazione dell'autore quale diretta proiezione della concezione della riserva di legge abbracciata, l'interpretazione in chiave assoluta della riserva dovendo essere preferita «in considerazione delle ragioni di guarentigia della libertà del cittadino che costituiscono la *ratio* del dettato costituzionale».

Sembra però verso questa asserzione proponibile lo stesso tipo di rilievo già riportato nel sottoparagrafo precedente a proposito del pensiero di M. Gallo: pare quasi, insomma, che anche per Stortoni, più bricoliano… dello stesso Bricola, la riserva sia assoluta perché, in una corretta normoteoretica costituzionale, può essere solo assoluta.

[43] Cfr. L. STORTONI, *Stupefacenti*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, 562-579, spec. 577-579.

L'a. ha del resto ben presenti i problemi legati a un'elencazione parlamentare delle sostanze: si tratta, riassumendo, di sistema un po' utopico e scarsamente tempestivo; ma apparendogli comunque l'intervento legislativo il «male minore», in rapporto agli antagonistici sistemi della definizione unitario-naturalistica e della lista regolamentare, non ritiene di insistere su tali vizi.

E, tuttavia, tali difetti non sono minimizzabili, e vale la pena riprenderli e svilupparli: il legislatore è realisticamente privo delle *necessarie competenze* per intervenire puntualmente in campi contrassegnati da complessità tecnica o scientifica; in ogni modo, un Parlamento che dovesse risolvere questioni di tal genere andrebbe incontro a un *aggravio di lavoro* inaffrontabile, e in ipotesi questo lavoro partorirebbe *fattispecie ipertrofiche*, non solo ineleganti "stilisticamente" (il che davvero poco conta) ma anche foriere di una *indecifrabilità del (senso del) precetto* e quindi di una "dispersione" del messaggio culturale insito nella sua posizione; non si dimentichi infine quell'equilibrata prospettiva secondo la quale la fissazione regolamentare di dati tecnici della fattispecie sarebbe suggerita se non imposta dalla stessa Costituzione, nel dettaglio dagli artt. 10, co. 1, 32, co. 1, e 25, co. 2[44].

3.3. …di Pagliaro…

Nel contesto di un contributo su *La droga e il diritto penale europeo*, Antonio Pagliaro evidenzia come l'istanza-cardine della certezza del diritto penale solleciti il rigetto di una nozione sintetico-culturale di stupefacente per orientare viceversa al criterio secondo cui la normativa in materia vale per «tutte e soltanto» le sostanze comprese nelle specifiche tabelle (natura c.d. «legale» del concetto di sostanza stupefacente)[45]: si pagherà il prezzo di qualche vuoto di tutela, evitandosi però di dilatare in maniera eccessiva il concetto in parola fino a renderne i confini evanescenti e penalisticamente indeterminati.

[44] Sulla specificazione tecnico-regolamentare come modalità talvolta «costituzionalmente necessaria» v. in partic. *supra*, I.2.3.

[45] Per questa terminologia, v. pure F.C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., 42.

Il «mezzo migliore» per assicurare un diritto penale certo è dato, secondo l'autore, dall'elencazione delle sostanze/oggetti materiali in una legge o in atto equiparato. La celere evoluzione di chimica e farmacologia rischia peraltro di rendere la legge formale strumento troppo lento per tarare le liste relative agli stupefacenti in rapporto a inedite esigenze: l'antidoto, si puntualizza, potrebbe essere quello di enumerare nella legge gli stupefacenti già conosciuti e rimandare a successivi *decreti legislativi* i necessari aggiornamenti; dovendosi comunque considerare i limiti in particolare temporali che in un ordinamento quale quello italiano incontra la legge delegata.

Indicata tale *strada preferenziale*, l'a. aggiunge come l'istanza di certezza-legalità «resti salva» anche se l'*aggiornamento* e la stessa *formazione iniziale* delle tabelle avvenga con decreto ministeriale o regolamento: il principio di legalità infatti, si rimarca, è rispettato sotto un versante formale sintantoché la connessione fra precetto e sanzione sia fissata dalla legge, non rilevando se questa operi o meno un rimando ad altre fonti; mentre su un piano sostanziale ciò che importa è che sia la legge a preoccuparsi di «determinare» da sé il reato, senza limitarsi a «delegare» a regolamenti o a giudici il compito di formulare le ipotesi criminose e di stabilire le conseguenti pene[46].

Indiscutibilmente, il ragionamento condotto dal Maestro siciliano offre assai istruttive focalizzazioni.

All'inizio degli anni '70, quando esce il saggio dell'autore, una rinascita in grande stile dell'interesse per la comparazione nel nostro Paese è soltanto agli albori, frenata da una serie di fattori, alcuni endogeni, altri esogeni in rapporto alle vicende della dottrina penalistica, oggi brillantemente indagati[47]: meritoria dunque la cursoria ma stringente rassegna (di *civil* come di *common law*) con la quale si dimostra l'inaccettabilità di un concetto «sintetico» di stupefacente, fondato o sulla tramontata idea legislativa del «veleno sociale» o comunque sul «pre-

[46] A. PAGLIARO, *La droga e il diritto penale europeo*, cit., 556-560.

[47] In proposito, A. CADOPPI, *op. cit.*, 63-109; G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 265-282; F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, III ed., Torino, 2013, 1-51.

supporre come nota» una nozione empiricamente attestata di ciò che è dotato di effetto stupefacente e ciò che non lo è.

E ancora, come si è detto per il quadro delineato da Stortoni, l'impostazione di Pagliaro mette in luce, seppure in relazione a profili in parte diversi, la difficoltà di isolare una tecnica definitoria degli stupefacenti taumaturgicamente esente da obiezioni e idonea quindi a coniugare, in particolare, rigoroso rispetto della legalità da un lato ed esigenze di rapido adeguamento allo «sviluppo» della chimica dall'altro: come abbiamo visto, infatti, secondo lo studioso, il ricorso all'elencazione integralmente legislativa penalizza la seconda istanza, mentre l'elencazione regolamentare solleva difficoltà rispetto alla prima.

Inoltre, il contributo di Pagliaro arricchisce il dibattito introducendo un elemento di proposta che non è dato riscontrare in altri autori: lo spunto di utilizzare decreti legislativi in funzione di aggiornamento tecnico dell'originaria enumerazione parlamentare (si abbia a mente che M. Gallo "puntava" a riguardo sul decreto legge).

Si deve però notare come l'in sé assolutamente apprezzabile problematizzazione delle diverse alternative definitorie prospettabili impedisca all'autore di soppesare in via analitica inconvenienti e pregi delle varie soluzioni e in definitiva di fissare una più precisa *gerarchia (per quanto "mobile")* fra le opzioni in campo.

Si esordisce infatti con l'indicare nella via parlamentare lo strumento complessivamente migliore fra quelli teoricamente prospettabili (una volta sgombrato il terreno dalla falsa possibilità della nozione culturale-unitaria di stupefacente); ma immediatamente dopo si ammette che, in ragione della «lentezza» o più globalmente dell'inadeguatezza evidenziata dal procedimento legislativo rispetto a settori e dati altamente tecnici, regolamenti o decreti ministeriali costituiscano mezzi a loro volta impiegabili per aggiornare e anzi per stabilire *ab initio* tali dati.

Sorge in ogni modo l'impressione (originata dal «resta salva») che per l'autore il riconoscimento dell'ammissibilità del regolamento in chiave specificativa abbia il sapore dell'"apertura" a una soluzione *tollerata* cui ricorrere solo residualmente, e non viceversa dell'accreditamento della strada da considerare maestra in virtù della "vicinanza specialistica" agli interessi in gioco.

Va anche soggiunto che il duplice ancoraggio (formale, «di connessione», e sostanziale, «di determinazione») cui l'a. subordina la legittimità dell'intervento regolamentare non appare fornito dello stesso livello di vincolatività costituzionale e politico-criminale che può invece per esempio esibire la tematizzazione in proposito elaborata dall'allievo Parodi Giusino[48].

Quanto infine al suggerimento di un impiego del decreto legislativo ai fini delle periodiche rivisitazioni della disciplina di dettaglio, e al di là di eventuali, più "trasversali" dubbi sul ricorso a tale «fonte con valore di legge» in ambito penale[49], pare doversi sottolineare il *quadruplice limite* (in termini di principi, criteri direttivi, oggetti e tempi, quest'ultimo rammentato dallo stesso Pagliaro) che *ex* art. 76 condiziona e appesantisce inevitabilmente il soddisfacimento mediante d.lgs. delle esigenze pratiche di aggiornamento in discorso; oltre forse a un certo *ibridismo teorico* insito nel "combinato disposto" di legge formale e legge delegata.

3.4. …di Vinciguerra…

Riflessioni critiche sulla specificazione tecnica, o su alcune contingenti modulazioni di essa, si possono trovare anche in *Le leggi penali regionali* di Sergio Vinciguerra.

Lo studioso torinese muove da una constatazione circa l'esigenza di «non espungere troppo della normativa vigente e di non inaridire la ricchezza delle fonti», come «problema pratico» tipico di ordinamenti contrassegnati da notevole abbondanza e varietà di materiale normativo (lo era certamente il nostro già all'epoca di tale libro).

---

[48] Sul triplice parametro dell'indicazione unicamente legislativa del bene giuridico, della rigorosa verifica circa la funzione meramente tecnica del contributo regolamentare e della pubblicazione del regolamento nella Gazzetta Ufficiale, nel contesto di una fondazione costituzionale del ruolo dell'integrazione specialistico-regolamentare, *supra*, I.2.3.

[49] V. per tutti un ricco *cahier de doléances* in C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 146-209; ID., *Gli atti aventi forza di legge in materia penale, la delega fiscale e* i soliti sospetti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 1-9.

Questione centrale della riserva di legge – si argomenta – è quella relativa al *plausibile grado di astrazione* della fonte legislativa ovvero, specularmente, ai limiti entro cui fonti secondarie possono intervenire a «colmare lo stacco rispetto ai dati concreti»; concretizzazione che viene paragonata alla situazione per la quale «individuato nell'"uomo" l'oggetto materiale dell'omicidio, all'ordinamento penale non interessa più precisare chi è la vittima, la cui concreta individuazione è lasciata all'omicida».

Secondo la prospettiva dell'autore, in rapporto a ciascuno dei dati rientranti nella disciplina penale la fonte parlamentare dovrà costituire la base sufficiente per rispondere alla domanda «cos'è oggetto di sanzione?», risultando in questo modo possibile per il giudice un immediato controllo circa la rispondenza al modello legislativo dell'esplicitazione fornita dalla fonte secondaria.

Sulla scorta di questa premessa ricostruttiva, l'a. ritiene di poter valutare positivamente la costituzionalità dell'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità di cui all'art. 650 c.p.: decisivo, si nota, è che l'ordine rientri nei *genera*, ossia nelle «ragioni» di giustizia, sicurezza pubblica *etc.*, previsti dalla norma; qualora, in rapporto a ordini «accentuatamente discrezionali», non sia individuabile tale forma di collegamento sarà comunque da escludere un'incostituzionalità dell'art. 650 ma solamente l'ipotesi singola di ordine verrà a trovarsi sprovvista di tutela penale.

Alla domanda *quid est?* non rispondono invece efficacemente, secondo Vinciguerra, quelle norme legislative che demandano l'elencazione e l'aggiornamento delle sostanze stupefacenti vietate a provvedimenti ministeriali. In questo caso infatti la disciplina secondaria «non ha […] funzione esemplificativa di un dato contenuto nella fattispecie astratta, bensì funzione definitoria del dato stesso»; e ciò perché, vista la difficoltà di identificazione del concetto di sostanza stupefacente – l'a. ricorda come anche le fortune del tabacco derivino dal pur blando effetto di stupefazione –, la punibilità dipenderà unicamente dalla decisione dell'esecutivo di ricomprendere la sostanza nella lista: opzione

estensiva, non già restrittiva, del penalmente rilevante, si sottolinea in chiusura[50].

Ora, va detto che le premesse da cui parte l'autore sono assolutamente condivisibili, ed espresse con quel non comune spirito realistico e quell'icastica, anticoncettualistica capacità di sintesi che sono nota costante del suo insegnamento: da un lato la messa in risalto dell'esigenza pratica di non impoverire l'ampiezza delle fonti[51] – con, se non fraintendo, il sottinteso richiamo a snellire sì il sistema nell'ottica dell'*ultima ratio*, ma pure a non privarsi *a priori* dell'arma talvolta necessaria data dalla pena criminale, anche quando l'intervento penalistico sia "intersecato" con altri rami giuridici –[52]; dall'altro il suggerimento di formulare fattispecie che consentano di rispondere agevolmente alla decisiva domanda «cos'è passibile di sanzione?» – il che presuppone l'onere di isolare di volta in volta un nucleo di *elementi tipici di indefettibile previsione legislativa* – costituiscono moniti fondamentali per un corretto approccio alle questioni in esame.

Non altrettanto convincenti sono altri passaggi dell'a.

Su un piano teorico-generale, non pare congrua la funzione assegnata al regolamento ministeriale di accorciamento del «distacco» rispetto ai dati concreti: quando invece, per ricorrere al consueto esempio, la

[50] S. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano, 1974, 24-33; ID., *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, II ed., Padova, 2009, 100-102.

[51] Questo genere di sottolineature è respinto da M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 36 (v. anche 32), come «inattuale rispetto alla forte tendenza alla cosiddetta depenalizzazione».

[52] Per la necessità di depenalizzazioni «selettive», fondate sul «riesame critico-analitico» delle singole fattispecie vigenti e non sul più comodo «trasferimento» al diritto amministrativo di complessivi ambiti di disciplina, v. esplicitamente lo stesso S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983, 210-211. Sull'accennato tema della, direi così, *fisiologia dell'intersezione* di penale ed extrapenale v. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, 434-440 che invita ad abbandonare la «lettura riduttiva e quasi caricaturale del modello della sanzionatorietà» e a mio giudizio molto opportunamente distingue tra «sanzionatorietà *in senso lato*», «sanzionatorietà *in senso stretto*» e «sanzionatorietà *in senso estremo*» (persino quest'ultima non ripudiabile in via anticipata, se non si mitizza un «buon vecchio liberale e decoroso diritto penale nucleare»).

lista degli stupefacenti vietati rappresenta provvedimento (sì di maggiore dettaglio rispetto all'essenziale opzione legislativa ma comunque) a carattere generale[53], e che proprio in virtù di tale sua valenza *omnibus* appare espressione compiuta del principio di uguale trattamento di casi uguali.

Precario sembra in particolare l'accostamento della «concretizzazione» affidata al potere esecutivo all'indifferenza del legislatore per la vittima di omicidio[54]: quest'ultima situazione è ovvia conseguenza della previsione del più grave reato a forma libera e a tutela della persona, mentre è evidente che alla "libertà" dell'omicida nella scelta della vittima non potrà corrispondere un'assenza di vincoli gravanti sull'atto amministrativo nel concorrere a integrare il fatto tipico.

Del resto, è lo stesso Vinciguerra a sottolineare l'importanza di *separare differenti tipologie* di rapporto penale/extrapenale: e su questa indicazione di metodo torniamo a essere perfettamente in accordo[55].

Quello che però non persuade sono le *specifiche soluzioni* adottate in termini di conformità/non conformità alla riserva di legge.

Infatti: il rinvio a provvedimenti ministeriali che si ha nel settore degli stupefacenti certamente non è da considerare meramente esemplificativo o «confermativo» della descrizione legislativa e potrà dunque vedersi anche riconosciuta una valenza definitoria (in questa accezione si potrebbe allora continuare a concordare con l'a.).

Ma al tempo stesso – questa l'obiezione centrale – la fonte regolamentare non interviene ad allargare l'area di rilevanza penale bensì la circoscrive, nella misura in cui *seleziona*, attraverso la necessaria limitazione del relativo oggetto materiale, la punibilità di condotte già definite dal legislatore.

La ritenuta illegittimità del rimando «tecnico» a regolamenti sorprende ancor più in rapporto al giudizio di compatibilità costituzionale che l'autore esprime invece riguardo all'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità: al di là della nota *catena di perplessità* intorno alla conciliabilità dell'art. 650 con la Carta costituzionale, si deve qui eviden-

[53] Come puntualizza F.C. PALAZZO, *Legalità (dir. pen.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, 3379.

[54] L'affiancamento è invece condiviso da E. INFANTE, G. SALCUNI, *op. cit.*, 1171.

[55] V. *supra*, *Idea di questo libro*.

ziare come la motivazione con cui si salva la tutela penale degli stessi ordini *elevatamente discrezionali* (i dubbi in ogni caso rimangono anche per altri tipi di ordine) appaia un poco artificiosa e obiettivamente fragile.

3.5. …e di Pittaro

Non convenzionali rapporti fra concetti tecnico-scientifici e discrezionalità giudiziale, fino ad acute considerazioni che attengono al *ruolo ordinamentale del giudice*, sono suggeriti da Paolo Pittaro, nella nota (adesiva) a una pronuncia costituzionale (la n. 475/1988) che meriterà particolare attenzione anche da parte nostra, nel prossimo paragrafo[56].

Tralasciando dunque le osservazioni di commento immediatamente indotte dall'incedere argomentativo della Consulta, vale la pena qui discutere i rilievi generali-istituzionali condotti dall'autore.

Con efficace formulazione che pare opportuno virgolettare nella sua interezza, si rimarca come anche nella fattispecie meglio costruita permarrà inevitabilmente

> una certa area grigia, nella quale elementi elastici presenteranno sfumature o divergenze interpretative, che spetterà al giudice sciogliere caso per caso (restando sempre nel possibile significato della norma) mediante una normale discrezionalità giudiziale, frutto di buon senso e cultura giuridica, e sottoposta al controllo dei gravami di merito e di quello di legittimità.

L'a. pertanto, in sintonia come detto con l'approccio della sentenza annotata, giudicata anzi per taluni aspetti «scontata», ritiene non necessario che sia il potere esecutivo – ma stesso discorso varrebbe per quello legislativo – a ritagliare con precisione concetti dotati di spiccata indole tecnica.

«Scalzare» il giudice nella ricostruzione di tali elementi significherebbe infatti «aprire una breccia» rispetto a una successiva incostituzionalità di *elementi normativi di tipo sociale*, di costume o etico: certamente, come si evidenzia, più indeterminati dei primi, rischiandosi pe-

[56] V. *infra*, I.4.4.

raltro in questo modo di causare «vaste ripercussioni sull'intero sistema penale».

Non si manca di avvertire come la zona grigia ricadente nella determinazione giudiziale del concetto tecnico-scientifico possa dar luogo a esiti applicativi «non sempre uniformi»; e tuttavia si invita a non enfatizzare i dubbi in termini di legalità, che anzi si riveleranno «il più delle volte infondati»[57].

Innegabilmente, le sottolineature dell'autore contengono forti elementi di verità. Abbandonato il *mito cartesiano* dell'assoluta esattezza del linguaggio[58], viviamo infatti in una sorta di *età dell'oro per l'ermeneutica penalistica*, nella quale concetti come quello dall'a. proposto di «discrezionalità giudiziale risolutrice dell'area grigia presente in elementi elastici» e persino quello di «natura sostanzialmente analogica della normale attività interpretativa»[59] risultano diffusamente accettati.

Siamo anche in un'*età di splendore per la comparazione*, ed ecco che esperienze come quella tedesca e quella francese ci dovrebbero insegnare come sia probabilmente eccessiva una buona dose di diffidenza manifestata in ambiente dottrinale italiano nei confronti degli spazi assegnati dal legislatore al "protagonismo" giudiziale[60].

Del resto anche nell'ambito della manualistica, autentico strumento di travaso della più aggiornata sensibilità penalistica in nuove generazioni di giuristi e globalmente fattore culturale non trascurabile in un sistema penale quale «opera collettiva»[61], si rileva come il principio di

---

[57] Cfr. P. PITTARO, *Principio di tassatività ed elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2152-2159.

[58] Cfr. M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 111-114.

[59] Per tutti F.C. PALAZZO, *Legalità (dir. pen.)*, cit., 3381: il riferimento è al procedere dell'interpretazione mediante la constatazione delle somiglianze ravvisabili fra il «nucleo centrale» della disposizione e il fatto *sub iudice*, così da pervenire all'individuazione definitiva del significato della disposizione alla luce delle «sollecitazioni» discendenti dal caso concreto, particolarmente quando problematico.

[60] Sulla "fiducia" verso il giudice registrabile nei sistemi tedesco e francese v. invece rispettivamente G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 10-11, 404-406, 523-524; F. PALAZZO, M. PAPA, *op. cit.*, 106-107.

[61] Cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 132, richiamando G. RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in A. HEGLER

tassatività possa dirsi rispettato allorché la fattispecie raggiunga «il grado di determinatezza necessario e sufficiente a consentire al giudice di individuare, ad *interpretazione compiuta*, il "tipo" di fatto predeterminato nella sua unità di disvalore» (per converso il principio sarebbe violato quando la norma non consenta tale individuazione nonostante il massimo sforzo interpretativo, al punto da implicare non un "semplice" atto ermeneutico pur soggettivamente connotato ma un vero e proprio *atto di volontà creatrice* da parte del giudice)[62].

Quello che non può persuadere è però la scarsa attenzione mostrata dall'autore nei confronti delle "alternative" ipotizzabili rispetto alla soluzione dell'affidamento al giudice del compito di fissare il concetto tecnico; reputandosi «scontato» il giudizio della Consulta, si omette di prendere in considerazione la possibilità che sia piuttosto la fonte regolamentare – o eventualmente la stessa fonte legislativa – la modalità più adeguata per stabilire elementi di fattispecie che rimandano a profili scientifici.

Al contrario, l'atteggiamento metodologico più congruo pare proprio quello di chi, giunto al *trivio* strada giudiziale/strada legislativa/strada regolamentare, verifichi il percorso *di volta in volta* preferibile alla luce dello specifico campo di materia, dei beni giuridici coinvolti e dei concreti margini di implementabilità dell'una e dell'altra opzione.

L'argomento dei «passi successivi» evocato da Pittaro – togliere ai giudici la delega in rapporto alla definizione di concetti tecnici preluderebbe a una diffusa incostituzionalità di elementi normativi etico-sociali – sembra discutibile sia sotto l'aspetto dello spostamento del piano d'indagine costituzionale; sia e comunque per l'indimostrato esito di ampie rifrazioni sul sistema penale che ne viene tratto.

In linea astratta, si può infine acconsentire all'idea che un rinvio alla prudente valutazione giudiziale non comporti – anche quando vengono in gioco requisiti di fattispecie tecnicamente complessi – un'automatica frizione con il principio di legalità ovvero un'«invasione dei poteri ri-

(a cura di), *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, I, Tübingen, 1930, 159: esposizione a fini didattici come «il più serio banco di prova di ogni sistematica giuridica».

[62] Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, 68 (il brano è citato dallo stesso Pittaro).

servati al legislatore»; d'altronde, è noto su un piano generale che discrezionalità non significa «illimitata libertà di decisione» e che anzi si danno ipotesi nelle quali il legislatore penale, senza che si abbiano da temere contraccolpi antilibertari, «*deve*, per vincolo costituzionale, conferire al giudice un potere discrezionale»[63].

Che nondimeno nel caso di specie possano sorgere perplessità nell'accollare *in toto* al giudice la definizione di concetti squisitamente scientifici non è, come già riferito, negato da Pittaro, il quale peraltro preferisce giudicare tali dubbi «il più delle volte infondati», senza chiarire le ragioni della generale infondatezza e le tipologie di possibile eccezione.

In ogni caso, con il richiamare duplicemente (come *caveat* che resta solo sullo sfondo) generiche preoccupazioni in termini di legalità e rischi di interpretazioni non sempre omogenee, l'impostazione in parola difetta del rigore necessario nell'identificare un preciso parametro cui ancorare l'ipotetica inopportunità/illegittimità della delineazione giurisprudenziale dell'elemento tecnico-scientifico, ovvero nel puntualizzare il nesso pur esistente fra l'una e l'altra apprensione evocata: questo nesso sarà invece perfettamente colto dalla Corte costituzionale, nella sentenza 282/1990[64], laddove si collega a una siffatta attribuzione nei confronti del giudice «un significativo scadimento di certezza conseguente alle inevitabili oscillazioni applicative»; parafrasando la Consulta, si potrebbe parlare di un'*incertezza di settore per lacunosità specialistica, riverberantesi sul rispetto del principio di uguaglianza.*

3.6. Il percorso di Giunta circa il ruolo dei limiti tabellari in materia di ambiente

Nell'eseguire un affresco su *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, Fausto Giunta dedica speciale

[63] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., IX per la testuale enunciazione di metodo. Per un'ampia rimeditazione su queste problematiche, G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009; e, da ult., più sinteticamente, S. SARTARELLI, *Sulle "tracce" del favor rei nella discrezionalità penale*, Bologna, 2012, 93-139.

[64] Sulla quale *infra*, I.4.6.

attenzione alle ipotesi in cui la soglia della punibilità viene connessa al superamento di *limiti tabellari* «logicamente interni alla fattispecie penale» ma duplicemente «distinti da essa» sul piano della topografia legislativa e soprattutto, per l'essere rimessi al potere regolamentare del governo, su quello delle fonti.

Una siffatta tecnica normativa, osserva l'autore, ha indubbiamente un grande pregio, ed esattamente quello di assicurare piena attuazione al principio di tassatività-determinatezza: i limiti tabellari si traducono infatti in *elementi quantitativi espressi in forma numerica* e questi ultimi notoriamente soddisfano tale principio in modo pressoché assoluto.

Del resto, si aggiunge, l'alternativa sarebbe quella di affidare l'apprezzamento dello *standard* di pericolosità denotato dalla condotta in concreto a una discrezionalità giudiziale libera da vincoli e anzi l'adozione di una diversa modalità di tipizzazione equivarrebbe in pratica a incentivare una «polarizzazione del giudice penale nelle mani del perito» (se non un vero e proprio «governo ambientale dei periti»).

Peraltro, sottolinea Giunta, il «primato» della determinatezza nel diritto penale ambientale non è affatto negli esiti finali indolore[65], avendo come contraltare il sacrificio di un altro «corollario» della legalità – la riserva di legge – tanto da potersi in una chiave più generale diagnosticare, come effetto disgregatore di orientamenti postmodernistici assunti dal diritto penale, la

> progressiva affermazione di una visione del rapporto tra i principi di garanzia, che non è più sinergico – ossia basato sulla necessaria e irriducibile compresenza delle garanzie fondamentali – ma ispirato piuttosto all'idea della loro possibile alternatività[66].

[65] In tema di «scontro fra principi» nel diritto penale ambientale, già W. FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht. Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*, Heidelberg, 1993, che in ogni caso (v. in particolare 93-94, 121-126) manifesta talune riserve sullo stesso rispetto del principio di determinatezza (con particolare riguardo alla legislazione penale ambientale tedesca).

[66] Ugualmente, respinge l'idea di *ottimizzazioni alternative* dei principi, nella misura in cui finisca per ridurre taluno di essi a mero *desideratum*, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y eco-*

Inoltre, quale aspetto specialmente preoccupante, una qualificazione del rinvio al potere regolamentare come formale e non semplicemente ricettizio trarrebbe con sé la conseguenza che l'elemento di fattispecie

---

nomía, Buenos Aires, 2009, 25-26. Ammette invece la possibilità che un principio risulti «soccombente», se si tratta dell'unica strada per valorizzare la dignità costituzionale di altro obiettivo, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della* regula iuris, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 58 (in riferimento al sistema sanzionatorio e alla sacrificabilità della determinatezza per realizzare la finalità rieducativa della pena); similmente D. PULITANÒ, *In dialogo con "Luciano Eusebi,* La Chiesa e il problema della pena*, Milano, 2014"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 6-7; v. già M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 46: due principi, proprio perché distinti l'uno dall'altro, sono in grado di interagire, nell'ambito di una Costituzione da interpretare quale «sistema unitario», dovendosi pertanto riconoscere che un principio costituzionale possa «subire deroga ad opera di altro principio costituzionale o, comunque, modellarsi sul contenuto di questo» (in relazione all'«intervento» del principio di irretroattività sulla riserva assoluta di legge).

In argomento, con particolare interesse al controllo di costituzionalità, v. il quadro offerto da A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, 185-204. L'a. dà conto delle visuali che identificano nel bilanciamento «la maschera formale del potere creativo del giudice costituzionale», fino alla trasformazione dello Stato di diritto in «Stato di bilanciamento» (187); sottolineando come, fra i «nervi scoperti» dell'estimazione comparativa che si radica a livello costituzionale (198), spicchi la «salvaguardia del contenuto essenziale dei diritti in conflitto»: nozione vaga, ed esprimibile casomai in negativo, nel senso che non potrà mai aversi una «riduzione» assoluta o irragionevolmente sproporzionata di uno di tali diritti (195). Pur con simili avvertenze, appare del tutto realistico – e sintonico ai fondamenti di uno Stato liberal-democratico – inquadrare il «compromesso» fra maggioranza e minoranza come «ipotesi di bilanciamento», che potrà essere «rivisitato» da parte dei tribunali costituzionali (186), secondo i tre *test* di necessità, sufficienza e proporzionalità (196-197).

V. ora Corte cost., 9/5/2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1424-1493, spec. 1478-1479 sull'inammissibilità dell'«illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». La sentenza è commentata da V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, 1494-1498; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, 1498-1505; R. BIN, *Giurisdizione e amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, 1505-1511.

definito dalla fonte extrapenale possa essere modificato in ogni momento dalla stessa *al di fuori* di qualsivoglia controllo legislativo: con il rischio ultimo che, attraverso lo scudo di pretesi adeguamenti tecnici, la politica criminale in materia ambientale venga sostanzialmente delegata a organi amministrativi privi di legittimazione democratica.

L'autore ricorda poi come la tendenza a «completare» le figure incriminatrici attraverso discipline extrapenali venga sovente giustificata o con esigenze di agevole aggiornamento della norma penale o con l'affermazione di una scarsa pregnanza dell'oggetto materiale in rapporto agli altri elementi che compongono la fattispecie di reato e, particolarmente, in relazione alla condotta tipica.

Se la prima istanza trova un preciso fondamento, non altrettanto, si nota, può dirsi per la seconda proposizione: nel settore ambientale la condotta è anzi spesso espressa da concetti neutri – smaltimento, deposito, abbandono – in termini lontani, si osserva, dalla visione del reato come illecito di modalità di lesione; mentre è proprio l'oggetto materiale del reato (rispettivamente fanghi, rifiuti, sostanze inquinanti in genere) che finisce per rappresentare il fulcro della tipicità.

Diversamente dalla nozione di sostanza stupefacente, dotata di un significato già in sé afferrabile e su questa base suscettibile di proficua specificazione tecnica, nei reati ambientali – si conclude il ragionamento sul punto – l'«intero disvalore del fatto» (e il significato di un'anticipazione della tutela allo stadio del pericolo) viene a dipendere dal tipo e dalla quantità di sostanza inquinante, ossia *dal requisito oggetto di eterointegrazione*.

La *pars construens* delineata nel saggio in esame si fonda per contro sull'implementazione di una «partecipazione democratica al momento politico dei giudizi tecnici», sì da lenire se non integralmente compensare il *vulnus* registrato nell'ottica della riserva di legge.

Se è vero infatti che le norme tecniche richiamate in tema di ambiente sono legate a complesse conoscenze e valutazioni provenienti dalle scienze teoriche e applicate, ciò non impedisce, si rileva, che la loro formulazione possa passare attraverso un previo *hearing* aperto a tutti i soggetti interessati e capace di garantire il più vasto *consenso* al risvolto politico-valoriale che si annida nel giudizio (apparentemente solo) tecnico.

All'uopo si suggerisce più nel dettaglio l'opportunità di coniare un'*autorità imparziale* e a base rappresentativa, i cui compiti dovrebbero ricomprendere la periodica rivisitazione tabellare delle regole specialistiche in parallelo alla loro rielaborazione in ambito strettamente scientifico[67].

L'autore chiude infine la densissima analisi interrogandosi sui termini di attuabilità di una prospettiva riformistica del diritto ambientale ancora più incisiva e cioè di un non marginale contenimento nella comminatoria dell'opzione penale: spesso, si lamenta, attivata sulla spinta di *logiche puramente simboliche* o in chiave di malizioso sfruttamento del «processo come pena».

Le pur corrette esigenze di protezione anticipata, conformabili allo stesso accoglimento del principio di precauzione[68], andrebbero in particolare soddisfatte, «ancor più e ancor prima» che con la previsione di reati di pericolo, mediante «strumenti extrapenali di intervento di carat-

[67] Attualmente, come evidenzierà l'a. in altro scritto [F. GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, tomo II, Milano, 2008, 1156], il «codice dell'ambiente» (d.lgs. 3/4/2006, n. 152, quale «corretto» dal d.lgs. 16/1/2008, n. 4 e dal d.lgs. 29/6/2010, n. 128) prevede che sia la valutazione ambientale strategica (c.d. Vas) sia la valutazione di impatto ambientale (Via) vengano sottoposte alla consultazione del pubblico interessato, che dovrà ricevere adeguata informazione sulle proposte di piano o di programma: si tratterebbe allora di procedere con maggiore coraggio sulla strada legislativa intrapresa. Su un nuovo «sperimentalismo partecipativo istituzionale» interessante da ult. L. RAFFINI, *La democrazia deliberativa come risposta alla crisi della partecipazione?*, in Cahiers *di Scienze Sociali*, giugno 2015, 46-74.

[68] In argomento, varie recenti monografie: D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013 (questa ricerca appare la più "aperturista", non trascurando peraltro necessarie cautele); A. ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale. Il Tusl come laboratorio di soluzioni al problema dell'esposizione professionale ad agenti patogeni*, Torino, 2015, 1-67, 167-194; v. anche C. VALBONESI, *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del* crimen colposum, Firenze, 2014, 55-72. Pionieristica l'indagine di C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004; più di recente, ID., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 327-364.

tere provvisorio» rinvenibili fecondamente nei diversi rami dell'ordinamento quali succedanei in chiave moderna del vecchio diritto di polizia. Ed è esattamente in questa nuova linea complessiva che potrebbe recuperarsi il pur sempre decisivo ruolo della pubblica amministrazione quale titolare di poteri di valutazione tecnica e discrezionalità amministrativa: idonei a tradurre in pratica, anche su sollecitazione privata, la necessità di intervento preventivo alla quale sono ormai sensibili diverse fasce della popolazione[69].

Negli spazi di un saggio su rivista, Giunta scolpisce le caratteristiche di un settore così importante e nel contempo così frastagliato come il diritto penale dell'ambiente; e, per quanto a noi qui più interessa, riesce anche ad approfondire nella loro essenza le problematiche inerenti alla specificazione tecnica sublegislativa.

Molteplici sono i profili di metodo, di contenuto e di proposta sui quali vale la pena convintamente aderire.

Innanzitutto, l'indicazione di non tematizzare la discrezionalità tecnica per così dire *secondo schemi generali*, ma di saperne distinguere gli aspetti differentemente rilevanti in luoghi sociali e normativi d'altro canto ben distinti come sostanze stupefacenti e ambiente.

A seguire, la segnalazione circa i rischi di «dittatura dei periti» di fatto innescati da una determinazione giudiziale dei limiti tabellari: rilievo meritevole di essere tenuto presente anche senza condividere quei drastici giudizi che (in relazione per il vero a sistemi di *common law*) insistono sull'esistenza di periti «senza scrupoli» e anzi quando gli interessi in gioco sono alti «disonesti», al punto da aver costruito la propria fortuna sull'abilità nel produrre prove fondamentalmente false[70].

Inoltre, come *mutatis mutandis* notava Stortoni per gli stupefacenti, la sollecitazione a elaborare moduli normativi capaci di uscire indenni da un vaglio di costituzionalità condotto a tutto tondo, vale a dire non

[69] Cfr. F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 845-863, spec. 848, 850-853, 860-861.

[70] Così A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *L'errore, la medicina e la legge* (2001), ed. it. a cura di P. Girolami, Milano, 2004, 285-286. Penetranti osservazioni sul delicato (e rivedibile) rapporto fra giudice e perito nella valutazione della prova scientifica in L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, 79-103.

calibrato esclusivamente su alcuni specifici profili della *complessiva* «garanzia» costituzionale.

E poi ancora, il monito a non accontentarsi di un *maquillage* dell'ordito normativo quale, chioserei, l'adozione di limitati provvedimenti di depenalizzazione (oltretutto talvolta "impazientemente" seguiti da celeri ripenalizzazioni); per provare invece, con impegnativo ma ineludibile sforzo di *fantasia politico-criminale*, a uscire dal (micro)sistema *de quo* (se di microsistema, vista la disomogeneità delle relative ispirazioni, può ancora parlarsi) e immaginarsi un impianto di disciplina radicalmente altro dove non sia più il diritto penale a sostenere l'esclusiva "parte del leone" (con i nuovi delitti codicistici introdotti con l. 68/2015 il penale ruggisce nuovamente nella savana).

Altre considerazioni dell'autore non possono invece essere ugualmente sottoscritte, o possono essere condivise solo a patto di talune precisazioni.

L'inquadramento del rimando alla norma integratrice quale *rinvio formale*, stigmatizzato da Giunta come causa ed effetto di un'autospoliazione da parte del Parlamento rispetto al compito di fissare le politiche ambientali, potrebbe infatti per altri aspetti esibire una non trascurabile potenzialità: e cioè quella capacità di impedire una «sclerotizzazione dell'intero sistema», da mancato adeguamento evolutivo, che lo stesso autore, più in generale, aveva già mostrato di apprezzare rispetto al *genus* degli elementi normativi (o «unità linguistiche giuridiche/qualificate», secondo la rettificazione che egli propone)[71].

Si deve infatti convenire con l'*invito alla circospezione* che è opportuno circondi ogni forma di eterointegrazione mobile: si ricordino le parole di Bricola sull'esigenza costituzionale di un re-intervento del legislatore allorché l'evoluzione scientifica metta in crisi ovvero alteri nelle sue fondamenta il parametro tecnico[72].

Vi è tuttavia da chiedersi se il rischio di un pratico affidamento a poteri amministrativi delle valutazioni politiche concernenti il delicato settore ambientale non sia *a sua volta* sovraesposto, a fronte delle aspe-

[71] Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, 256 e 268.

[72] Per la citazione più puntuale del passo di «Teoria generale del reato» v. *supra*, I.2.1.

rità connesse alla contrapposta tecnica dell'integrale elencazione parlamentare: in termini, come in parte argomentato sopra, di *elefantiasi descrittiva* (triplicemente foriera di ineleganza stilistica, e soprattutto di "lacune da precoce obsolescenza" nella protezione dei beni giuridici[73] e di perdita di efficacia del pur secondario significato general-preventivo positivo legato alla definizione del precetto); e ancor prima in chiave di insopportabile appesantimento dei lavori in aula, e loro procedere a tentoni a causa della per forza di cose *incompleta consapevolezza specialistica*[74].

In un'ottica di "critica della critica", si consideri poi il *ventaglio di accorgimenti, cautele e criteri di verifica* (*ex ante*, quali criteri delimitativi per un «legislatore alla scuola della ragione», ed *ex post*, in sede di controllo di costituzionalità), che congruamente accompagnano il ricorso all'integrazione sublegislativa: esigenza che la definizione del *bene giuridico* avvenga per *esclusiva mano del potere legislativo* (pur dovendosi a questo riguardo dare atto di una qualche incertezza nell'opzione concezione «antropocentrica» dell'ambiente naturale/visione «ecocentrica» o puramente «naturalistica»)[75]; rimando alla fonte rego-

[73] Considerato infatti come l'"immaginazione" del legislatore all'evidenza non possa assecondare le necessità di continuo aggiornamento tecnico-scientifico imposte dalla complessità di date materie, un modello integralmente parlamentare finirebbe con il far emergere considerevoli ritardi e *deficit* sostanziali di tutela rispetto a ipotesi strettamente affini a quelle contemplate negli appositi cataloghi, inducendo a forzature ermeneutiche in contrasto con il principio di tipicità della fattispecie.

[74] Cui va realisticamente sommata la patologia di tempi parlamentari «già di per sé lunghi e complicati dalla dimensione della tattica politica»: R. BARTOLI, *Incriminazione e giustificazione*, cit., 614.

[75] V. lo stesso F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, cit., 845-848. Del resto, concezione ecocentrica e concezione antropocentrica nascono da differenti, plurime radici: rinvenibili fondamentalmente per la prima nella filosofia classica del romanticismo e in una «nuova etica critica», per la seconda nella tradizione della teologia ebraico-cristiana e nella filosofia dell'illuminismo (v. J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, 673-699, spec. 675-676). Registrava una tendenza nostrana a privilegiare una visione antropocentrica, M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in M. CATENACCI, G. MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 292: «ad essere tutelato è il potenziale funzionale degli equilibri ecologici naturali e non i singoli elementi naturali

lamentare solo nella logica della *stretta indispensabilità tecnica* (si tratta proprio del canone che l'autore non vede assolto dalla prassi normativa in tema di ambiente, ma che riacquista una capacità restrittiva se inserito in un più ampio contesto di ponderazioni costi-benefici riferibili all'una e all'altra modalità morfologica della fattispecie); *pubblicazione* dell'atto regolamentare nella Gazzetta Ufficiale; e infine, come *ultima ratio*, la poco sopra richiamata necessità di un nuovo intervento legislativo nell'ipotesi di *radicale modifica dei presupposti scientifici* di base.

Sferzante è la sottolineatura in ordine alla pigrizia concettuale nell'elaborazione di modelli normativi "costituzionalmente al di sopra di ogni sospetto". Non sembra tuttavia accoglibile l'idea che la maggiore certezza indotta da interventi ministeriali volti alla specificazione della fattispecie incriminatrice abbia come *inevitabile prezzo* una "flessione" della riserva di legge.

Si ritorna ancora, fatalmente, all'esigenza che, per dir così "a monte", il legislatore adempia con rigore descrittivo il compito di fissare la condotta sanzionata penalmente giacché in caso contrario né il cittadino destinatario del precetto, né il potere esecutivo, né il potere giudiziario troveranno adeguati direttive e vincoli, rispettivamente, nel calcolare gli effetti del proprio comportamento, nel concorrere in via tecnica a precisare gli estremi di fattispecie (possibilità che, a differenza di un Marcello Gallo, Giunta in linea di principio ammette) e nel sussumere il fatto concreto nella fattispecie astratta.

Ora, la segnalazione del rischio che, nella declinazione concreta della materia ambientale, un completamento sublegislativo della fattispe-

---

che in essi e grazie ad essi sopravvivono: la tutela della natura è infatti obiettivo che il legislatore italiano persegue solo in via eccezionale, e con riferimento ad alcuni territori specifici, di volta in volta preventivamente individuati»; lettura che l'a. conferma dopo la recente riforma: v. ID., *La legge sugli eco-reati ed i suoi principali nodi problematici*, in A. MANNA (a cura di), *Il nuovo Diritto Penale Ambientale (L. 22 maggio 2015, n. 68)*, Roma, 2016, 7-9; rileva invece un'attuale prevalenza legislativa della visuale ecocentrica, pur incoerentemente perseguita, G. DE SANTIS, *La tutela penale dell'ambiente dopo la legge n. 68/2015: un percorso compiuto a metà?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, spec. 2078, 2083-2084 nt. 25, 2094-2095.

cie alimenti condizioni di preoccupazione legalitaria costituisce rilievo degno di grande attenzione.

Ma è difficile dire se sia davvero registrabile una *più generale* compulsione normativa verso forme di «alternatività» fra determinatezza e riserva di legge, quasi che fosse impossibile individuare presupposti e limiti in forza dei quali l'uno e l'altro sottoprincipio discendenti dalla matrice-guida della legalità siano contestualmente salvaguardati e fra di loro armonizzati (o se si preferisce, usando una locuzione cui fa ricorso lo stesso Giunta, «bilanciati», ma nella specifica accezione del rinvenimento di condizioni che anziché depauperare esaltino la *ratio* dell'uno e dell'altro corollario della legalità): questi requisiti limitativi invero sussistono, e sono a disposizione del legislatore, consistendo precisamente in quel patrimonio di *accortezze garantistiche* che, a partire da Bricola, M. Romano e Pulitanò, un'altra posizione dottrinale (qui ridefinita «favorevole con cautela» nei confronti di specificazioni tecniche a opera di fonti secondarie) ha via via sviluppato e un panorama del quale abbiamo riportato nel paragrafo precedente (sintetizzandolo anche qualche riga sopra questa).

Si può poi indubbiamente concordare sull'osservazione intorno a una certa "artificialità" delle condotte tipizzate nel settore ambientale (che chiama in causa il rispetto dei principi di sussidiarietà e di offensività), in specie nel confronto con la maggiore consistenza empirica e semantica che caratterizza l'area degli stupefacenti e i comportamenti sanzionati dal d.P.R. 309/1990 (anche se potrebbe obiettarsi che pure in quest'ambito concetti come «spedizione in transito» danno corpo ad azioni in sé e per sé "normali").

Ma dimostra forse troppo l'osservazione circa un correlativo "spostamento" dell'asse della fattispecie sul requisito dell'oggetto materiale[76]: non sembra infatti che il peso dell'oggetto sul quale incide la condotta possa ritenersi inversamente proporzionale al grado di complessiva «descrizione tassativizzante» della fattispecie tipica. In altre parole, anche quando il comportamento tipico sconta un *deficit* di rigore descrittivo (a causa della sua imperfetta afferrabilità empirica nonché in

[76] Concorda invece con Giunta, R. BARTOLI, *Incriminazione e giustificazione*, cit., 617.

particolare, come si lamenta accadere nel caso *de quo*, in dipendenza della sua "neutralità"), e al di là di vizi di costituzionalità di *altri* contrassegni della norma incriminatrice in rapporto a determinatezza e/o offensività (nei limiti in cui tale ultimo principio «argomentativo» risulta oggi spendibile nei giudizi di costituzionalità), l'oggetto materiale rimane felicemente refrattario, come ha insegnato un lavoro monografico in argomento, ad accentrare su di sé il nucleo del giudizio di disvalore penale; conservando esso anzi, analogamente all'evento naturalistico e al nesso causale, una *specifica funzionalità* nell'ambito degli elementi di fattispecie ed esattamente in chiave di «ulteriore delimitazione della condotta punibile» per l'essere volto a «restringere l'ampiezza della fattispecie legale e, quindi, a limitare l'ambito di applicazione della norma incriminatrice»[77] (anche se sarebbe ingenuo tacere i rischi, pur contenibili come chiarito, di una *fattuale* tracimazione della discrezionalità tecnica esercitabile nella definizione dell'oggetto materiale in discrezionalità politica).

In relazione alla proposta – pur suggestiva e comprensibile nello spirito riformatore che la sorregge – di assegnare a un'Autorità indipendente e a composizione rappresentativa un ruolo di «traduzione» normativa delle regole tecniche proprie del campo di materia, sembra di poter aderire a quella critica che, oltre a rilevare un'eccessiva latitudine nell'"apertura" a «tutti i soggetti interessati», fa notare come si tratti di soluzione valutabile esclusivamente *de iure condendo* e che soprattutto, nella misura in cui propone l'affiancamento al Parlamento di un altro organo che (per quanto in un unico determinato settore) compartecipi alla criminalizzazione, presupporrebbe una modifica dell'art. 25, co. 2, della Costituzione[78].

Va infine ovviamente condivisa la preoccupazione circa un *uso spurio* del procedimento penale come "condanna anticipata"; così come la messa in guardia da un vasto impiego di incriminazioni di pericolo

[77] F. GIANNITI, *L'oggetto materiale del reato*, Milano, 1965, 71.

[78] In questo senso, E. INFANTE, G. SALCUNI, *op. cit.*, 1182, nt. 90. Si aggiunga che non si comprende perché l'"eccezione" al modulo *"classicamente" parlamentare* consacrato nell'art. 25, co. 2, dovrebbe valere *per il solo* ambito ambientale, dato che analoghe istanze di rinforzata partecipazione del *démos* alle scelte politiche potrebbero a quel punto porsi per altri settori "fortemente tecnici".

(*rectius*: fondate sulla *precauzione*) per sanzionare comportamenti di cui non si conosce ma solo si paventa un rischio per l'uomo.

Ma al contempo va considerato che abbandoni repentini della "linea" penalistica potrebbero condurre a *insidiosi indebolimenti* sul piano della prevenzione sia generale sia speciale, con l'esito finale di una globale bagatellizzazione dei comportamenti che minacciano l'ambiente quando non della costruzione di un diritto punitivo ambientale del privilegio o «dell'amico»: tale schema di riflessione, sviluppato in relazione ad altri ambiti di intervento[79], vale si direbbe *a fortiori*, in ragione del peculiare spessore e "tangibilità" degli interessi non ludicamente "in gioco", nei confronti di un settore così delicatamente ("intergenerazionalmente") vitale come quello dei beni ambientali.

Se poi con Giunta va censurata la scorciatoia del "puro simbolismo" – ovvero della rassicurazione adrenalinica del consorzio sociale attraverso la semplice minaccia di pena criminale – cui il legislatore forse inclina a cedere anche in materia ambientale, non per questo merita di essere astrattamente dispregiata una *indiretta*, *secondaria* "tranquillizzazione mediante stigmatizzazione" connessa a interventi penali motivabili come legittimi sul piano dell'*extrema ratio* e della priorità accordata a un'effettiva tutela di beni giuridici[80].

---

[79] Cfr. S. SEMINARA, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in S. CANESTRARI, L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa? Atti del Convegno (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002)*, Milano, 2005, 235. Sulla *stretta complementarità* di diritto penale dell'amico e diritto penale del nemico, rappresentando entrambi perversioni del rapporto fra potere e diritto penale, G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2007, 58-59: in particolare, «il diritto penale dell'amico, dietro la facciata delle istanze garantistiche e di civiltà giuridica, è il mezzo di un potere che lotta contro l'uguaglianza, forte con i "portoricani", soave nei confronti dei "gentiluomini" di turno», disegnando dunque una «caricatura del garantismo» e una «frammentarietà arbitraria».

[80] È un tema che ho provato a sviluppare in altra sede quello dei *presupposti per un "equilibrio"* fra funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale; *o meglio:* si tratta del tema dei residuali spazi assegnabili a questa seconda funzione *una volta poste* le condizioni per il decisivo soddisfacimento della prima. Su quattro fasi o momenti dialettici di strumentale e simbolico cfr., volendo, S. BONINI, *La tutela penale dell'euro: quali aspetti simbolici? (in rapporto ai prioritari aspetti strumentali)*, in A. BERNARDI (a cura di), *La tutela dell'euro. Teoria e prassi. Atti del Convegno (Ferrara,*

3.7. Le preoccupazioni di Stella intorno a un'ampia valutatività dei giudizi scientifici. Le conseguenze dedotte in tema di strutturazione della fattispecie

La riflessione più incalzante circa l'assenza di un sapere tecnico-scientifico oggettivo e neutrale, e come tale recepibile pianamente da parte del diritto, è contenuta nell'inesauribile opera di Federico Stella *Giustizia e modernità*.

Merita ripercorrere anche qui alcuni snodi di questa studiatissima monografia – assurta in pochi anni ad autentico «classico» della letteratura penalistica – cercando soprattutto di cogliere le implicazioni che il discorso dell'autore produce su una configurazione della fattispecie mediante estremi definiti in via sublegislativa.

La «protezione dell'innocente» – cui è dedicata la parte I del libro – impone in particolare, rimarca lo studioso, di stare all'erta rispetto al «mito tecnocratico» della «razionalità della scienza»: tutt'al contrario, si osserva, le leggi della scienza sono da considerare semplici ipotesi destinate a rimanere costantemente «aperte»; i programmi di ricerca e le opinioni diffuse nella comunità scientifica risultano intrinsecamente «provvisori», essendo fatalmente destinati a essere sconfitti da altri paradigmi; la stessa storia delle teorie scientifiche consiste anzi nell'avvicendarsi di formulazioni in un primo momento confermate e in un secondo tempo falsificate, tanto da rendere giustificata l'immagine della scienza quale, pur negli innegabili progressi, «cimitero di errori».

Inoltre, anche sincronicamente, l'autore registra «macroscopici divari» tra le valutazioni effettuate da scienziati diversi e un forte condizionamento sull'abituale prassi scientifica da parte della – manipolabile – percezione sociale del rischio.

In una simile situazione di incertezza della scienza, si sottolinea, il ruolo del giudice dovrebbe essere oggi più che mai quello di «custode

---

16/4/2004), Padova, 2005, 159-182; mi permetto di rinviare anche a S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, 491-534. Sul simbolismo come indiscutibile e in parte fisiologica «specificità» penalistica (insieme ad afflittività e garantismo), ma con ampia dimostrazione della preponderanza da riconoscere a ciò che è strumentale, v. ora le riflessioni di J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, Valencia, 2013, 333-334, 339-355.

del metodo scientifico» ossia di garante dell'affidabilità delle ipotesi scientifiche poste a sostegno della decisione; ciò tanto più dinnanzi a una crescente «cultura partigiana» degli esperti chiamati a partecipare ai processi penali, che intorbida la distinzione tra meri fatti e opinioni scientifiche nonché tra questioni di fatto e giudizi di valore.

Come evidente, queste ampie considerazioni di fondo (sulle quali poi l'autore basa una completa teorizzazione dell'«oltre il ragionevole dubbio» e un rigetto di paradigmi flebilmente stocastici per l'accertamento della causalità) interessano profondamente, anche se in forma indiretta, la trattazione circa gli elementi tecnicamente specificati che stiamo facendo in questo capitolo.

Ancora più da vicino peraltro la nostra analisi è coinvolta dallo svolgimento di Stella sul rinvio a limiti-soglia nel diritto penale.

I limiti soglia, ricorda l'autore, consistono in una fissazione, da parte di organi regolamentatori, dei valori massimi consentiti rispetto alla presenza di sostanze potenzialmente tossiche nell'acqua, nell'aria e negli alimenti; la loro determinazione è effettuata individuando il livello al quale non si verifica o non si prevede alcuna conseguenza avversa per la salute delle persone e applicando successivamente un «fattore di sicurezza» che fa scendere quella soglia di dieci, cento, mille o più volte.

Un siffatto modello però, rileva Stella, «non può funzionare» in ragione della distanza che lo separa dalla creazione di pericoli reali per la salute dell'uomo; il fattore di sicurezza infatti, si osserva, risulta stabilito in modo arbitrario ovvero in forza di un'«interpretazione del tutto discrezionale del principio di prudenza»: secondo opzioni «transscientifiche» o «di *default*», e cioè squisitamente politiche.

Il diritto dei limiti soglia, conclude dunque l'autore, potrà eventualmente trovare collocazione nell'ambito amministrativistico, costituzionalmente più idoneo del settore penale rispetto all'ipotesi di una «sicurezza dei beni giuridici dispensata a piene mani»; salvo comunque riconoscere l'insufficienza dei «piccoli passi» che può compiere l'intervento giuridico e intraprendere il cammino di un «cambiamento globale di

mentalità», fondato sull'esistenza di «regole auree dell'etica religiosa e dell'etica laica, comuni a tutte le religioni e a tutti i popoli»[81].

Enormi appaiono i meriti del volume di Stella.

Innanzitutto, in termini di difesa e diffusione del «principio granitico» secondo cui «è molto peggio condannare un innocente che lasciar libero un colpevole, o cinque, dieci, cento colpevoli»: la costante valorazione di questa idea fa da sfondo alle singole puntualizzazioni in tema di personalità della responsabilità penale, di accertamento del nesso eziologico, di tecniche di costruzione della fattispecie, di ricorso a modalità alternative di tutela (giuridiche ed extragiuridiche).

E fondamentale, anche in relazione al concetto di «elementi tecnicamente specificati» di cui si occupa questo primo capitolo del presente lavoro, è la ricorrente sottolineatura circa l'*ingenuità della fiducia* in teorie scientifiche neutrali e definitive, quando esattamente al contrario quello scientifico risulta raffigurabile come un sapere nella sua essenza congetturale e fallibile[82].

La disamina di Stella non ha la stessa radicalità di M. Gallo sotto il profilo del ripudio di ogni forma di «collaborazione» legge/regolamento in rapporto allo specifico parametro della riserva di legge. Ma la sua posizione è senz'altro la più *tranchant* nel denunciare una complessiva fittizietà del rigido *discrimen* mero tecnicismo del sapere scientifico/saperi intrinsecamente valutativi. Altrettanto autorevolmente già Bricola e M. Romano avevano indicato una labilità di quel confine, ricavandone la necessità di un vigile monitoraggio su possibili frodi delle etichette, ma non avevano spinto le loro analisi fino alla censura sistematica di una *congenita «politicità»* di giudizi postulati quali tecnico-scientifici.

---

[81] F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003. Il tema dell'«illusione» provocata dal ricorso al processo penale, che finisce per «occultare la complessità dei fattori economici, sociali, politici che conducono ai disastri», è ripreso da F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004 (il virgolettato a 285).

[82] Sul punto, M. DONINI, *op. cit.*, 115-116: «le stesse scienze naturali non hanno più la pretesa, ma neppure il riconoscimento, di un monopolio epistemico, sono accomunate alle scienze sociali dal principio di falsificazione, dal procedere per congetture e confutazioni, per tentativi ed errori […] e tutte quante queste discipline convivono con situazioni costanti di incertezza nomologica e pluralismo scientifico».

Come è *quasi inevitabile* con gli svolgimenti dai marcati profili di novità, non deve sorprendere peraltro che proprio l'originalità ricostruttiva e anzi la forza dirompente del discorso di Stella possano divenire il punto focale anche di una lettura critica del suo pensiero.

Un attento studio di *Giustizia e modernità* è condotto per esempio nel contesto di un saggio di Infante e Salcuni, che abbiamo già esposto e dibattuto in relazione alla tesi ivi sviluppata circa il possibile inserimento dei limiti tabellari nel piano sistematico dell'antigiuridicità[83].

Si fa notare dagli autori come la tesi del «soggettivismo» di giudizi scientifici apparentemente *super partes* costituisca un autentico «colpo al cuore» rispetto al «compromesso» faticosamente raggiunto fra dottrina e giurisprudenza costituzionale in ordine alla compatibilità con l'art. 25, co. 2, Cost. della (sola) specificazione tecnica; più in generale, anzi, tale tesi «travolge» gran parte del «diritto penale della modernità», impostato su accentuate anticipazioni della tutela mediante il precipitato tecnico del superamento di regole di sicurezza elaborate da «esperti».

Ritengono gli aa. che la riflessione di Stella *stia e cada* con l'impossibilità di isolare un insieme di determinazioni tecniche esenti da arbitrarietà valutativa. Nel campo a livello pratico rilevantissimo degli stupefacenti, il rinvio al sapere degli specialisti – da tradurre poi nelle apposite liste – a ben vedere non implica, si nota, margini di discrezionalità politica: si tratterà infatti di uniformarsi alla migliore criteriologia scientifica, pena la disapplicazione dell'atto amministrativo dissonante rispetto ai paradigmi diffusi in ambito internazionale. Insomma, «l'atto amministrativo cui pure, in prima battuta, la legge fa riferimento ha la sola funzione di recepire gli *standard* scientifici vigenti in un dato momento storico».

Astraendo dall'esempio, si ricava il principio di una difficile conciliabilità con la teleologia costituzionale della «discrezionalità tecnica» (perché in realtà «valutativa») ma per converso di una perfetta legittimità del rimando a un'attività di «accertamento tecnico», attraverso la quale due esperti chiamati a effettuare una medesima verifica non potrebbero che pervenire a identiche conclusioni.

[83] *Supra*, I.2.5.

Le attività di puro accertamento tecnico, evidenziano gli autori, dovrebbero dunque sfuggire alle perplessità espresse da Stella se è vero che in esse non entrano in gioco valutazioni discrezionali dell'esecutivo o di specialisti, i quali dovranno riferirsi «agli *standard* rigidi ed univoci del settore disciplinare di riferimento» e non potranno dare ingresso a bilanciamenti di interessi frutto di una personale e come tale politica *Weltanschauung*[84].

Decisivo sarà pertanto il riferimento all'istanza costituzionale di determinatezza: laddove il rimando sia a parametri tecnico-scientifici sforniti di adeguati coefficienti di unidirezionalità e certezza si avrà a che fare con un caso di discrezionalità tecnica incostituzionale per difetto di precisione, trattandosi in definitiva di «mera volontà politica formulata dalla p.a.»; mentre in altre ipotesi – plausibilmente, esse stesse non infrequenti e anzi, *sino a prova contraria*, costituenti la regola – la «mediazione» che il provvedimento amministrativo di recepimento effettua fra un univoco sapere scientifico e il dato posto dal legislatore darà vita a «un'integrazione del precetto penale ad opera di una *Kulturnorm* (quella elaborata dagli specialisti di un determinato settore) di carattere determinato», *rectius* «diffuso e determinato»[85]: ed è la messa

[84] Similmente negli esiti V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013, 24, che rispetto a «settori di disciplina complementare» (il riferimento è in via prioritaria a sicurezza del lavoro e ambiente) scrive di «rapporto fra diritto e tecnica […] così performante da plasmare anche le scelte di valore, guidate prevalentemente da razionalità tecnico-scientifica». Stella potrebbe forse replicare con la citazione di *in cauda venenum*, scorgendo in quel «prevalentemente» le insidie ricollegate all'intreccio fra tecnica e politica.

[85] V. anche, in precedenza, E. INFANTE, *Partecipazione al capitale e tutela dell'attività di vigilanza (artt. 169 e 171 d.lg. n. 58/1998)*, in A. MANNA (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000, 269-273: Consob e Banca d'Italia, ponderando interessi contrapposti (trasparenza degli assetti azionari *versus* riservatezza delle operazioni d'impresa), pongono in essere un autonomo atto volitivo con lo stabilire la soglia partecipativa cui si riconnettono determinati obblighi di comunicazione (caso di attività discrezionale sospettabile di illegittimità costituzionale); il Ministero della salute, per converso, in materia di stupefacenti si limita all'accertamento di «alcune caratteristiche *intrinseche* delle sostanze», di connotati presenti *in rerum natura*, ovvero a un'«attività *meramente acquisitiva* di conoscenze», riferita a «*dati della realtà empirica* oggettivamente esistenti, cioè preesistenti, logicamente e cronolo-

a fuoco di questa seconda costellazione tipologica che ci preme rimarcare potendosi riconoscere gli *estremi logici* e le *condizioni normative* per condividerla, a fronte dell'argomentazione di Stella circa il timbro costitutivamente politico di *ogni* giudizio offerto nella scorza formale come nudamente tecnico.

Su un piano più strettamente politico-criminale, il mutamento d'orizzonte indicato da Stella nel segno di un "passaggio di testimone" fra sistema penale e sistema amministrativo (e civile) per regolamentare i temi della modernità[86], pur coerente con i rilievi intorno alle difficoltà probatorie del diritto penale d'evento e all'inammissibilità costituzionale di un orientamento verso il diritto penale della condotta, deve d'altro canto "preterintenzionalmente" misurarsi con i rischi di «produzione sociale di indifferenza morale», ovvero di «erosione delle inibizioni attraverso la routinizzazione delle azioni lesive» e di «disumanizzazione delle vittime trasformate in oggetto di una compensazione economica»[87].

Più in generale, poi, della pratica irrealizzabilità ma anche dell'indesiderabilità di un «diritto penale minimo» (prospettiva comunque non espressamente enunciata dall'a.) dovremo parlare in altro luogo di questo libro[88].

---

gicamente, all'attività di analisi su di essi svolta» (caso di attività integratrice compiutamente e pienamente tecnica). Sulla plausibilità concettuale di apporti sublegislativi «strettamente esecutivi», dotati di «un marcato grado di nozionismo scientifico» e «fondamentalmente esplicativi», v. pure E. CACACE, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni fra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. cost.*, 2011, 4835 e 4839-4840; al concetto di «esplicitazione» della fattispecie precettiva, in contrapposizione alle ipotesi di delega alla fonte subordinata del ruolo di «dare corpo» a un precetto in bianco, faceva riferimento già A. LANZI, *La «autorizzazione indebitamente ottenuta» nella struttura della fattispecie penale valutaria*, in *Riv. dir. econ. val.*, 1981, 25-26 e *ivi* nt. 8.

[86] Passaggio di consegne che a sua volta, come ricordato, nella visione dell'a. rappresenta solo un primo *step* rispetto all'avvento di un decisivo cambio di mentalità fondato su principi comuni a etica laica ed etica religiosa.

[87] Cfr., con le opportune citazioni, G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale. Atti del Convegno (Pavia, 10-12/5/2001)*, Milano, 2002, 78-79, richiamato anche da Infante e Salcuni.

[88] *Infra*, con particolare riferimento alla visuale di una «legislazione penale per principi» indicata da Mario Spasari, V.8 della sezione I.

Il merito culturale forse più grande di *Giustizia e modernità* – l'aver palesato il carattere valutativo (di almeno una parte) della «specificazione tecnica», e così l'inaccettabilità di *deleghe in bianco tecnicamente ammantate* (del legislatore a fonti regolamentari) – non dovrebbe però inficiare, secondo la condivisibile conclusione di Salcuni e Infante, l'apprezzabilità *sotto rigorosi presupposti* di interventi sublegislativi autenticamente tecnico-specialistici[89].

In rapporto alla critica globale, proveniente dall'analisi di Stella, intorno agli impieghi penalistici di forme di «scienza spazzatura», altre considerazioni possono infatti aggiungersi a irrobustire una difesa del sistema della specificazione tecnica (*o meglio*: di quelle integrazioni della fattispecie penale che meritino di essere reputate specialisticamente necessarie e legittime perché rispettose di una serie di condizioni e vincoli).

Paradossalmente, proprio l'«enorme importanza dell'errore nella scienza», lamentata dall'a.[90], rafforza il convincimento circa l'utilità del metodo degli elenchi ministeriali, a circoscrivere e anzi possibilmente a prevenire *errori, oscillazioni interpretative e iniquità*; liste regolamentari che, in omaggio alla loro funzione, saranno dunque da intendere non come cristallizzazione di saperi che per definizione sono mutabili ma, al contrario, quale *"accordo", provvisorio e rivedibile*, su acquisizioni tecnico-scientifiche anche penalisticamente pertinenti. Si pensi ancora una volta ai settori degli stupefacenti, oppure del *doping*[91], o dell'ambiente (rispetto a quest'ultimo con qualche *caveat* in più, registrato nel sottoparagrafo precedente).

Quasi come reazione ai disorientamenti *della* scienza e indotti *dalla* scienza nell'applicazione del diritto, registra Stella una parallela rivendicazione di «assoluta autonomia del convincimento del giudice penale, rispetto ai risultati della ricerca scientifica».

Ma anche le spinte all'«autonomia del metodo proprio delle scienze dello spirito, rispetto al metodo delle "scienze naturali"»[92] possono essere felicemente ridimensionate attraverso regolamenti specialistici in

[89] E. INFANTE, G. SALCUNI, *op. cit.*, spec. 1164-1169, 1192-1199.

[90] F. STELLA, *op. cit.*, 454.

[91] Su quest'area di tutela *infra*, I.5.

[92] F. STELLA, *op. cit.*, 229.

grado di quadruplicemente soddisfare le istanze costituzionali di *determinatezza*, di *colpevolezza* (in ragione dei profondi nessi fra corretta formulazione oggettiva del fatto tipico e sua conoscibilità soggettiva), di *uguaglianza* e di *adeguamento dinamico* del diritto penale all'evoluzione di altri saperi (istanza quest'ultima che si può ritenere costituzionalizzata, come s'è visto, *ex* artt. 10, co. 1, 25, co. 2, e 32, co. 1)[93].

La stessa *riserva di legge* del resto, ripetiamo gli essenziali presupposti, non è scossa dai rimandi in parola purché l'oggetto giuridico sia integralmente e manifestamente pre-individuato dal legislatore; la determinazione sia di puro accertamento tecnico (ossia senza spazi per difformi conclusioni da parte degli esperti); l'atto regolamentare venga pubblicato nella Gazzetta Ufficiale; e la fonte parlamentare reintervenga prontamente nel caso di sostanziale alterazione del criterio tecnico di partenza.

Oltre al «sogno» del «legislatore fai da te», che si traduce nella realtà di una normazione quotidiana di reati di pericolo astratto, oggetto dell'ironico disincanto di Stella[94], parafrasando l'a. si potrebbe dunque parlare della sostanziale utopia di un «giudice fai da te» che estremizza la veste di *peritus peritorum* e ricorre a concetti socialmente o culturalmente orientati anche in campi strettamente scientifici: l'antidoto specifico ci pare dato proprio da una articolazione della fattispecie che passa per elementi enucleati tecnicamente nel contesto di sedi dotate dell'indispensabile competenza e filtrati successivamente in ambito penale mediante fonti regolamentari suscettibili di costanti aggiornamenti.

Insiste Stella su come il disinteresse metodologico nei confronti della scienza abbia "origini antiche": «la ragione per cui i giudici siedono nei Tribunali è perché non hanno voluto studiare le scienze, non hanno interesse alla scienza e si sono specializzati in qualcosa che non ha nulla a che vedere con essa»[95].

Tale difficoltà se non impossibilità di dialogo appare all'autorevole studioso una ragione in più per abbracciare tecniche di tutela amministrativistiche; se si condividono però le osservazioni sopra riportate e

[93] V. *supra*, I.2.3.

[94] F. STELLA, *op. cit.*, 527.

[95] F. STELLA, *op. cit.*, 466, citando Kesan.

che riprenderemo[96] circa la non auspicabilità di un (radicale) abbandono dello strumento penale in rapporto ai fenomeni della modernità, potremmo anche sotto questo riguardo confermare la tesi che la via più accorta per alleviare il giudice da una sua ipotetica "ancestrale antipatia" per gli studi scientifici sia quella di impiegare, laddove consigliato e nel rispetto di condizioni limitative, le determinazioni di apparati appositamente competenti alla definizione e all'aggiornamento periodico di dati tecnici: i quali integrino scelte di protezione compiute, secondo i principi, dal legislatore.

Infine, gli stessi incisivi rilievi di Stella circa una partigianeria degli esperti nella ricostruzione scientifica *ex post* dei fatti processuali (da leggere unitamente alle considerazioni di Giunta circa la polarizzazione del giudice penale nelle mani del perito)[97] costituiscono motivo che persuade ulteriormente della bontà tecnico-legislativa e costituzionale di una definizione regolamentare – uniforme ed *ex ante* – di profili specialistici tipizzati quale indispensabile corredo di una fattispecie penale conforme a principi del rango della tassatività e della colpevolezza[98].

---

[96] Come detto, nel V.8 della sez. I.

[97] V. sottopar. precedente.

[98] Sulla scia di Stella, F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, in un libro che affascina per la rigorosa professione di un «credo interdisciplinare» [«la particolare prospettiva del giurista» dovrebbe essere introdotta «*solo dopo* aver esaminato la questione nella sua interezza» (6); e l'a. agisce coerentemente nello studio di pericolo e rischio]; e per il sapiente impiego di un «setaccio a due filtri», «rispettivamente corrispondenti alla sostanza empirica dell'incriminazione e alla sua reale legittimazione dal punto di vista costituzionale» (285).

L'autore evidenzia a più riprese come il ricorso al modulo dei limiti-soglia obbedirebbe all'istanza tipicamente probatoria di costruire incriminazioni snelle che richiedano il minor numero possibile di accertamenti giudiziali (v. per es. 212-213), mentre sul piano sostanziale difetterebbero meritevolezza e bisogno di pena in condotte troppo distanti rispetto all'«epicentro di tutela» – la salute – che accomuna le materie della sicurezza sul lavoro, degli alimenti e della salubrità dell'ambiente (286, 293-294); il sistema dei valori-soglia presenterebbe inoltre un volto classista, consentendo una difesa adeguata soltanto a chi può permettersi la migliore e più costosa assistenza tecnica (333).

Quest'ultimo argomento dimostra troppo, e comunque non sembra decisivo: emergendo "sperequazioni di difesa" in ogni ambito, anche quelli più naturali e consolidati,

del sistema penale. Quanto ai primi due, intrecciati fra loro, pare che la salda primazia culturale e costituzionale della salute, come bene finale oggetto di protezione [D'Alessandro scrive invece della salute quale bene «ontologicamente spersonalizzato» (309)], riconduca la determinazione di limiti tabellari, come parametro normativo e clausola di chiusura dell'obbligo di riduzione massima del rischio, nell'alveo di possibili, financo plausibili, determinazioni politico-criminali (salvo, s'intende, la censurabilità costituzionale di singole scelte legislative irragionevoli e più in generale fermo il ripudio di concezioni *à la* Kratzsch, orientate a un uso del diritto penale in chiave cibernetica, quale strumento di governo della complessità sociale: ne fa strame D'Alessandro, 232-237); non potendosi neppure trascurare i vantaggi che il sistema delle tabelle offre in chiave di tassatività: come accennato (I.3.6), e al di là di opposti vizi da esasperata formalizzazione e dunque da rigidità sociale, i dati numerici rappresentando decisamente i meno anfibologici fra quelli introducibili in fattispecie (in questa direzione, alcune considerazioni di C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 333-343, 609-611, 627, 669-670; sulla perfetta determinatezza di parametri richiedenti «una pura operazione di calcolo» già N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 796).

Pienamente d'accordo con D'Alessandro sull'esigenza di adottare una *strategia a più pedine*: il diritto penale, *da solo*, risolve poco o, *per essere esatti, nulla!* (sull'«ancillarità» del penale, «momento di passaggio» che «sistematicamente» si affianca a un più vasto arco di metodi di intervento extrapenali e in prima battuta anzi pregiuridici, dall'implementazione dei quali dipende in buona parte il conseguimento di scopi costituzionalmente e socialmente apprezzabili, G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004).

Non si può peraltro escludere che il sistema statunitense delle agenzie amministrative, dotate di ampi poteri regolamentari, ispettivi e negoziali (dall'a. ampiamente analizzato e additato quale esempio: 366-394), implichi a sua volta margini di opacità: *quid iuris* se le agenzie ammettano livelli di rischio *troppo tolleranti*? [che tali si rivelino *ex post*, o che in ipotesi tali ragionevolmente appaiano già *ex ante*; nel libro con cui stiamo dialogando si dà conto invece (376) della simmetrica esigenza di responsabilizzare le agenzie a «non spingersi "troppo oltre" nel seguire i dettami del principio di precauzione, per non correre il rischio di vedere *cassati* in sede giudiziaria i singoli provvedimenti»].

In ogni caso, negli stessi Stati Uniti, la maggior parte delle legislazioni statali non rinuncia, come riferisce l'a. (389), a sanzionare la violazione di limiti-soglia, quando si produca un pericolo concreto per la vita o la salute di qualcuno. Con il che peraltro si evidenzia *per tabulas* una compatibilità logica fra limiti tabellari e pericolo, anche concreto, mentre l'a. rimarca una «grande distanza» separante valori-soglia e lo stesso pericolo astratto (265-285), scrivendo anzi apertamente (175) delle soglie come «tecnica di tutela svincolata dall'obiettivo di tutela dei beni giuridici»; sulla conciliabilità livelli-soglia/pericolo, la sintesi di D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*,

4. La frastagliata ricchezza della giurisprudenza costituzionale in tema di «completamenti tecnici» della figura incriminatrice

La stessa giurisprudenza costituzionale relativa alla specificazione tecnica si presenta meno "taciturna" e anche meno monolitica di quanto potrebbe risultare a un'osservazione epidermica.

Prevale sicuramente un approccio benigno verso il modello normativo in parola, ma secondo una cifra argomentativa che per lo più sa evitare sentieri triti: anche quando il richiamo cade sulla «giurisprudenza di questa Corte», possono essere apprezzate puntualizzazioni in grado di mettere meglio a fuoco le caratteristiche del fenomeno.

Certo, non tutto è oro quel che luccica. Talvolta il criterio dell'integrazione specialistica è applicato dalla Consulta forzandone i confini[99], ovvero qualificando come semplici estremi tecnici rinvii dotati probabilmente di un impatto *più "sostanziale"* sulla fattispecie. In altre pronunce si usano locuzioni in qualche misura ambigue, che fomentano dubbi su gattopardeschi *arrière-pensée* della Corte. In un caso isolato, il giudice delle leggi dichiara invece la sua preferenza per un metodo «sintetico» di descrizione legislativa (concetto «culturale» di sostanza stupefacente): e se ciò incrementa il quadro discussivo, non mancano ragioni di perplessità in rapporto ai benefici del contrapposto metodo «analitico» ("a casistica legislativa" o, più congruamente, "a casistica regolamentare").

Ma l'impressione non è mai quella di una Corte che voglia a tutti i costi salvare per ragioni "politiche" norme viceversa in odore di incostituzionalità (come invece è sempre avvenuto per l'art. 650 c.p., peral-

---

Annali, VIII, Milano, 2015, 675: sanzionare «microviolazioni» reiterate o perduranti nel tempo appare ragionevole, quando si tratti di pericoli su larga scala, coinvolgenti beni primari.

Condivisibile infine la prospettiva, anch'essa suggerita da D'Alessandro, di una valorizzazione della responsabilità dell'ente nella complessiva materia dei pericoli tecnologici, così da promuovere comportamenti virtuosi attraverso la sottolineatura delle opportunità, anche economiche, derivanti dall'osservanza di modelli corretti di organizzazione e gestione (363, 393-394 e *ivi* nt. 102).

[99] Per tale rilievo, E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, 130-131.

tro "legittimato" per vie diverse da quelle del «mero completamento tecnico-scientifico»).

Vediamo allora di dare corpo alla visione complessiva ora anticipata attraverso l'esame dei singoli materiali costituzionali, riflettendo sulle pronunce più significative di questi primi sei decenni di vita della Consulta.

4.1. Le pronunce degli anni '50-'60 e le tesi dell'«acclaramento tecnico», del «presupposto di fatto» e della «sufficiente specificazione»

Una prima riflessione intorno alla legittimità di specificazioni tecniche è compiuta dalla sentenza n. 4 del 1958, avente a oggetto la compatibilità di una previsione a tutela delle denominazioni tipiche e di origine di formaggi (art. 3 l. 10/4/1954, n. 125), rispetto alle riserve di cui agli artt. 41, co. 3, e 25, co. 2, Cost.

Fin dagli "esordi" della Corte, si incontrano *in nuce* i fondamentali pregi di un decreto (del presidente della Repubblica) che, emanato su proposta del Ministro per l'Agricoltura e le Foreste (oggi: Ministro delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali), a sua volta tecnicamente assistito da un Comitato nazionale per la tutela delle denominazioni di origine e tipiche dei formaggi, sia idoneo ad «acclarare determinate situazioni di fatto», «in relazione alla varietà e alla particolarità dei dati da accertare e alla natura tecnica dei rilevamenti e delle valutazioni». Facendo ciò, si osserva, il potere esecutivo esercita una *mera funzione di carattere amministrativo*, che non incide sul piano dei rapporti intersoggettivi e non implica la configurazione di una nuova norma giuridica; inoltre, si conclude, i provvedimenti tecnici sono circondati, nello stesso stadio della loro formazione e in fasi successive, da garanzie di pubblicità volte a impedire arbitrii e a dare agli interessati la possibilità di ottenerne la rimozione[100].

[100] Corte cost., 18/1/1958, n. 4, in *Giur. cost.*, 1958, 17-32, con nota critica di S. FOIS, 17-27, il quale dubita che l'art. 3 impugnato possa costituire norma a mero carattere strumentale ed esecutivo, anziché norma primaria e innovativa; l'autore aggiunge anzi come nelle materie coperte costituzionalmente da riserva (il fuoco è su quella di cui all'art. 41, co. 3) non basti una espressione di volontà legislativa circa l'"affidamento" della disciplina a un organo non legislativo, in assenza di criteri capaci

In medias res (iuris criminalis) ci porta la pronuncia n. 36 del 1964. Interpellato sulla costituzionalità di un'elencazione regolamentare in materia di stupefacenti (*ex* art. 6 l. 22/10/1954, n. 1041), il giudice delle leggi nega che tale sistema dia luogo a «un precetto penale la cui fonte sarebbe parte nella legge e parte nell'atto amministrativo». Corretto invece è dire che il precetto riceve «intera la sua enunciazione con la generale imposizione del divieto», mentre le varie voci delle tabelle cui si fa rimando costituirebbero semplicemente «indicazioni particolareggiate che si sottraggono alla possibilità di una anticipata specificazione da parte della legge».

In questa sentenza, debutta il paradigma della sufficienza di una *generale fissazione legislativa del divieto*.

Ma la c.d. «sufficiente specificazione» rappresenta *criterio malfermo*, perché sposta l'intero problema di legittimità sul versante della determinatezza, *bypassando* il *prius* logico della riserva di legge; e perché concretamente porterà a riconoscere come sufficientemente specificate previsioni che, a un occhio più smaliziato o semplicemente volenteroso, sufficientemente specificate non potrebbero dirsi; inoltre, tale criterio non esce rafforzato dal riscontro di un analogo utilizzo fatto da altre giurisprudenze costituzionali giacché per esempio in Germania la "sufficiente chiarezza dei presupposti della punibilità" non dovrebbe comunque avere titolo di legittimazione quando si entra nel campo applicativo dell'art. 104, co. 1, prima parte, della Carta fondamentale, laddove si prevede che la libertà personale possa essere limitata «solo sulla base di una legge formale» (e precaria parrebbe un'argomentazione *a contrario*, fondata sull'assenza in Italia di un identico vincolo costituzionale).

Stride anche l'asciuttezza dell'apparato argomentativo, come se tutto ciò che è legato a tecnica e scienza fosse "consustanzialmente" armonico con la riserva di legge[101].

---

di vincolarne la discrezionalità: ciò equivarrebbe a «un'autospoliazione di quel potere-dovere che la Costituzione impone al legislatore nell'interesse della garanzia di particolari situazioni soggettive».

[101] Per più radicali obiezioni critiche alla pronuncia, M. PARODI GIUSINO, *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, cit., 393-399, per il quale l'art. 6 impugnato affiderebbe all'Amministrazione un'autentica «scel-

Istruttivo, per altro verso, appare nella pronuncia il suggerimento di un confronto con il testo dell'abrogato delitto di cui all'447 c.p. («agevolazione dolosa dell'uso di sostanze stupefacenti»): non trovando l'astratta locuzione «sostanze stupefacenti» quivi contenuta a indicare l'oggetto materiale del delitto alcun chiarimento in un "moderno" sistema di tabelle, e dovendosi così scontare «le incertezze, le insufficienze, le difformità delle valutazioni disposte volta per volta dal giudice»[102]; triplice sostantivazione, questa, che non suoni quale gratuito *j'accuse* verso protagonismi o intuizionismi sempre latenti nell'uomo, e dunque anche nell'uomo-giudice, ma quale sottolineatura dell'«ulteriore elemento di certezza», o forse certezza *tout court*, assicurata dallo specifico regolamento richiamato in ottica tecnica.

Con relatore ancora Petrocelli, la sentenza n. 96 del 1964 si muove – in via di massima – su una tranquilla falsariga rispetto alla precedente. Si ribadisce allora come le liste delle sostanze ad azione stupefacente contenute nei decreti del Ministero della Sanità (oggi: Salute) siano da ritenere «determinazioni specifiche dell'Autorità amministrativa, non costituenti elemento intrinseco del precetto penale» ovvero siano da considerare semplicemente – ecco però un elemento in più, con l'affiorare nel contesto della specificazione tecnica di un concetto impiegato anche con esiti di "salvataggio" di norme in bianco – quali «presupposto della sua applicazione»[103].

Fondamentalmente triplice è la critica mossa alla teorica del «presupposto di fatto»[104], in punto di illogicità della degradazione del ruolo

---

ta di valore, fondata sulla gravità sociale delle conseguenze derivanti dall'impiego di certe sostanze»: difetterebbero dunque due delle tre condizioni per la legittimità dell'inserimento del provvedimento amministrativo nel precetto penale, vale a dire l'individuazione legislativa del bene giuridico e la natura meramente tecnica della fonte richiamata (sulla posizione dell'autore v. *amplius* sopra, I.2.3.).

[102] Corte cost., 19/5/1964, n. 36, in *Giur. it.*, 1964, I, 1116-1120.

[103] Corte cost., 26/11/1964, n. 96, in *Giur. it.*, 1965, I, 346.

[104] Per la tesi del «presupposto di fatto», come proposta già "in sede dottrinale" dall'illustre giudice costituzionale, B. PETROCELLI, *op. cit.*, 369-379 (in forma embrionale, questa concezione è in N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949, 34-35, 40). La premessa di Petrocelli è che in materia penale «determinazioni concrete», «particolari», «modalità», secondo varie posizioni assegnate alla competenza dell'esecutivo, «non sono categorie che possono rimanere nel vago»: occorre che la norma sia «fatta»

di una fonte del diritto; di indebita sottrazione di spazi al controllo di costituzionalità; di mera apparenza, nel vastissimo campo contravven-

---

dal legislatore, non basta che sia da lui «voluta» (373). Tali ragioni di garanzia, peraltro, nella visuale dell'a. non sono poste in crisi dal ricorso al regolamento, da intendere quale «presupposto di fatto per l'entrata in azione della norma penale», «non […] elemento normativo integratore del precetto»: sufficiente sarebbe l'«enunciazione anche generica di un dovere di obbedienza», e in questo senso il problema delle norme penali in bianco risulterebbe «in sostanza puramente teorico» (376-377, 379).

Similmente, A. PECORARO-ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia senza licenza, in particolare dell'errore su legge extrapenale*, in *Riv. giur. edil.*, 1959, II, 41-75, spec. 71-73 per la tesi della «presupposizione di fatto» e soprattutto ID., *Riserva di legge – regolamento – norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 762-828 muovendo dal principio di «concentrazione legislativa» (763) quale «invalicabile metro di valutazione» (794). Che sia inibita ogni forma di «speciale produzione giuridica concorrente con la norma penale» (819) è dall'autore sostenuto sulla base di criteri formali: esprimendosi l'art. 23 Cost., sull'imposizione tributaria, in termini di riserva «alla» legge, da intendere in virtù di questa formulazione quale genericamente relativa, mentre l'art. 25, co. 2, con il più pregnante riserva «di» legge, non potrebbe che chiamare in causa una riserva assoluta (780); ma soprattutto sulla scorta di esigenze sostanziali, ed essenzialmente quella di impedire il pre-costituzionale «disordine delle fonti» (794). Il regolamento, prosegue l'a., non può considerarsi legge, «neanche in senso materiale o improprio» (765), né potrebbe essere definito «fonte mediata del diritto penale» (768): con l'ammettere un intervento dell'autorità amministrativa si avrebbe al più «qualcosa di ibrido, di misto, che non è la legge penale» (782). Taluni esiti argomentativi sorprendono però anche qui il lettore, pienamente convinto da premesse così robustamente garantistiche. Da un lato, si afferma l'inesistenza di norme penali in bianco (781, 798-807, spec. 803-807): ma non si comprende come la radicale sostituzione del piano *deontico* a quello positivo-ontico possa davvero giovare all'auspicato superamento della normazione effettivamente vigente. Dall'altro, si scrive apertamente del regolamento come (semplice) «presupposto della fattispecie punibile», che «non infirma il principio di legalità e le sue conseguenze nella teoria del reato» (818; cfr. anche 782-783, 807-811, 817-824, nonché 797-798 e 824-828 per le ripercussioni della tesi del «presupposto del fatto» sul trattamento dell'errore): v. a riguardo il testo che segue a questa nota per tre passaggi confutatori. Infine, dopo aver negato l'ammissibilità ideale della stessa «specificazione» del precetto da parte di fonti secondarie (778, 781), si riconosce l'opportunità dell'intervento di altre autorità e «campi di valutazione» in chiave di «maggiore competenza ed elasticità» [818-819, portandosi anzi alcuni proficui esempi (794, 820, 827)]: condivisibile, nella prospettiva che si sta sviluppando in questo capitolo, l'ultima sottolineatura (da accompagnare peraltro, come sappiamo, a una griglia di *caveat*), ma resta la scollatura rispetto all'indicazione di base circa l'inammissibilità di qualsivoglia integrazione precettistica.

zionale ove la responsabilità è *ex* art. 42, co. 4, c.p. regolarmente estesa alla colpa, della «contropartita» data dal riconoscimento di efficacia escludente il dolo all'errore o all'ignoranza circa le prescrizioni contenute nel «presupposto»[105].

In sintesi anzi, portandosi la teorica del presupposto di fatto alle «conseguenze estreme», si tornerebbe fatalmente a una piena coincidenza con il suo «nucleo originario» costituito dalla «disobbedienza come tale», ovvero dall'intimazione al cittadino «ubbidisci agli ordini dell'autorità»: con svuotamento pressoché totale della garanzia costituzionale di cui all'art. 25, co. 2[106].

La stessa preferenza rapidamente accordata dalla Consulta al paradigma della «sufficiente specificazione» pur a sua volta, come accennato, non esente da (vari) dubbi, mostra una scarsa fiducia nella resistenza euristica della teorica *de qua*.

Ma, anche a tacere questa serie di più generali aspetti, rimane innecessario motivare con una natura di mero presupposto la bontà descrittiva e l'integrabilità costituzionale della specificazione tecnica, che ben possono essere affermate per altre strade (si vedano le posizioni dottrinali commentate nel par. 2, e acute pronunce costituzionali che saranno esaminate in questo paragrafo).

Purché sia la legge a «indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti della autorità non legislativa alla trasgressione dei quali deve seguire la pena», è ammissibile che un regolamento puntualizzi i contenuti tecnici della fattispecie: questo il nucleo della pronuncia n. 26 del 1966, in materia di polizia forestale[107].

---

[105] G. DELITALA, *op. cit.*, 676-677; M. TRAPANI, *Legge penale*, *I) Fonti*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 6-7. Più in generale, per un collegamento fra «*voluntas legis* sistematicamente espressa dal Costituente in termini di "rottura" rispetto al precedente regime autoritario» e prevalente rigetto (teorico) di una riserva «"relativa" o comunque non incompatibile con norme penali di fonte sub-legislativa» L. PICOTTI, *Il «volto costituzionale» del diritto penale ed il contributo della dottrina penalistica italiana*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, vol. I. *I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, Napoli, 2014, 644.

[106] M. SINISCALCO, Ratio *di «certezza» e* ratio *di «garanzia» nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, 996.

[107] Artt. 10 e 11 r.d. 30/12/1923, n. 3267.

Stupisce un poco, per la verità, un avverbio usato dalla Corte, laddove si scrive che legittime sarebbero specificazioni esclusivamente tecniche, o «quasi» esclusivamente tecniche[108]: esplicita concessione di margini politici all'autorità amministrativa, o presa d'atto senza infingimenti dell'impossibilità di estirpare dal terreno della decisione tecnica ogni benché minimo profilo di discrezionalità valutativa?

Più verosimile il secondo corno dell'alternativa, considerati l'appassionata difesa del principio di legalità che svolge complessivamente la pronuncia; e, come riscontro *ex post*, i chiarimenti della stessa dottrina amministrativistica sulla (a prima vista difficile) convivenza del concetto di tecnicità dell'accertamento – quale combinazione di «non politicità» e «scientificità dei criteri applicati» – con l'idea che la tecnica si traduca essa stessa in «valutazioni»[109].

Sulla questione (di lana caprina?) del «quasi» non si sofferma Giuliano Amato, che tuttavia nella nota di commento coglie vari aspetti di fondo della sentenza: alcuni di segno positivo, altri di tenore negativo.

Fra i primi, l'avere «lacerato lo schermo della "disobbedienza come tale"», quale *escamotage* impiegato per giustificare persino le fattispecie politicamente più odiose; e l'avere esplicitato senza equivoci, anche se "minimalmente", che nella determinazione di *quantum* e *quomodo*

[108] Corte cost., 23/3/1966, n. 26, in *Giur. cost*., 1966, 255-275, con nota prevalentemente critica, al di là del titolo, di G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, 262-274.

[109] V. in particolare D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, spec. 167-189. L'autrice, realisticamente, dà conto di come la tecnica sia «struttura di potere reale», «categoria metagiuridica» solo all'apparenza lontana, se non estranea, alla sfera del diritto, innestando su questa osservazione di base la dimostrazione circa l'alterità della discrezionalità tecnica rispetto alla discrezionalità amministrativa «pura». Sulla valutazione tecnica quale attività dell'amministrazione che presenti difficoltà superabili (non già mediante un apprezzamento di interessi, ma semplicemente) ricorrendo a cognizioni specialistiche, pur nell'opinabilità che talvolta residua nelle soluzioni prescelte, B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl*., III, Milano, 2006, 1993-2003, spec. 2000. V. anche, sulla discrezionalità còlta nel passaggio dal diritto amministrativo al diritto penale, D. BORTOLOTTI, *Potere pubblico ed ambiente. Contributo allo studio della «etero-integrazione» di norma penale*, Milano, 1984, 10-31.

della sanzione atti privi del valore di legge non sono ammessi a giocare alcuna veste.

Fra i secondi, il non aver fugato il timore che un'«applicazione largheggiante della "sufficiente determinatezza"» in pratica significhi lasciare aspetti essenziali della fattispecie «alla mercé di valutazioni non legislative»[110], quando invece il rigore della riserva dovrebbe abbracciare in primo luogo proprio la fattispecie e solo poi, «in certo senso di riflesso», la previsione della pena.

Non dubita peraltro l'autore, tornando al centro del nostro attuale discorso, che un'integrazione scientifica rettamente intesa risulti compatibile con l'art. 25, co. 2, Cost[111].

Con la sentenza n. 88 del 1968, la Consulta viene a occuparsi dell'attribuzione al questore del potere di compilare la tabella relativa ai giochi d'azzardo e a quelli vietati nel pubblico interesse, ai sensi e con le conseguenze sanzionatorie (a carico dell'esercente che non avesse esposto la tabella) di cui all'art. 110 r.d. 18/6/1931, n. 773 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza).

Il giudice delle leggi osserva come si tratti di potere che «è solo parzialmente discrezionale», laddove peraltro i margini di discrezionalità in capo all'Autorità amministrativa trovano *giustificazione teleologica* nell'esigenza – scolpita in particolare nel richiamo al «pubblico interesse» – di valutare in concreto fattori cronologici, topografici o relativi alla diffusione del vizio del gioco o a peculiari condizioni ambientali.

Ritorna poi, maggiormente sviluppata, la considerazione, adombrata nella sentenza 36 del 1964, circa l'apporto sublegislativo quale elemento di *ulteriore certezza e trasparenza*. L'obbligo di esposizione della tabella vidimata dal questore, infatti, «si risolve in una garanzia, sia per

[110] V. altresì E. CACACE, *op. cit.*, 4834: la sufficiente determinazione può esclusivamente rappresentare «il livello tendenziale in base al quale può dirsi generalmente soddisfatto il *genus* delle riserve cd. relative».

[111] Cfr. G. AMATO, *op. cit.* Una visione fortemente critica sulla sent. 26/1966 è manifestata da E. INFANTE, G. SALCUNI, *op. cit.*, 1197-1198: le norme di polizia forestale oggetto del giudizio di costituzionalità «non sono *rinvenute* in forza di un inesistente univoco parametro "tecnico", ma sono soltanto *poste* dalla pubblica Autorità». Diversamente V. PACILEO, *Principio di legalità e fonti mediate di diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 2194.

l'esercente che per il giocatore, perlomeno per quanto concerne l'avvertimento che taluni giuochi sono vietati». Qualora d'altro canto, si prosegue, la tabella del questore includa un gioco che non potrebbe legittimamente essere considerato proibito, in favore del trasgressore interverrà la garanzia giurisdizionale del sindacato del giudice penale, mentre l'esercente avrà la possibilità di impugnare l'indebita inclusione tabellare avvalendosi dei normali rimedi giurisdizionali[112]. Condivisibile dunque la nota di G. Pioletti laddove vede in questi passaggi della Corte «un autorevole contributo alla delimitazione dell'oggetto [del potere tecnico], delimitazione che è necessaria per la stessa legittimità costituzionale della norma»: l'idea dei *pesi e contrappesi* nei confronti della specificazione tecnica che ricorre nelle più illuminate dissertazioni in argomento.

La pronuncia n. 61 del 1969, in materia di sostanze coloranti, da un lato si ispira a un criterio già tralaticio nella giurisprudenza costituzionale (anche per il suo utilizzo in ambiti diversi da quello degli elementi tecnicamente definiti: si tratta per l'appunto della «sufficiente specificazione legislativa del precetto»); dall'altro innova lo stato dell'arte ricorrendo a un'argomentazione imperniata sul rapporto previa definizione legislativa del bene giuridico/legittimità di un'integrazione tecnica da parte di fonte subprimaria.

Le ordinanze di rimessione rilevavano un'«amplissima discrezionalità» in capo al Ministro della sanità, nel formare l'elenco dei coloranti autorizzati, e nel determinarne ipotesi di impiego e relative «modalità d'uso». Ma per la Corte, anche questa volta, la questione non è fondata. La sufficiente determinazione parlamentare di presupposti, caratteri, contenuto e limiti del contributo sublegislativo sarebbe fra l'altro data dalla presenza di un termine – modalità d'uso – che «non consente arbitrarie dilatazioni, ponendo di per se stesso un limite di applicazione a quelle modalità che sono normalmente usate secondo criteri suggeriti dalla tecnica in casi simili»: bisogna dire che il giro di frase adoperato dalla Consulta è in questo caso alquanto ellittico.

[112] Corte cost., 5/7/1968, n. 88, in *Giur. cost.*, 1968, 1452-1465, con nota di G. PIOLETTI, *I giuochi proibiti e l'art. 25 della Costituzione*, 1455-1464.

Che il potere regolamentare sia circoscritto entro confini «sostanzialmente» tecnici (la forma avverbiale usata desta – risolubili – perplessità, analoghe a quelle suscitate dal «quasi» di cui poco sopra)[113] è avvalorato però da una ben più penetrante osservazione: l'integrazione ministeriale *non incide sull'oggetto della protezione penale*, il quale in via preliminare appare desumibile dai dati di tipicità significati nella l. 30/4/1962, n. 283 e ricostruito quale «tutela della salute pubblica, vigilanza sulle materie usate negli alimenti, e controllo anche da parte del pubblico perché non vengano adoperati coloranti non autorizzati»[114].

La Corte costituzionale dunque anticipa qui, seppure incidentalmente, la precisa rilevanza del bene giuridico quale *elemento compositivo* di una criteriologia per l'ammissibilità della specificazione tecnica, secondo le cadenze che saranno proposte in ambiente dottrinale in particolare, come visto, da Parodi Giusino[115]. Insomma: il completamento descrittivo della fattispecie può reputarsi (autenticamente) tecnico *se e solo se* la fonte non legislativa sia "omogenea" all'opzione valoriale compiuta dal Parlamento, ovvero se essa si limiti a specificare dati specialistici senza per contro intervenire, "estendendolo" o anche "solo restringendolo", sull'oggetto giuridico specificatamente protetto[116].

Qualche dubbio potrebbe piuttosto generare una vocazione plurioffensiva insita nella concreta enucleazione dell'oggetto della tutela effettuata dalla Corte *in subiecta materia*, inclinazione che si traduce nell'"affiancamento", a un già di per sé corposo bene giuridico quale la salute pubblica, di beni più «funzionalistici» quali la vigilanza igienico-alimentare e il controllo del pubblico: ma si tratta di dubbi secondari ri-

[113] V. la pronuncia n. 26 del 1966.

[114] Corte cost., 3/4/1969, n. 61, in *Giur. cost.*, 1969, 992-1000, con nota di M. SINISCALCO, *op. cit.*, 993-999, il quale legge l'apporto regolamentare in chiave di eliminazione del «margine di "elasticità"» contenuto nella formula legislativa (999); *contra* S. VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, cit., 32-33.

[115] Cfr. *supra*, I.2.3.

[116] Sull'emersione di un compiuto bene giuridico/di uno specifico disvalore sottostante alla fattispecie quale criterio proficuamente integrabile nel giudizio di legittimità costituzionale (con particolare riferimento al principio di determinatezza) F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 68-69.

spetto al discorso di metodo che in questo momento premeva focalizzare[117].

4.2. Gli anni '70: fra discutibili etichettature e affinamenti di stili argomentativi

Due pronunce dei primi anni '70 del secolo scorso si dirigono ancora sulla scia della «sufficiente specificazione».

La n. 69 del 1971, peraltro, appare fortemente discutibile, "trattando" (un'ipotesi dunque di *Etikettenschwindel*) come caso di integrazione tecnica – «specificazione di elementi predeterminati dalla legge», ovvero «adattamento alle diverse condizioni dei luoghi»[118] – situazioni che avrebbero meritato di essere censurate quali autentica posizione *costitutiva e "politica"* del nucleo centrale del precetto per mano di fonte secondaria: attribuendo l'art. 12-*bis* r.d. 5/6/1939, n. 1016 ai Comitati provinciali per la caccia *non* la semplice fissazione di confini specialistici per meglio contestualizzare una fattispecie largamente predefinita (sul piano delle condotte aggressive e dei valori tutelati) già in sede parlamentare, bensì vasti poteri discrezionali e sostanziali in ordine a limiti concernenti epoca, luogo, specie e numero di capi di selvaggina stanziale abbattibile.

Un poco sbrigativo, se è corretta questa premessa critica, sembra allora stavolta il richiamo finale operato dalla Corte nei confronti del dovere del giudice di disapplicare gli «oneri o limitazioni non consentite dalla formulazione legislativa»[119].

---

[117] Per una critica alla plurioffensività, rinvierei a S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006, 157-158, 272-274, 300-302.

[118] Oppure ancora, fondendo i due imperanti paradigmi, potrebbe dirsi che anche in questa sentenza la Consulta ha privilegiato l'idea di una "specificazione tecnica sufficientemente pre-determinata". V. Corte cost., 5/4/1971, n. 69, in *Giur. cost.*, 1971, 638-640.

[119] Cfr. M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 45: «pur potendo i Comitati fare riferimento ad un previo regolamento-tipo nazionale, […] è difficile pensare ad una efficace, reale "blindatura" della loro discrezionalità»; l'a. si sofferma anche sulla presenza nella sentenza criticata dell'avverbio «principalmente», in tema di ricorso a previsioni regolamentari nella chiave, definita per l'appunto principale, di adattamento alle condizioni dei luoghi

La sentenza n. 9 del 1972 torna a confrontarsi con le elencazioni regolamentari contemplate nel settore degli stupefacenti argomentandone la legittimità secondo schemi collaudati, ma con nuove precisazioni. Le singole voci delle liste costituiscono infatti, osserva il giudice delle leggi, «indicazioni particolareggiate atte ad offrire al giudice la garanzia […] di una unitaria e ufficialmente controllata qualificazione di sostanze stupefacenti», anche in relazione agli indispensabili «aggiornamenti» sollecitati su scala internazionale. Pure dal parallelismo fra la «formula generica» del codice (il riferimento è agli abrogati artt. 446 e 447) e quella «specifica» della legge complementare (vale a dire, gli artt. 3, 6 e 25 l. 1041/1954) emerge faustamente un'incapacità della tecnica tabellare, quale «accertamento amministrativo», di «condizionare» il precetto penale ovvero di «inerire intimamente» a un precetto, che è pertanto rappresentabile come pienamente autonomo ossia descrittivamente e valorialmente autosufficiente[120].

4.3. Gli orientamenti della Consulta "visti" dalla Corte di Cassazione

Un'ammissione in parte deludente anche se molto franca, così come un auspicio per il futuro, è contenuta in una sentenza della Corte di Cassazione del 1988[121].

Si ricostruisce infatti la giurisprudenza costituzionale sedimentatasi come

> concorde nel ritenere che la riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2 Cost. riguarda in modo assoluto la determinazione della pena, mentre la riserva concernente il precetto deve essere interpretata in senso meno rigoroso

(*supra*, abbiamo espresso perplessità su altrettanto ambigue forme avverbiali presenti in altre pronunce costituzionali: un «quasi» nella 26/1966 e un «sostanzialmente» nella 61/1969; a breve nel testo reincontreremo un «sufficientemente»).

[120] Corte cost., 19/1/1972, n. 9, in *Giur. cost.*, 1972, 27-40, con nota di L. CARLASSARE, *Detenzione di stupefacenti, tutela della salute, ordine pubblico*, 34-39.

[121] Giunti a questo punto del resoconto sulle pronunce della Corte costituzionale, vale la pena focalizzarne la posizione dominante attraverso la peculiare "lente" offerta dalla Suprema Corte.

(*id est*: relativo)[122]; occorre però – in questo modo la Cassazione interpreta la sensibilità della Corte costituzionale, anche se *l'avverbio (l'ennesimo)* potrà far storcere il naso a molti – che «resti sufficientemente garantito il principio di legalità».

Merita a riguardo di essere evidenziato un *certo grado di relativismo* nella contrapposizione riserva assoluta/riserva relativa (si perdoni il bisticcio di parole), e perciò l'accettabilità dell'affermazione sopra riportata *a patto che* per «minor rigore della riserva» si intenda la sola ammissibilità di elementi da specificare in via tecnica, *e anzi* purché tale forma di specificazione rispetti quella serie di requisiti che alcune posizioni di dottrina e giurisprudenza costituzionale hanno laboriosamente sviluppato; si potrebbe addirittura *ribaltare il punto d'osservazione*, rimarcando come alle corrette condizioni la specificazione tecnica non dia luogo a un allentamento dei vincoli posti dalla riserva, ma sia in grado di esaltarne il profondo spirito di garanzia «formale» *e sostanziale*.

Può in ogni modo dubitarsi che nel caso di specie si trattasse di semplice integrazione di dettagli tecnici.

La Cassazione ritiene che il decreto emanato dal Ministero della Salute sul limite di contaminazione da mercurio del pesce costituisca «regolamento speciale» della l. 30/4/1962, n. 283, rinvenendo in quest'ulti-

[122] Che a distanza di quattro lustri dalla pronuncia in esame la giurisprudenza costituzionale abbia in definitiva confermato la compresenza di *due riserve* – l'una assoluta rispetto alla determinazione della sanzione, l'altra relativa nei confronti della definizione della fattispecie incriminatrice – è rilevato da G. SALCUNI, *"Ondate" securitarie e "argini" garantistici*, in *Cass. pen.*, 2009, 2673; sulla «contraddittorietà» nell'affermazione di due riserve, che viceversa dovrebbero avere la stessa «profondità» (nel segno dell'assolutezza), anche E. CACACE, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni fra fonti primarie e secondarie*, cit., 4826-4834 (le espressioni virgolettate a 4826 e 4832); un richiamo in M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 539; in generale, circa «l'unità e l'indissolubilità del "precetto" e della "sanzione"», Art. ROCCO, *Sul così detto carattere "sanzionatorio" del diritto penale*, Torino, 1910, 3-37, testualmente 18 [e *ivi* più in generale una limpida confutazione della «nihilistica» (31) concezione sanzionatoria del diritto penale, per ulteriori rilievi sulla quale ID., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl. e della pubbl. amm. in It.*, 1909, 394-404]. Sconsolante, ma in questi ultimissimi anni la situazione intorno alla diversa estensione delle due riserve non può dirsi cambiata.

ma capienti «elementi di valutazione» ed essendo in questi confini teso a puntualizzare «lo stato attuale delle conoscenze scientifiche sulla tossicità del mercurio», ovvero a fronteggiare «esigenze sopravvenute e concretamente imprevedibili».

A conferma di una «diretta collegabilità» della fonte ministeriale a quella legislativa gli ermellini citano la previsione della pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale, quale procedura superflua se gli si fosse voluto attribuire «esclusiva rilevanza interna, altrimenti conseguibile con circolari, ordini di servizio, istruzioni»[123].

Tutto sta peraltro – e su questo è mancato un approfondimento da parte della Suprema Corte – nel verificare se davvero il Parlamento avesse adempiuto il proprio compito di *selezionare le rispettive sfere del lecito e dell'illecito*, guidando così entro margini contenuti e rigorosamente tecnici la discrezionalità del potere esecutivo.

Insomma, se è vero che tra discrezionalità tecnica e discrezionalità politica vi è una *differenza quantitativa o di grado* (combinato disposto di condotta e oggetto giuridico del reato indicato anche se genericamente dalla legge nella prima ipotesi, imprecisato nella seconda), la quale si traduce in *differenza qualitativa*[124], non appare chiaro se nel caso *de quo* un'indicazione sia pur tendenziale od orientativa rispetto al valore-limite di contaminazione fosse stata adeguatamente fornita nella competente sede parlamentare; e, in presenza di un *dubbio per dir così insuperabile*, la soluzione interpretativa dovrebbe essere quella dell'illegittimità della disposizione impugnata.

La stessa pubblicazione del decreto nella G.U., certamente significativa in chiave di trasparenza e di motivabilità dei destinatari, prova tuttavia troppo se non inserita in quel *milieu* di plurime condizioni limitative dell'eterointegrazione tecnica, asseverato invece in alcune proficue indicazioni dottrinali[125].

---

[123] Cass., sez. VI, 29/9/1988, in *Cass. pen.*, 1989, 2189-2191, con nota sostanzialmente adesiva di V. PACILEO, *op. cit.*, 2191-2198, il quale apprezza i «numerosi poteri di vigilanza, autorizzativi e di vario intervento tecnico» commessi ad autorità amministrative in materia alimentare, purché esercitati «nell'àmbito degli scopi di tutela della salute pubblica che sono alla base del dettato legislativo».

[124] In tal senso, V. PACILEO, *op. cit.*, 2194.

[125] Per una griglia di tali requisiti, v. in partic. *supra*, I.2-I.2.5.

4.4. Una pronuncia (felicemente) isolata su rumore negli ambienti di lavoro e «prudente apprezzamento» del giudice

Radicalmente dissonante rispetto all'apprezzamento costantemente denotato dalla Consulta verso la specificazione tecnico-tabellare è la pronuncia n. 475 del 1988 (già evocata nel discutere alcuni contenuti della relativa nota di Pittaro)[126].

Proprio in ragione della sua marcata diversità, vale la pena seguire da vicino i passaggi di questa sentenza.

Le eccezioni di legittimità costituzionale avevano rilevato l'assenza nell'ordinamento di norme sui limiti massimi di tollerabilità del rumore negli ambienti di lavoro: lacuna confliggente con il principio di determinatezza, sotto l'aspetto dell'impossibilità pratica di conoscere e adeguarsi al disposto dell'art. 24 d.P.R. 19/3/1956, n. 303[127]; e con il principio di uguaglianza, per la posizione deteriore dei giudicabili in rapporto a coloro che sono posti nella condizione di conoscere esattamente la volontà delle disposizioni normative: all'imprenditore verrebbe anzi imposta una «fatica di Sisifo», per l'essere costretto a «inseguire» costantemente l'aggiornamento tecnologico.

La Corte respinge invece l'idea che in mancanza di apposite tabelle i giudici si trovino nell'impossibilità di svolgere le loro funzioni, reputando «superato» il principio delle tassative indicazioni contenute nelle liste relative alle malattie professionali e infondata la questione di legittimità; non è vero, si prosegue, che l'art. 24 impugnato costituisca norma in bianco, o espressione di «assoluta discrezionalità»: al contrario, il prudente uso da parte del giudice di «nozioni di comune esperienza» e di «indicazioni della tecnica» sarebbe rubricabile quale normale attività caratteristica del processo interpretativo, e non come invasione dei poteri riservati al legislatore.

A sostegno del giudizio di infondatezza, il giudice delle leggi fa ricorso a un ventaglio di considerazioni *straordinariamente ricco*.

Innanzitutto, si ritiene che i remittenti abbiano «enfatizzato» il valore delle tabelle, in contrasto con una «tendenza generale» a vedere piut-

[126] *Supra*, I.3.5.

[127] Ora abrogato dall'art. 304 d.lgs. 9/4/2008, n. 81.

tosto in esse un «limite alla libertà di giudizio», rapportabile alla multiforme realtà delle situazioni da giudicare.

In secondo luogo, non si trascura come il legislatore, nell'istituire il Servizio sanitario nazionale, avesse demandato al Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Sanità, di stabilire i limiti massimi di accettabilità delle emissioni sonore nei luoghi di lavoro[128]; ma a proposito di questo rimando alla fonte sublegislativa si rimarca solo l'intento di «assicurare condizioni di salute uniformi per tutto il territorio nazionale», e non già la carenza nel complesso normativo vigente di solide garanzie per il bene-salute stesso; in ogni caso, si conclude, «il designato organo dell'esecutivo non se n'è dato carico».

Ancora, si sottolinea come la determinazione da parte del giudice di concetti tecnici quale «dannosità dei rumori» non si differenzierebbe dalla precisazione di un qualsiasi altro elemento normativo, definito come quel concetto che trova fonte «o in altre discipline dell'ordinamento o in altri settori dello scibile o addirittura in regole che vengono dal costume o dalla sensibilità sociale».

Osserva poi la Corte come sia compito familiare al giudice quello di attingere alla tecnica ogniqualvolta debba risolvere questioni che presuppongono conoscenze specialistiche: e ciò fa «sia direttamente, attraverso la sua personale cultura o ricerca, sia indirettamente, attraverso l'ausilio di un perito».

Si aggiunge anzi che la consultazione della tecnica non rappresenterà di norma un problema né per il giudice né ancor prima per l'imprenditore, potendosi fare riferimento alle cliniche del lavoro presenti nelle Università, alla Società italiana di audiologia e foniatria, alla letteratura del Centro nazionale delle ricerche validata dalle esperienze internazionali.

La Consulta rifiuta poi l'immagine dell'imprenditore esposto a fatiche di Sisifo: identico sforzo dovrebbe comunque ugualmente compiere per conoscere gli ipotetici aggiornamenti ministeriali.

In ogni caso, si ha cura di chiarire, il Presidente del Consiglio non potrebbe certamente inventare «a suo libito» né i limiti tabellari né le

[128] Art. 4, co. 2, l. 23/12/1978, n. 833.

relative revisioni, non potendo anch'egli fare a meno di indirizzarsi ai «suggerimenti della tecnica».

Infine – e il cerchio di un «considerato in diritto» davvero molto nutrito si chiude – la Corte definisce l'art. 24 impugnato come «concretizzazione» della già di per sé «specifica obbligazione» a carico dell'imprenditore deducibile dall'art. 2087 c.c. e dall'art. 9 Statuto dei lavoratori: «né è possibile sfuggire a quegli imperativi adombrando il valore privatistico di quelle norme rispetto ad un preteso contenuto pubblicistico della disposizione impugnata»[129].

Ora, bisogna riconoscere che ciascheduno degli spunti argomentativi fatti affiorare dalla Consulta nella pronuncia 475/1988 presenta forse un *fondo di verità*; ma, in diversa misura, soprattutto palesa *vizi logico-normativi* che non si possono tacere.

Cominciando dal rilievo circa una tendenza al superamento del ruolo di tabelle tecnico-specificative, non pare che questa trovi adeguato riscontro nella normazione dei nostri tempi: non solo nella materia "classica" degli stupefacenti ma anche in altri settori penalistici[130] tale modalità di integrazione della descrizione legislativa ha confermato anche da ultimo una *persistente vitalità*.

Appare poi riduttivo e sostanzialmente indimostrato sostenere che l'approntamento di liste ministeriali risponda a esclusive istanze di uniformazione, dimenticandone la funzione di indispensabile *raccordo specialistico* fra mondo della tecnica e mondo del diritto.

Particolarmente laconica la constatazione circa l'omessa redazione del decreto da parte dell'esecutivo, mentre da siffatta inerzia discende una cascata di delicati quesiti cui la Corte avrebbe potuto almeno accennare (sul punto, v. *infra* i problemi emersi all'interno di una nuova area della legislazione complementare)[131]; in ogni modo, dalla *fattuale* inattività dell'organo sublegislativo sembra forzato dedurre una *più generale* superfluità del ricorso a predefinite tabellazioni scientifiche.

---

[129] Corte cost., 27/4/1988, n. 475, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2144-2152, con nota di P. PITTARO, *op. cit.*

[130] Si pensi, seppure successivamente alla sentenza della Corte in esame, all'ambito del doping, che sarà trattato *infra*, I.5.

[131] Cfr. I.5.

Non appropriata risulta ancora l'assimilazione degli elementi tecnici a un caso "facile" di elemento normativo. Come rilevato, già l'origine scientifico-tecnica dell'elemento ne sconsiglia una *piana identificazione* con altri elementi di tipo normativo[132], venendo in gioco nel rinvio alla tecnica *fattori di complessità* tali da alimentare ragionevoli dubbi sulla capacità del giudice-*peritus peritorum* di poter fornire attendibili risposte: non solo, e certamente, attraverso la sua cultura o ricerche personali ma anche col ricorso a perizia, o alla consultazione di cliniche del lavoro.

Ragionando in termini di «fatiche», ben più difficoltoso pare poi per l'imprenditore – che pure non è il *quivis de populo* – rappresentarsi le soluzioni che il giudice potrà trarre dalle «indicazioni della tecnica» così come ricostruibili da lui *ex post*, vale a dire *in sentenza*, piuttosto che scrupolosamente attenersi a quanto nel dettaglio previsto all'interno dell'elenco ministeriale e dei periodici aggiornamenti: pubblicati l'uno e, di volta in volta, gli altri nella Gazzetta Ufficiale.

Ancora, è evidente che il Presidente del Consiglio non potrà decidere *ad libitum* cosa inserire negli elenchi e cosa no, ma attingerà a quelle medesime acquisizioni tecnico-scientifiche internazionali cui, in ipotesi, anche il giudice dovrebbe fedelmente rifarsi: ma ciò non toglie che maggiore sarà, *a positivizzazione* dell'elenco avvenuta, il complessivo livello di certezza conoscitiva del quale beneficerà sia il cittadino-imprenditore sia il magistrato.

Quanto alla citazione dell'art. 2087 c.c. occorre rilevare come, al contrario di quanto opina la Consulta, l'applicazione "aperta" che non di rado fa la giurisprudenza di «particolarità del lavoro, esperienza e tecnica» causi preoccupanti esiti di *dispersione della determinatezza* in norme – a struttura sanzionatoria – che per come escono dalla penna del legislatore tale difetto di determinatezza non presentano[133].

Globalmente considerata, una sentenza, la 475/1988, che segna un passo indietro rispetto alla produttiva elaborazione costituzionale for-

[132] *Supra*, I.2.2.

[133] Potrebbe infine notarsi che persino lo stile "letterario" della pronuncia non gode dell'eleganza consueta nel linguaggio della Corte: il riferimento è in particolare al passaggio dove si conclude che «ce n'è a sufficienza» per motivare un'autonomia del giudice rispetto a enumerazioni regolamentari.

matasi[134]; pronunce immediatamente successive "rettificheranno" nuovamente l'orientamento della Corte.

4.5. Contaminazioni fra discrezionalità tecnica e discrezionalità valutativa in un'altra pronuncia del finire degli anni '80

Con l'ordinanza n. 659 del 1988 si torna invece a valorizzare il concetto di «specificazione tecnica sublegislativa» in "combinato disposto" con quello di «sufficiente specificazione di presupposti, contenuto e limiti dei provvedimenti dell'autorità amministrativa».

Si ritiene infatti, in relazione all'art. 14 d.l. C.p.S. 15/9/1947, n. 896, che il potere del Comitato interministeriale prezzi e dei Comitati provinciali prezzi, «lungi dall'essere illimitato, sì da sconfinare in una valutazione di elementi riservata al legislatore», sia saldamente «collegato a elementi di natura tecnica che ne circoscrivono l'ambito»[135].

Abbandonata l'utopistica fiducia nella capacità del giudice di *decidere secondo scienza e coscienza in ambiti tecnici*, vagheggiata nella 475 del 1988, con la pronuncia n. 659, del medesimo anno, la Consulta torna a giudicare costituzionalmente legittimo (nonché, fra le righe, *opportuno* come "manuale tecnico" per il cittadino e per il giudice) il rimando a fonti secondarie in ottica di complemento scientifico della fattispecie.

Ma se tali valutazioni della Corte sono meritevoli di condivisione su un piano generale, fondate perplessità desta invece la concreta soluzione abbracciata in tema di determinazione dei prezzi, tanto da poter assegnare l'ordinanza 659 in esame a quel filone di pronunce – cui appartengono le pronunce in materia di caccia e in materia di contaminazione

[134] Di «brutta sentenza» parla G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, cit., 220, 235 e testualmente 236, apparendo essa agli antipodi della prospettiva per la quale «la diligenza doverosa è ciò che deve essere fatto da un uomo accorto e ragionevole, non già ciò che usualmente viene fatto» (223).

[135] Corte cost., 16/6/1988, n. 659, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3056-3059, con nota di A. PAZZAGLIA, *L'ordinanza n. 659 del 1988: un'occasione perduta per valutare nuovamente la legittimità costituzionale della disciplina del controllo dei prezzi?*, 3059-3064.

da mercurio sopra citate – con le quali si iscrivono all'integrazione tecnica rinvii incidenti viceversa su quella (tutela di un valore positivo e parallelamente) repressione di un disvalore in cui si sostanzia l'illecito penale[136].

Invero, come ha rilevato la dottrina "specialista", il settore della fissazione autoritativa dei prezzi è "per tradizione" contrassegnabile negativamente per il farraginoso *iter* procedimentale, per un'ambigua ripartizione delle competenze fra C.i.p.e., C.i.p. e C.p.p., nonché per frequenti irregolarità del procedimento stesso. In siffatte condizioni di assenza di «strutture giuridiche extrapenali chiare e ben definite»[137], risulta difficile ipotizzare che l'intervento sublegislativo riesca a non esondare dai lidi tranquilli dell'atto di mero accertamento.

4.6. Una sentenza di particolare chiarezza dogmatica: la n. 282 del 1990

Di notevole peso è l'*obiter dictum* sugli elementi tecnicamente specificati contenuto nella sentenza n. 282 del 1990.

Seppure forse non «storica» come la 364 del 1988, tale nota pronuncia si segnala infatti come uno dei *fari più luminosi* nell'orizzonte della giurisprudenza costituzionale[138]: sia per il "coraggio" con cui comun-

[136] Su queste «facce simmetriche» che si trovano alla radice di ogni incriminazione penale v. in generale F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 61.

[137] F. ALBEGGIANI, *Disciplina dei prezzi e controllo penale*, in *Foro it.*, 1981, II, 539-542, spec. 541. Nel dettaglio, A. PAZZAGLIA, *op. cit.*, che lamenta la scarsa influenza della partecipazione di esperti rispetto a un provvedimento di determinazione dei prezzi che, privato concretamente di tale indispensabile apporto, rimane dunque meramente «politico». Una reale influenza, in particolare, non hanno avuto né la Commissione centrale istituita per "affiancare" il C.i.p. ma priva nella sostanza di flussi conoscitivi autonomi e di una struttura permanente per il controllo delle dinamiche del mercato; né, evidentemente, le relative Sottocommissioni; né gli ispettori incaricati della verifica di registri, libri e corrispondenza delle imprese interessate dai necessari accertamenti, il cui margine di manovra è apparso fin dall'inizio sottodimensionato rispetto alle loro potenzialità.

[138] Non si può negare che la sentenza 282 abbia poi incontrato svariate «resistenze» nell'esperienza legislativa penalistica; e tuttavia pronunce come questa (o come la 364/1988, cui si riferisce più direttamente la citazione che segue) sono capaci di gettare

que supera l'*inveterata ritrosia* ad accogliere eccezioni in punto di riserva di legge, anche se in questo caso la Corte avrebbe difficilmente potuto esimersi dal dichiarare l'illegittimità dell'individuazione mediante regolamento dei soggetti attivi in un reato proprio; sia per l'attenzione rivolta a spunti *di ampio respiro*, come quello relativo allo sviluppo della logica dell'*extrema ratio* quale strada maestra per troncare alla radice dubbi di legittimità *sub specie* del rispetto della riserva[139]; sia per la capacità di tracciare un quadro complessivo (*di segno "tripartito"*) sulle forme di "integrazione" fra diritto penale e diritto extrapenale: distinguendo tra elementi normativi, funzione *lato sensu* sanzionatoria del precetto in rapporto a provvedimenti amministrativi, totale rinvio a regolamenti o atti modificabili in qualsiasi momento dall'amministrazione (quest'ultimo, chiaramente violativo dell'art. 25, co. 2, Cost.).

Parafrasando rispettivamente Grosso e Dolcini, una decisione che esalta la riserva di legge come principio-cardine dell'ordinamento, per motivi più consistenti del fascino discreto della conservazione[140]: certo non si tratta di polverosa reminiscenza del passato[141]!

---

semi fecondi «nella vita di un diritto ancora così giovane, nelle sue strutture epistemologiche moderne, qual è il diritto penale, che ci abitua costantemente non solo alle disillusioni, ma anche alla serendipità»: v. M. DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'*ignorantia legis, in L. FOFFANI e altri (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, 191.

[139] Sul "nesso" *ultima ratio*/riserva di legge, in dottrina, B. PETROCELLI, *op. cit.*, 379, che pur muove dalla opinabile tesi del «presupposto di fatto» (v. *supra*, I.4.1); G. DELITALA, *op. cit.*, 679-681, sottolineando: «il giudice penale è chiamato a pronunziarsi su materie che non conosce, sulla base di disposizioni che legge per la prima volta nel momento del giudizio, ed applica meccanicamente ed alla lettera»; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 49-50; M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, cit., 46; H. POLLÄHNE, *Grenzen des Ungehorsamsstrafrechts*, in C. FAHL e altri (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 52-53.

[140] C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 125-137.

[141] E. DOLCINI, *op. cit.*, 61-75 (concentrando la critica sulle «leggi *ad personam*»). Sotto altro versante, potrebbe anche osservarsi come la sentenza 282/1990 venga a

Senza seguire più ampiamente il percorso della Consulta, importa qui quanto la Corte osserva intorno al modello tecnico-scientifico di completamento della fattispecie tipica.

Per il giudice delle leggi, è pacifico che elementi di natura tecnica, nell'impossibilità di «essere previamente ed una volta per tutte individuati dalla legge penale», siano dalla legge stessa affidati alla «storica variabilità» propria degli atti dell'amministrazione.

La dimostrazione dell'assunto è cristallina nel suo semplice rigore, ovvero nel mettere a nudo con estrema chiarezza l'*apparenza* dell'«alternativa» data dal rimettere al giudice l'interpretazione del concetto tecnico[142]: si avrebbe adottando quest'ultima soluzione «un significativo scadimento di certezza conseguente alle inevitabili oscillazioni applicative»[143].

Ancora una volta, non è un'aprioristica e immotivata sfiducia nelle abilità ermeneutiche del giudice a suggerire la fecondità dell'opzione sublegislativa, ma una doverosa applicazione del *tractent fabrilia fabri*: solo l'organo tecnico, anche grazie alla possibilità di suddividere la preliminare ricognizione delle esperienze del settore nell'ambito di *équipe* dotate di competenze altamente specialistiche, può adeguatamente fotografare e monitorare la miglior scienza ed esperienza del momento storico.

Sotto altro aspetto la Corte inquadra l'elemento tecnico come «elemento normativo del fatto», e ciò proprio in forza dell'impraticabilità di una «anticipata indicazione particolareggiata da parte della legge»; ma qui, sarebbe fuori luogo la critica in termini di *semplificante assimila-*

---

condensare una *raggiunta sintonia* fra giurisprudenza costituzionale e approccio dottrinale, nel quale è osservabile un «riflusso dall'iniziale convincimento contrario a qualsiasi intervento di fonti secondarie a posizioni più flessibili e pragmatiche»: D. NOTARO, *op. cit.*, 131, in un paragrafo di conclusioni significativamente intitolato «Riserva di legge e bilanciamento d'interessi» (accostamento che solo pochissimi decenni fa avrebbe probabilmente suscitato scalpore).

[142] Abbiamo già citato il passo che segue *supra*, I.3.5.

[143] Corte cost., 14/6/1990, n. 282, in *Foro it.*, 1991, I, 3020-3028, con nota di F. ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*, 3021-3024 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 989-996, con nota di G. VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle «norme in bianco»*, 996-1006.

zione elemento tecnico/elemento normativo che abbiamo avanzato in precedenti passaggi della ricerca: dai pur rapidi *flash* emerge una piena consapevolezza della Consulta intorno alle *accentuate specificità* di quell'elemento normativo che è l'elemento tecnicamente definito.

4.7. Una summa *dell'ermeneutica costituzionale circa la specificazione tecnica infralegislativa nella pronuncia 333 del 1991*

Esercitatasi ormai ripetute volte sulla materia spinosa degli stupefacenti, la Corte viene ancora chiamata a rendere una pronuncia – questa volta sul concetto di «dose media giornaliera» – che quasi didascalicamente riassume e puntualizza la sedimentazione maturata.

Che il contributo del Ministero della salute rispetto alla determinazione del quantitativo massimo di principio attivo relativo alla dose media giornaliera[144] resti negli argini di una discrezionalità «strettamente» tecnica è ricavato, schematizzando il ragionamento della Consulta, da una *settuplice motivazione*: 1) i parametri indicati a livello legislativo costituiscono «vincoli sufficienti» per l'intervento ministeriale; 2) una funzione di vincolo riveste anche l'esperienza giurisprudenziale formatasi circa l'individuazione del dato di base (consumo giornaliero di un assuntore medio), già impiegato per definire la «modica quantità» *ex* art. 80, co. 2, l. 22/12/1975, n. 685; 3) ausiliano l'esecutivo anche i suggerimenti provenienti da tossicologia, farmacologia, statistica sanitaria, che rappresentano anzi indispensabile viatico per una corretta integrazione ministeriale; 4) la condotta penalmente sanzionata risulta «sufficientemente descritta nei suoi elementi essenziali» dalla norma primaria; 5) gli aggiornamenti del d.m. sono espressamente previsti soltanto in caso di «evoluzione delle conoscenze del settore», escludendosi dunque univocamente l'ammissibilità di autonome valutazioni sublegislative in chiave repressiva come pure preventiva, potendo esclusivamente la normativa primaria effettuare legittime scelte di politica criminale; 6) tecnicità e scientificità non equivalgono realisticamente a certezza; necessaria e sufficiente è, piuttosto, la ragionevolezza ovvero

[144] Ai sensi dell'art. 78, co. 1, lett. c), d.P.R. 309/1990 all'epoca vigente.

la «verificabilità» dei criteri adottati[145]: la dose media giornaliera, in questi termini, costituisce un'accettabile «standardizzazione», o un'«approssimazione», ispirata comunque a criteri obiettivi (non già una «formula vuota», o un'«entità irreale», come voleva il remittente); standardizzazione che trova comunque un «correttivo» proprio nel sistema delle revisioni periodiche; 7) un cattivo utilizzo delle conoscenze del settore fatto dal decreto ministeriale non si risolverebbe nell'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ma radicherebbe solo il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare nel caso concreto (nella parte in cui sia ritenuta illegittima) la fonte normativa subprimaria.

Anche qui, come si è detto più in generale per la complessiva produzione costituzionale sulla specificazione tecnica, non tutto è oro quel che brilla. In particolare, fuor di metafora, oltre alla congenita ambiguità della «sufficiente specificazione»[146], da una parte non persuade l'asserzione, che per la Corte rinvenirebbe appiglio nei lavori preparatori e nello stesso testo definitivo del d.P.R. 309/1990, circa un'"autosufficienza" del precetto, interinalmente se non in via definitiva, anche a prescindere dall'emanazione del decreto specificativo: condivisibile la premessa sull'autosufficienza contenutistica (*scilicet*: sul piano della condotta, dell'evento e dell'elemento soggettivo) riconoscibile nelle fattispecie del d.P.R. 309/1990, non altrettanto deve dirsi per la deduzione intorno alla possibilità di considerare il decreto *tamquam non esset*[147]; dall'altra risulta inconferente l'accostamento alla ritenuta legittimità costituzionale del rinvio nei confronti dei provvedimenti del C.i.p. in tema di determinazione di prezzi[148], così come il richiamo nei confronti di provvedimenti emessi per ragioni di giustizia e materie

[145] Sul profilo di ragionevolezza sotteso alla 333/1991 v. in particolare D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, cit., 676 e *ivi* nt. 60; e L. PICOTTI, *op. cit.*, 653. Più in generale, il recente quadro di A. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in G. MORGANTE (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità. Atti del seminario tenutosi a Pisa il 20-21 giugno 2014*, Torino, 2015, 83-131.

[146] Cfr. R. BARTOLI, *Incriminazione e giustificazione*, cit., 622-623, pur apprezzando in linea di principio una «prospettiva pluralistica sotto il profilo del rapporto tra poteri» assunta dalla pronuncia in esame.

[147] *Infra*, I.5.

[148] V. *supra*, I.4.5, in rif. all'ordinanza 659/1988.

equiparate nell'art. 650 c.p., quali «fattispecie in cui l'integrazione ad opera del provvedimento amministrativo […] appare di maggior momento rispetto a quella operata dall'art. 78 in esame»[149]: ragionamento latamente *a fortiori* che semmai disconferma la bontà dell'orientamento seguito dalla Consulta nei settori della fissazione dei prezzi e dell'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità, indicandone "internamente" e seppur in modo implicito l'auspicio di un "revisionismo".

Ma, senza arrestarsi a tali smagliature logiche[150], bisogna dire che la pronuncia 333 del 1991 testimonia un'ammirevole serietà della Corte delle leggi nel misurarsi a tutto tondo con le *polimorfe questioni* che suscitano elementi necessitanti di una specificazione tecnica.

4.8. Sent. 295/2002: la luce dell'interpretazione teleologica a illuminare una "vecchia" posizione

È una pronuncia costituzionale interessante la 295/2002[151], in materia di rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione (art. 262 c.p.).

Ancora una volta, la Corte giudica non fondata la qualificazione di norma penale in bianco[152] rigettando, in particolare, la censura sull'«incertezza e labilità» dei limiti di intervento dell'autorità amministrativa nel vietare la divulgazione.

---

[149] Corte cost., 11/7/1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, I, 2628-2650, con nota di G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, 2630-2637.

[150] Più netta la critica di D. NOTARO, *op. cit.*, 124, per il quale la pronuncia si reggerebbe sul «riconoscimento di un dato *praeter*-normativo», quale l'interpretazione giurisprudenziale consolidata della nozione di dose media giornaliera; il rilievo però mi pare sottovaluti la *trama argomentativa multifattoriale* della sentenza.

[151] Questo giudizio coincide con quello di M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, cit., 41.

[152] Nota in generale come la Consulta menzioni le norme in bianco «con circospezione, quasi con ritrosia», anche in ragione di «una certa qual ambiguità di fondo, mai completamente dissipata, della categoria», M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, cit., 39. Di «equivoca metafora» delle leggi penali in bianco scrive G.L. GATTA, Abolitio criminis *e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 68.

La base della piramide argomentativa è ancora quella della «sufficiente specificazione», che con questa pronuncia si avvia ormai a festeggiare i quarant'anni[153]…

Ma non mancano nella sentenza proficue integrazioni di quello schema, ed essenzialmente un accorto impiego della *categoria ermeneutica del bene giuridico* in unione ai risultati ottenibili attraverso il *canone storico-sistematico*.

Avallando il ragionamento sviluppato in una fresca pronuncia di Cassazione, si osserva infatti come le notizie riservate costituiscano «categoria omogenea, sul piano dei requisiti oggettivi di pertinenza e di idoneità offensiva, rispetto a quella delle notizie sottoposte a segreto di Stato», di cui all'immediatamente precedente art. 261 c.p.

Bisogna ammettere che la materia degli *arcana* presenta, forse ontologicamente, profili di incertezza – si potrebbe dire… di segretezza – anche sul piano della corretta "copertura" legislativa.

«Mano libera» dunque per l'esecutivo, con l'unico limite (*ex* art. 262 c.p.) della «competenza», nell'individuare le notizie «riservabili»? Al di là dell'asserzione della Consulta, la rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione come ipotesi di norma penale in bianco[154] (con la conseguenza, secondo la giurisprudenza maggioritaria, di sottrarre l'ignoranza o l'errore sul provvedimento dell'Autorità competente agli spazi operativi dell'art. 47, co. 3, c.p., per consegnarlo alla più severa orbita dell'errore sul precetto di cui all'art. 5)? E ancora, su un versante schiettamente politico-criminale (*rectius*: di politica criminale giudiziaria): davvero immune da contraddizioni il ragionamento della Consulta oppure audace anche se comprensibile operazione di salvataggio, più

[153] I nove lustri del criterio in parola saranno poi compiuti (ma verrà superato il mezzo secolo) con Corte cost., 30/1/2009, n. 21, in *Giur. cost.*, 2009, 144-153, spec. 151, annotata da S. SARTARELLI, *La sentenza n. 21 del 2009 ovvero la «tendenza salvifica» della Corte costituzionale rispetto alle disposizioni del t.u. sull'immigrazione*, *ivi*, 1215-1226.

[154] Di norme penali in bianco scrivono, in una nota di commento a Corte cost. 295/2002, P. PISA, L. SCOPINARO, *Segreto di Stato e notizie riservate: un'interpretazione costituzionalmente corretta in attesa della riforma del codice penale*, in *Giur. cost.*, 2002, 2133, peraltro adottando il concetto di «norma in bianco in senso ampio» (sul quale criticamente *infra*, II.2 della sez. I).

che di una norma, di un *sottosistema* di vitale importanza per assicurare un'idonea tutela allo Stato-istituzione?

Questi dubbi non potrebbero essere liquidati come peregrini.

E tuttavia ci pare che la pronuncia "regga", nella misura in cui la *valutatività forse ineliminabile* nella discrezionalità (dal legislatore accordata in – *sino a prova contraria – perfetta buona fede* come puramente) tecnica sia *significativamente temperata* dalla «matrice unitaria» o più esattamente dall'identico bene giuridico protetto dagli artt. 261 e 262 c.p.

Se invero come «riservate» vanno inquadrate le «notizie riguardanti cose, fatti ed atti che sono conosciuti in un determinato ambito spaziale o personale ma che, comunque, nell'interesse dello Stato non possono essere divulgate», esse, *al pari* delle notizie segrete in senso stretto, risulteranno concretamente atte a incidere su interessi – sì poco «personali» e anzi iperpubblicistici, ma *non per questo* immeritevoli di tutela – quali sicurezza, indipendenza e unità, difesa militare e relazioni internazionali dello Stato[155].

Riemerge in questi termini l'idea – già della stessa Consulta[156] e di qualche voce dottrinale[157] – che il bene giuridico, oltre a sicure *performance* di tenore classificatorio-dogmatico, selettivo-critico e, meno pacificamente, interpretativo-esegetico, rappresenti, *unitamente a svariati altri* fattori di contenimento[158], strumento altresì capace di veicolare entro argini certi un contributo *solo tecnico* di fonti sublegislative.

La Corte, in sostanza, rispetto a un nuovo (e problematico) campo di materia, torna a evidenziare come l'integrazione descrittiva del fatto tipico sarà considerabile propriamente tecnico-specialistica esclusivamente qualora la fonte subordinata si presenti omogenea in rapporto

[155] La Consulta argomenta sistematicamente anche dal regime delle esclusioni dal diritto di accesso previsto dall'art. 24 l. 7/8/1990, n. 241, ove si affiancano documenti interessati dal segreto di Stato e casi di divieto di divulgazione espressamente previsti dalle pubbliche amministrazioni. Cfr. Corte cost., 28/6/2002, n. 295, in *Giur. cost.*, 2002, 2122-2129, con commenti sostanzialmente adesivi di P. PISA, L. SCOPINARO, *op. cit.*, 2130-2137 e di C. BONZANO, *La Consulta torna a pronunciarsi sul segreto di Stato: brevissime note in margine alla sent. n. 295 del 2002*, 2137-2143.

[156] V. *supra*, I.4.1, sent. 61/1969.

[157] In partic., Parodi Giusino: *supra*, I.2.3.

[158] A riguardo, *supra*, I.2-I.2.5.

alla scelta valoriale univocamente tracciata dal Parlamento, ovvero se essa programmaticamente si astenga dall'"estendere" o anche semplicemente dal "restringere" il bene giuridico specificamente tutelato.

4.9. La giurisprudenza non è (ancora?) legge: spunti sull'integrazione tecnica dalla pronuncia 230/2012

Rifacendosi allo sfondo culturale di un graduale superamento della *rigida dicotomia* legge/diritto giurisprudenziale, e del conseguente progressivo «avvicinamento di orizzonti» fra *civil law* e *common law*, all'evidenza amplificato nel contesto della giurisprudenza europea, il Tribunale di Torino prospetta l'illegittimità dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui omette di annoverare fra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna un ulteriore caso. Il riferimento è alla situazione in cui il fatto non sia più considerato reato in dipendenza *non* di un intervento legislativo, o di una declaratoria di illegittimità costituzionale, ma di un *mutamento giurisprudenziale*, per quanto del massimo rango come avviene quando a pronunciarsi siano le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Sarebbe un fuor d'opera l'esame della questione specifica attinente all'invocata «riscrittura parziale» dell'art. 673 c.p.p.; così come degli integrali percorsi attraverso i quali si snodano il ragionamento del Tribunale torinese e quello della Consulta[159] circa l'«interrogativo vertiginoso» sull'equiparabilità fra mutamento giurisprudenziale favorevole e *abolitio criminis* ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p.; e più in generale sarebbe fuori quadro la riflessione, anch'essa sottesa a Corte costituzionale 230/2012, scaturente da una «ridda di relazioni tra i protagonisti di un copione sempre più composito» (potere legislativo e potere giudiziario, giudici di merito e giudice di legittimità, giudici comuni e Corte costi-

[159] Corte cost., 12/10/2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3440-3464, con osservazioni di O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, 3464-3474 e di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, 3474-3482, e articolo di commento di G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di Cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della* lex mitior *in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, 3795-3821.

tuzionale, ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, giudici domestici e giurisprudenza delle Corti europee)[160].

Basterà qui vedere se e quali riflessi questa recente sentenza possa assumere sul tema, che immediatamente ci occupa, «elementi della fattispecie tecnicamente determinati».

Deve allora osservarsi come la 230/2012, seppure in qualche misura *aspecifica* perché direttamente incentrata su altra tematica, *completi e attualizzi* – di fronte a un labirinto di fonti, e di rapporti fra organi, in vent'anni divenuto inimmaginabilmente più intricato – le indicazioni già contenute nella 282/1990: la quale *ex professo*, mette conto ricordarlo[161], aveva, con inedita chiarezza dogmatica, legittimato la soluzione in base alla quale contrassegni di ordine tecnico, nell'impossibilità di «essere previamente ed una volta per tutte individuati dalla legge penale», vengano dalla legge stessa attribuiti alla «storica variabilità» propria degli atti dell'amministrazione; potendosi così evitare quel «significativo scadimento di certezza conseguente alle inevitabili oscillazioni applicative», che si avrebbe nel delegare la ricostruzione di questo genere di elementi alla competenza del giudice: competenza che è giuridica, non tecnico-scientifica.

Al *diverso "statuto"* di un intervento legislativo e di un intervento giurisprudenziale torna dunque oggi a interessarsi Corte cost. 230/2012: che non manca di notare, con particolare riguardo all'orientamento espresso in ogni decisione nomofilattica a sezioni unite, come l'«aspirazione» ad acquisire «stabilità e generale seguito» si fondi a ben vedere «su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo"».

Con alcuni corollari: può accadere (e accade) che le stesse sezioni unite si trovino a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole; così come, più in generale, ciascuna nuova decisione di Cassazione «resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione»[162]; è questo, del resto, il na-

[160] Per le espressioni virgolettate V. MANES, *op. cit.*, 3474 e 3476, cui si rimanda per una succosa analisi di tali profili.

[161] In proposito *supra*, I.4.6.

[162] Corte cost., 12/10/2012, n. 230, cit., 3460-3461.

turale frutto dell'esigenza di impedire un «ingessamento» della giurisprudenza[163] (esigenza che rappresenta, chioserei, l'altra faccia della patologia data dalle «oscillazioni applicative»). Sull'altro piatto della bilancia ordinamentale è necessario non trascurare la forza dialogica di «un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione»[164].

Riserva di legge e separazione dei poteri comportano in fin dei conti che a legge e giudice non possa essere attribuita identica valenza nella costruzione del diritto (*oggettivo*). Se *ex* art. 101, co. 2, Cost. «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», si dimostra *per tabulas* una non-sovrapponibilità di primo e terzo potere, pena un «radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale». Creazione e abrogazione delle norme non possono dipendere dalle contingenti «regole giurisprudenziali», ma esclusivamente «da un atto di volontà del legislatore»[165]. Sono questi gli insegnamenti capitali emergenti da Corte cost. 230/2012.

---

[163] Sul punto G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 3818-3820.

[164] Corte cost., 12/10/2012, n. 230, cit., 3457.

[165] Corte cost., 12/10/2012, n. 230, cit., 3463-3464. Sintetizza O. MAZZA, *op. cit.*, 3467: la Consulta vede nell'equiparazione fra giurisprudenza e legge formale un'«operazione pseudo-ermeneutica che finirebbe paradossalmente per violare proprio l'art. 25, comma 2 Cost.»; se l'intenzione della giurisprudenza spesso «è alta e si richiama alla necessità di porre rimedio a presunte violazioni dei diritti fondamentali della persona» – glossa Mazza –, in altre occasioni tuttavia «gli eccessi giurisprudenziali conducono a indebite limitazioni e compromissioni dei diritti dell'imputato e della difesa». La sentenza 230 dunque «riafferma nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge» (D. PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2015, 4286, nt. 42), ovvero «il *paradigma classico* della giuridicità» (F. Palazzo, *La sentenza* Contrada *e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1066). Efficacemente anche V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale:* bio-technological strengthening *o manipolazione autodistruttiva?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 28: con tale pronuncia «il Giudice delle leggi [ha chiarito] una volta per tutte che le alte Corti domestiche, a differenza di quelle europee, debbono continuare a fare il loro mestiere: a non fare leggi, ma ad interpretarle e applicarle». Di sentenza «strategica», con la quale la Corte esce «allo scoperto» sul merito della questione, scrive V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza* in bonam partem *e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai*

Ora, è ragionevole che, nonostante la nettezza di simili affermazioni, nella 230/2012 non sia corretto leggere un'abiura del crescente ruolo «costitutivo» attribuibile al formante giurisprudenziale[166]. A ogni buon

---

dicta *della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 3-4/2012, 164 e 171.

Una lettura profondamente critica della pronuncia invece in M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, tomo I, 2015, 168-174. L'autore dà atto della delicatezza della questione posta alla Corte, che se accolta avrebbe provocato «una forte scossa tellurica dagli effetti non totalmente prevedibili», anche in considerazione delle «condizioni precarie delle fondamenta del nostro diritto giurisprudenziale (stante la sua frammentarietà e la crisi della funzione nomofilattica della Cassazione)»; inoltre – si rimarca – a differenza di una Corte europea dei diritti dell'uomo la Corte costituzionale è «giudice delle leggi» e non «giudice dei diritti»: di qui i ben maggiori effetti «di sistema» delle sue pronunce, immediatamente incidenti sul tessuto normativo. Pur apparendo dunque all'a. tutte queste ragioni «comprensibili», si contesta la piatta riproposizione da parte della Consulta di un'«agiografia illuministica», ovvero di una concezione monodimensionale del diritto («paleopositivistica, legalistica e conservatrice»: 167), trascurante la costitutività di un'altra sua dimensione conosciuta sotto «i nomi di *ratio*, di *diritto naturale*, di *leggi divine non scritte ed eterne* (Antigone) e, oltremanica, di *common law of the land*». V. già ID., *Legalità*, cit., 371-435 ove con dovizia di riferimenti si invita a non sopravvalutare il «*pedigree* della fonte» (405) o l'«unzione elettorale dei rappresentanti del popolo sovrano» (403 e 410), e parallelamente a cessare «il culto (non ancora completamente estinto) per la levigatezza formale della legge» (421); per risaltare, accanto alla «monolitica "legalità legislativa"» (373), il più inclusivo concetto di «rispetto del diritto» – *nullum crimen sine iure* (376) – e abbracciare in altre parole una «nuova legalità teleologica, giustiziale, contestuale e paratattica» (428): «Dal pilastro della legalità al tessuto della legalità» (420). Nel leggere un autore fra i più *frappant* della cultura giusfilosofica contemporanea quale Massimo Vogliotti si ha spesso l'impressione di confrontarsi con un *penalista aggiunto*, per l'evidente maestria nel misurarsi con gli snodi vitali della nostra materia e di seguirne in modo costantemente aggiornato i percorsi evolutivi di parte generale ma anche di parte speciale. E tuttavia quei *caveat* in rapporto alla sent. 230/2012 giudicati «comprensibili» dallo stesso Vogliotti rappresentano a meglio vedere autentico basamento della *specialità garantistica* che contrassegna il diritto penale: arma a doppio taglio, che lo «scandalo dell'ermeneutica» ha contribuito a disaffilare nel senso di aver cooperato a ridurre l'isolamento del penale dall'universo giuridico, ma che arma assai temibile resta e nei confronti della quale ancora si giustifica lo schieramento di peculiari cautele (veteroilluministe? Se sì, non ce ne vergogneremmo).

[166] Come avverte V. MANES, *op. cit.*, 3481.

conto, dalla pronuncia si stagliano le caratteristiche di dialetticità valoriale, controllabilità democratica, omogeneità definitoria e certezza sostanziale (nonché processuale) che *nel loro intreccio e almeno su un piano ideale* sono proprie delle decisioni legislative, *non* di opzioni delegate al potere giudiziario.

Questa indicazione di base abbisogna poi di essere calata nei diversi contesti sociali e normativi. Ed ecco dunque che, se pensiamo ad ambiti «socialmente e normativamente complessi» (ambiente, sicurezza sul lavoro, stupefacenti, doping), quella globale, persistente, minore "affidabilità" della «giurisprudenza-fonte» rispetto alle opzioni esercitate in sede politico-parlamentare riesce a emergere con specifica rilevanza.

Si ragioni in particolare sull'istanza di determinatezza. Dal combinato disposto di Corte cost. 282/1990 e Corte cost. 230/2012, emerge per così dire una *doppia matrice di indeterminatezza* insita nell'assegnazione "secca" della definizione dell'elemento tecnicamente specificando all'accertamento giudiziale: un'intollerabile indeterminatezza *a monte*, dovuta all'originario "silenzio" del legislatore in una materia che viceversa richiederebbe un suo intervento rispetto alla criteriologia di base; e un'intollerabile indeterminatezza *a valle*, fomentata dagli imprevedibili mutamenti di indirizzo da parte di giudici privi delle competenze specialistiche necessarie ad assicurare certezza (uniformità) applicativa.

Tutt'al contrario opinava Corte cost. 475/1988 (isolatamente, in questi toni), schierata per una concezione delle «indicazioni della tecnica» come appartenenti al patrimonio conoscitivo ed esperienziale di ogni giudice, che potrebbe più precisamente attingerle «sia direttamente, attraverso la sua personale cultura o ricerca, sia indirettamente, attraverso l'ausilio di un perito». Pronuncia, la 475, *ricca e opinabile*: all'analisi svolta sopra[167], uniamo ora gli argomenti critici deducibili dall'insieme coordinato delle 282/1990 e 230/2012.

Sulle ragioni per le quali, in contesti a elevata complessità, il Parlamento opti per la chiamata in causa di fonti subprimarie, "esperte" delle competenze tecniche di volta in volta in gioco, la 230/2012 non può invece offrire particolari spunti, e si deve rimandare a quanto osservato

[167] I.4.4.

nello sviluppo del presente capitolo (con particolare riguardo a quelle che si sono classificate come «posizioni dottrinali "favorevoli con *caveat*" alla modalità della specificazione tecnica sublegislativa»)[168].

Come è vero che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», anche per i regolamenti specificativi dovrà predicarsi un'*identica esclusiva soggezione*; postulando che la legge ritagli correttamente i contorni dell'intervento integrativo, la strada definitoria regolamentare si renderà preferibile rispetto a quella giudiziale a motivo della vicinanza tecnica nei confronti degli interessi in rilievo (vicinanza tecnico-politica, se non più politica che tecnica, lamentano viceversa le importanti «posizioni critiche nei confronti della "specificazione tecnica"» con cui ci siamo confrontati in termini dialettici sempre sopra)[169].

5. Un caso di "specificazione tecnica differita": in materia di doping, la patologia costituzionale di un modulo sotto condizioni apprezzabile

L'articolazione del precetto attraverso elementi tecnicamente specificati in forma sublegislativa ha fin qui dunque mostrato una *prevalenza delle luci sulle ombre*, tanto da potersi dire sostanzialmente confermata l'ipotesi di lavoro secondo cui si tratta della (sotto)tipologia di «collegamento» fra diritto penale e diritto extrapenale nel complesso meno problematica sul piano costituzionale e politico-criminale; pur nella necessità, emersa dall'analisi delle diverse posizioni, di contornare il ricorso a tale modalità di strutturazione della fattispecie di una serie di cautele che consentano di minimizzare o auspicabilmente superare i rischi di abuso ossia di sconfinamento dell'esercizio di saperi scientifici in discrezionalità politicamente valutativa.

In un particolare ambito della legislazione extracodicistica è emersa però recentemente con fragorosa evidenza quella che potrebbe definirsi la *"sofferenza" effettuale* alla quale può andare incontro un *buon*[170] *modulo normativo*.

---

[168] *Supra*, I.2.

[169] I.3.

[170] O addirittura ottimo (sempre con *caveat*), in certi campi.

La questione è se la legge 14/12/2000, n. 376, recante la «Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il *doping*», fosse applicabile *già prima* del decreto di «Approvazione della lista dei farmaci, sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e delle pratiche mediche, il cui impiego è considerato *doping*, ai sensi della legge 14 dicembre 2000, n. 376»; tale decreto (inter)ministeriale, previsto dall'art. 2 della l. 376, disciplinante il meccanismo di elaborazione della lista e il relativo procedimento di revisione a cadenza semestrale, è stato infatti emanato il 15 ottobre 2002, a distanza pertanto di quasi due anni dall'entrata in vigore della legge[171].

Ci si chiedeva in particolare se, in assenza del decreto *ad hoc*, si potesse fare richiamo alle tabelle di sostanze e pratiche proibite già contenute in fonti internazionali (Convenzione di Strasburgo, nonché indicazioni del Comitato Internazionale Olimpico e degli organismi internazionali preposti al settore sportivo).

Sintetizzando in questa sede i termini della disputa, al solo scopo di evidenziare la fattuale sofferenza di cui si parlava sopra, può notarsi come la Cassazione abbia in una prima pronuncia sostenuto la tesi affermativa, della «provvisoria applicabilità». Nell'inopportunità di rimarcare la pur comprensibile *istanza generalpreventiva* di non attardarsi ulteriormente nella repressione del fenomeno, la Suprema Corte si è riferita in questa decisione a spunti interpretativi di carattere essenzialmente testuale.

Il più brevemente possibile, allora: per la Cassazione, sarebbe l'uso legislativo della congiunzione «anche» – «I farmaci […] sono ripartiti, anche nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Strasburgo» (art. 2, co. 1, l. 376) – a denotare una sufficienza della lista allegata alla Convenzione europea contro il doping firmata a Strasburgo il 16 no-

[171] La situazione, curiosamente ma non troppo, è analoga a quella che si verificò per gli artt. 3 e 4 l. 26/10/1971, n. 1099, che per primi introdussero un contrasto penale del doping e che furono depenalizzati *ex* art. 32 l. 24/11/1981, n. 689: in questo caso il decreto ministeriale contenente l'elenco delle sostanze proibite si ebbe con un ritardo di circa quattro anni, il 5 luglio 1975. Questi corsi e ricorsi vichiani convincono del fatto che quello discusso nel testo non rappresenta un *hapax legomenon* ma un'ipotesi meritevole di svolgimento nel contesto di una trattazione globale sulla specificazione tecnica.

vembre 1989, tanto da potersi ritenere che il previsto decreto ministeriale abbia carattere «meramente ricognitivo e classificatorio» e non possa produrre «effetto di sorta sulla configurabilità dei reati» quali somministrazione, procacciamento, assunzione di sostanze dopanti (a riguardo, agevole tuttavia glossare circa un carattere ermeneuticamente ancipite della congiunzione in discorso).

Tale caratterizzazione riceverebbe avallo da *altri criteri di stampo letterale*, come per esempio l'avere il decreto ministeriale poi effettivamente emesso nell'ottobre 2002 *expressis verbis* «risaltato», nell'enunciare i criteri di predisposizione e di aggiornamento degli elenchi (punto 3 e punto 7), il significato delle disposizioni contenute nella Convenzione di Strasburgo e delle indicazioni provenienti dal Comitato Internazionale Olimpico: la Cassazione legge dunque fra le righe dei criteri predispositivi quasi una "confessione di superfluità" del decreto interno, o più tecnicamente il dato che la ripartizione ministeriale «non può […] condizionare l'operatività delle norme introduttive dei reati di *doping*», già applicabili in forza della tabella inserita nella legge di ratifica della suddetta Convenzione[172].

Privilegia invece un'*interpretazione di tipo teleologico, storico e strutturale* una successiva pronuncia di altra sezione della Suprema Corte.

Si ragiona innanzitutto sulla *ratio* e sugli obiettivi della Convenzione di Strasburgo, che per gli ermellini sono univocamente circoscritti alla salvaguardia di un principio di *fair play* nelle competizioni agonistiche senza che al suo interno rilevi in alcun modo la protezione del bene-salute: se ne trae la conseguenza che una «rassegna» di farmaci predisposta nell'ottica di competizioni sportive «regolari» non possa essere ragionevolmente elevata a «riempimento» di successivi precetti penali posti a tutela di un bene per nulla sovrapponibile e di grado più elevato.

Si analizza poi la relazione illustrativa al disegno di legge n. 4102, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 giugno 1999, ivi trovandosi una piena consapevolezza in ordine alla conformità ai principi di determinatezza e tassatività di un'individuazione tabellare delle sostanze e

[172] Cass., sez. III, 4/11/2004, n. 46764, in *Guida dir.*, 26/2/2005, 72-74.

pratiche dopanti analoga a quella già felicemente sperimentata in tema di stupefacenti.

Si riflette infine sulla «morfologia» dell'art. 2, per ricavarne come il meccanismo ivi definito sia «obiettivamente troppo articolato» per l'adozione di un atto solamente ricognitivo: si prevede infatti che le classi di farmaci vengano «approvate» con decreto del Ministro della Salute ma solo «su proposta» della Commissione per la vigilanza ed il controllo sul doping e per la tutela della salute nelle attività sportive[173] e previa «intesa» con il Ministro per i beni e le attività culturali (art. 2, co. 1); nel rispetto poi dei criteri tecnici di massima di cui all'art. 2, co. 2, si aggiunge che le variazioni semestrali debbano essere apportate con le «stesse modalità» scandite dal co. 1 (art. 2, co. 3); e, infine, che il decreto interministeriale venga pubblicato nella Gazzetta Ufficiale (art. 2, co. 4).

Ecco allora che, considerato il possibile contrasto di giurisprudenza in rapporto alla quasi coeva pronuncia della sez. III, la sez. II ritiene di dover rimettere i ricorsi alle sezioni unite[174].

E le sezioni unite si pronunceranno nel senso della configurabilità delle ipotesi di reato previste dall'art. 9 l. 376/2000 (somministrazione, procacciamento, assunzione di sostanze dopanti, ecc.) anche per i fatti storici compiuti prima dell'emanazione del decreto datato 15 ottobre 2002.

Fra gli altri argomenti, come nella sez. III di taglio prevalentemente testuale (pur se diversamente modulati), si discute anche in termini di scopo e di esegesi dei lavori preparatori.

Rilevano infatti le sezioni unite come da un lato e «ad evidenza» nella Convenzione di Strasburgo sia ravvisabile, accanto a un generico principio di *fair play*, una solida preoccupazione per la tutela della salute delle persone, che rappresenterebbe base sufficiente per l'integrazione tabellare della legge interna n. 376.

---

[173] Le funzioni di tale Commissione sono ora trasferite, *ex* art. 2, co. 1, lett. h), d.P.R. 28/3/2013, n. 44, a un «Comitato tecnico sanitario», che è venuto a riassumere i compiti di una serie cospicua di organi collegiali e organismi operanti nel campo della sanità. Resta però identicamente proponibile il rilievo circa la *morfologia "a tappe"* del meccanismo previsto dall'art. 2 l. 376.

[174] Cass., sez. II, 20/12/2004, n. 49949, in *Guida dir.*, 26/2/2005, 75-86.

Dall'altro lato, un elemento di conferma rispetto a tale prospettazione sarebbe deducibile dall'uso nel testo definitivo della l. 376 dei verbi «ripartire» e «approvare» in luogo dell'originario «individuare», quale scelta linguistica deponente a favore di un valore comunque non costitutivo assegnabile all'elencazione ministeriale[175].

L'approccio accolto dalla sezione III prima e dalle sezioni unite poi peraltro non convince.

Anfibologiche infatti le notazioni testuali, altrettanto non dirimenti i richiami ai lavori preparatori, discutibile l'affermazione di un'identità di "filosofia" fra Convenzione di Strasburgo e legge 376/2000.

Nell'ambito degli addentellati interpretativi su cui si fonda la sezione II, uno appare invece in particolare decisivo: l'articolata strutturazione del procedimento definitorio delle liste *ex* art. 2 l. 376, che ne esalta la conformità a fondamentali esigenze di determinatezza e ne sbalza dunque il ruolo necessariamente costitutivo.

Certo. L'orientamento accolto da ultimo dalle sezioni unite risponde, come detto, al sentimento generalpreventivo di intraprendere "fin dall'inizio" un efficace contrasto del doping; mirando al tempo stesso ad assegnare un'*appropriata incidenza a fonti transnazionali*, in relazione alle quali le liste interne hanno indubbiamente da porsi in un "raccordo" il più stretto possibile.

Ma è altresì vero che la soluzione della applicabilità contingente sulla base della tabella redatta in ambito europeo deprime inaccettabilmente l'istanza di *determinatezza/tassatività e anzi*, vale la pena soggiungere, non rispetta la stesso "presupposto" della *riserva di legge* considerando *tamquam non esset* il minuzioso schema normativo indicato dalla legge 376.

Fra i vari argomenti nel senso della natura «costitutiva» ossia, «seppure nei limiti di legge e delle acquisizioni scientifiche», «creativa» dei decreti ministeriali[176] spicca dunque l'*interpretazione «conforme a Costituzione»*: degradare l'intervento ministeriale a "compilativo" o esem-

[175] Cass., sez. un., 25/1/2006, n. 3087, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 446-448. Per un esame più dettagliato di questa e delle precedenti pronunce, S. BONINI, *Doping e diritto penale*, cit., 193-215.

[176] Così già una bella sentenza di Trib. Bari, 24/10/2003, in *Foro it.*, 2004, II, 88-101, spec. 100, con nota di R. GUARINIELLO, 88-89.

plificativo significherebbe ribaltare la scelta parlamentare con la quale, ammettendosi una fisiologica ignoranza farmacologica, si è preferito affidare a organi e persone più competenti una determinazione che, grazie ai periodici aggiornamenti, possa ritenersi corretta ed esaustiva.

Vale la pena insistere sul fatto che a considerare la lista di sostanze e metodi vietati «classificatoria», anziché costitutiva, davvero non si capirebbe il senso dell'attivazione di un meccanismo così strutturato come quello di cui ai quattro commi dell'art. 2 l. 376: laddove la *peculiare articolazione* emerge quadruplicemente in rapporto alla pluralità di organi coinvolti, alla specificazione preventiva dei criteri di ripartizione da adottare[177], alla necessità di rivisitazione semestrale delle liste e alla pubblicazione dei relativi decreti interministeriali nella Gazzetta ufficiale. Potrebbe addirittura enunciarsi, quale risvolto particolare della riserva di legge, un *principio di intangibilità dell'autonomia politica nelle scelte sulla formulazione di elementi tipici tecnicamente complessi*.

Potrà suonare paradossale che si risalti la compatibilità con la riserva di legge di un procedimento che statutarizza la cooperazione penalistica di fonti subordinate; ma è un *paradosso solo estrinseco* almeno finché non trova precisa smentita l'idea che la legge abbia voluto quel meccanismo *non* come schermo fittizio ma come unico strumento adeguato in chiave di *selettività specialistica*.

La questione circa la costitutività dell'elenco ministeriale conserva, peraltro, un peculiare significato *pro futuro*.

Se invero la fonte amministrativa fosse dotata di un rango puramente dichiarativo e non condizionante l'applicazione delle relative fattispecie incriminatrici, *anche adesso* che numerosi aggiornamenti hanno periodicamente fatto seguito alla prima lista potrebbe coerentemente essere sostenuta l'applicabilità di tali fattispecie pure in contrasto con il primo d.m. e le sue revisioni[178].

[177] L'art. 2, co. 2, l. 376 prevede infatti: «La ripartizione in classi dei farmaci e delle sostanze biologicamente o farmacologicamente attive è determinata sulla base delle rispettive caratteristiche chimico-farmacologiche; la ripartizione in classi delle pratiche mediche è determinata sulla base dei rispettivi effetti fisiologici».

[178] L'interpretazione è accolta da Cass., sez. III, 3/9/2014, n. 36700, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 1333-1335, con commento di S. BONINI, *Il commercio di farmaci dopanti:*

Non mancano del resto anche in dottrina letture nel segno di una compatibilità di determinazioni (parzialmente) «aperte» delle sostanze dopanti con i parametri della tassatività e, specificatamente, del divieto di analogia. Le stesse fonti internazionali – si precisa – con il riferirsi a un concetto di chiusura quale «altre sostanze con simile struttura chimica o simile/i effetto/i biologico/i»[179], in luogo dell'originaria nozione, più ampia e generica, di sostanze «affini», esprimerebbero comunque lo sforzo di «ridurre la discrezionalità nell'identificazione delle sostanze vietate […] per rendere il più possibile certa l'individuazione delle sostanze definite "impropriamente" come affini»[180].

---

coinvolti i principi di riserva di legge, determinatezza e offensività, 1335-1342. Questa pronuncia di Suprema Corte presenta un capitale *vizio "logico-cronologico"*. Essa dà infatti ampio rilievo alle sezioni unite 3087/2006. E ciò, pur definendosi la questione affrontata dalle s.u. «sostanzialmente marginale rispetto al tema in esame». Su questo giudizio si potrebbe concordare, dal momento che la 3087/2006 si è occupata dell'applicabilità della legge antidoping a fatti posti in essere in epoca *anteriore* al primo decreto ministeriale di determinazione delle sostanze vietate; mentre la 36700/2014 interviene quando quel primo decreto, e vari altri decreti integrativi, sono stati nel frattempo emanati. Dall'altro lato, però, nonostante l'affermata marginalità, si riprende dalle sezioni unite l'assunto, considerato valido «dal punto di vista generale», circa «il significato meramente ricognitivo e non costitutivo della classificazione delle sostanze». Non ci si avvede così che la libertà extratabellare del giudice (la possibilità tecnica cioè di decidere «indipendentemente dalla acquisizione delle tabelle») avrebbe potuto essere ipoteticamente riconosciuta anche nel nuovo caso, ma necessariamente sulla scorta di argomenti diversi e ulteriori in rapporto a quelli spesi dalle sezioni unite: non venendo più in rilievo, con la 36700/2014, una questione di diritto transitorio bensì, più radicalmente – qui sta il problema di cronologia – un nodo interpretativo che grava sul futuro della l. 376, *sub specie* di ricerca di una *equilibrata separazione dei poteri legislativo/esecutivo/giudiziario*. La Suprema Corte in commento si accontenta quindi di una motivazione *per relationem*, giocata sul rimando al principio sancito dalle sezioni unite. Ma se, per le ragioni esposte sopra, sembra discutibile l'affermazione di una immediata precettività della l. 376 in assenza del primo decreto (inter)ministeriale, appare *a maggior ragione* opinabile l'idea di un'attuale operatività *contra* o *praeter tabulas*: essendo venuta meno l'originaria giustificazione politico-criminale rinvenuta nell'opportunità di fare astrazione dalla tabellazione interna per contrastare "sin da subito" il fenomeno.

[179] Cfr. «Codice mondiale antidoping. Lista delle sostanze e metodi proibiti 2016».

[180] C. DE FERRARI, Doping: *applicabilità delle fattispecie penali e rispetto del principio di tassatività*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 220.

Pare però possibile replicare osservando una *scarsa pregnanza penalistica* dell'*actio finium regundorum* tra sostanze simili e sostanze affini, quale tipica invece della sintassi chimica e farmacologica[181]: la nuda similarità di struttura chimica potrebbe portare a identificare come illeciti prodotti viceversa inidonei ad alterare prestazioni agonistiche; e ciò in contrasto con l'impianto complessivo della l. 376/2000.

Inoltre, il riferimento a sostanze «simili» sembra surrettiziamente evocare, anche se sul versante dei presupposti definitori extrapenali, l'incostituzionale costruzione di «fattispecie ad analogia espressa»: nelle quali l'eterogeneità delle ipotesi previste, accompagnata dalla previsione di una residuale formula di chiusura, non consente all'interprete di *isolare con precisione* i confini del tipo criminoso[182].

È vero che la similarità di cui alle tabelle internazionali viene duplicemente circoscritta (in relazione alla struttura chimica e all'effetto biologico), ma l'impatto restrittivo di tali richiami appare comunque abbastanza modesto se confrontato con la *chiara unidirezionalità* di tradizionali situazioni codicistiche, nelle quali emerge pienamente il *genus* sotto il quale ricondurre sia i casi espressamente menzionati sia quelli citati con locuzioni residuali[183].

Su un altro piano, l'ascrizione alle tabelle della funzione di mero riordino non rappresenterebbe certamente un incentivo rispetto all'impegno (*ex* art. 2, co. 3, l. 376) di un loro aggiornamento almeno semestrale. Se fino ad adesso, pur senza clamorosi ritardi (a parte quello gravissimo del primo decreto), tale periodizzazione non è stata comunque rigorosamente osservata, è del tutto plausibile che la concezione non-costitutiva delle liste recherebbe fatalmente un intendimento di quel termine di sei mesi in modo ancora più lasco: *a tutto svantaggio* delle istanze di garanzia individuale sottese al sistema tabellare.

---

[181] Per un aggiornato quadro su queste differenziazioni v. a ogni buon conto R. PACIFICI, *Gli aspetti farmacotossicologici del doping*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 159-165.

[182] Sui vizi di questa tecnica, per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 74-75.

[183] A riguardo, ancora G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 75, con l'esempio dell'abrogato art. 710 c.p. («vendita o consegna di chiavi o grimaldelli a persona sconosciuta»), che sanzionava chiunque esercitasse «il mestiere di fabbro, chiavaiuolo o un altro simile mestiere».

Ancora, non si comprenderebbe una così patente *discrepanza tra settori "cugini"* se si affermasse una elasticità/superfluità degli elenchi ministeriali relativi ai prodotti dopanti, in rapporto alla ritenuta chiusura/indispensabilità delle relative classificazioni nell'ambito della disciplina degli stupefacenti[184].

Si conferma, anche sotto questo versante, l'esigenza di una rigorosa enumerazione (*in progress*) dei farmaci proibiti da parte dei ministeri competenti: operazione che, evitando ingenui e narcisistici solipsismi, ha da "lealmente" ispirarsi, come pare fino a oggi nella sostanza essere avvenuto, a quanto stabilito in sedi internazionali; vero ciò, il *salto qualitativo* richiesto alle determinazioni tecniche interne risiederebbe in una più profonda sensibilità per l'imperativo costituzionale di determinatezza.

Tornando alla situazione di diritto transitorio, quella che emerge in definitiva è una situazione singolare: se, come sembra per ragioni liberalgarantistiche più plausibile, idealmente si abbraccia l'idea dell'inoperatività della legge 376 fino al momento della approvazione ministeriale del primo elenco di sostanze vietate, si dovrà scontare però una inevitabile crisi in termini di prevenzione generale-deterrenza quale conseguenza di un utilizzo *improprio ovvero "differito"* di una tecnica di "completamento" della fattispecie *in sé legittima e tendenzialmente opportuna*; l'inerzia dell'organo competente (*recte*: degli organi aventi competenza concorrente) ha prodotto insomma in questa prospettiva una paralisi applicativa che, per quanto da considerare solo in concreto patologica e per quanto poi superata da più scrupolose modifiche periodiche (anche se – ribadiamo, per amore sia della precisione sia dei beni da proteggere – non sempre semestralmente cadenzate), va ad aggiungersi al *variegato computo di astratti benefici, rischi e necessarie precauzioni* che compongono una *teoria generale della specificazione tecnica*; cui ulteriormente *adde* le prospettive ermeneutiche, in special modo opinabili, che considerano meramente ricognitivi i decreti periodici di aggiornamento.

[184] Questo confronto fra materie è giustamente suggerito dalla stessa C. DE FERRARI, *op. cit.*, 221.

CAPITOLO II

IL *GENUS* DEGLI ELEMENTI NORMATIVI DELLA FATTISPECIE PENALE: PRIME FONDAZIONI E "RIDUZIONISMI"

SOMMARIO: SEZIONE I: I «PADRI» DEGLI ELEMENTI NORMATIVI. *1. Gli esordi della categoria: dalla purezza del* Tatbestand *belinghiano alla scoperta dell'«eccezione» rappresentata da elementi normativi con M.E. Mayer. 2. E. Mezger, ovvero del peculiare "soggettivismo vincolato" nella ricostruzione di ciò che è «normativo». 3. Il «minore» F. Eichmann: spunti sulle diverse proprietà di «normativo culturale» e «normativo giuridico».* SEZIONE II: TESI «RIDUZIONISTE». *1. La distinzione tra elementi normativi ed elementi descrittivi come «impresa impossibile» in E. Wolf (e alcuni passaggi dell'autore meno valorizzati). 2. L'originale «tuttonormativismo» del civilista prestato al penale R. Bienenfeld. 3. Su G. Maggiore, che può citare Wolf fra gli autori orientati a separare normativo e descrittivo. 4. La «fattispecie integrale» di B. Petrocelli come sede dogmatica inadatta a ospitare concetti descrittivi. 5. I «quattro Welzel», partendo dal «tutto descrittivo». 6. La* fin de non-recevoir *opposta da P. Nuvolone alla «dottrina dei valori». 7. «Prevalutazione» racchiusa nella fattispecie e significato ermeneutico dello «spirito oggettivo» nell'indagine monografica di K.H. Kunert. 8. La drastica "indifferenza funzionale" di descrittivo e normativo in un contributo di U. Dopslaff.*

Come si è anticipato nella *Idea di questo libro*, ambizione del lavoro è quella di evidenziare la multiformità delle tecniche di "coordinazione" fra norme penali e norme extrapenali: *differenze tipologiche* non sempre adeguatamente messe a fuoco dal *legislatore*, che stenta ad apprezzare il profondo nesso intercorrente fra scopi politico-criminali perseguiti e opzioni tecnico-tipiche maggiormente consigliabili; ma neppure còlte con regolarità dalla *giurisprudenza*: tendenzialmente, per vocazione e professione, più interessata alla giustezza delle soluzioni adottate che all'esattezza dell'incasellamento sistematico nell'una o nell'altra classe morfologica; e che talvolta inclinano a scolorire nella stessa *analisi dottrinale* cui, accanto al merito di un'incessante opera di approfondimento delle singole forme di «rinvio normativo», va ricondotto, con significative eccezioni peraltro, il limite di una "assolutizzazione"

(*absit iniuria verbis*) delle categorie di volta in volta studiate (ovvero, detto in termini negativi, un'insufficiente attenzione nei confronti delle tipologie di integrazione normativa "imparentate" con quelle espressamente esaminate).

È parso opportuno ribadire l'intento complessivo del presente lavoro, prima di proseguire nella ricerca sugli elementi normativi: nozione scoperta e indagata da cima a fondo nella dogmatica tedesca, oggetto di due rilevanti studi monografici nella dottrina italiana, accreditata come pacifica nella manualistica internazionale (per esempio nei diversi capitoli della tassatività, del fatto tipico, dell'errore); e tuttavia *duplicemente minacciata* nella sua stessa esistenza da quelle non rare posizioni "negazioniste" che invitano a un abbandono della distinzione tra gli elementi in parola e il loro simmetrico concettuale tradizionalmente dato dagli elementi descrittivi (la tesi wolfiana del «tutto normativo» e la speculare convinzione welzeliana circa il «tutto descrittivo» non mancano infatti di essere ciclicamente aggiornate); o da quelle analogamente diffuse impostazioni che, su un differente piano ma con identico effetto di "semplificazione" del panorama tipologico, giudicano insussistente la distinzione tra elementi normativi e norme in bianco, ovvero ne relativizzano il significato, ovvero ancora la fondano su criteri euristicamente deboli (o ambigui) se non concettualmente fallaci, al punto da comprometterne sensatezza e praticabilità.

Mentre allora la sussistenza di una classe di concetti tecnicamente specificati mediante fonti secondarie è apparsa in letteratura (quasi) autoevidente – e così la trattazione compiuta nel primo capitolo ha potuto essenzialmente concentrarsi sullo «statuto» costituzionale di tale tipo di elementi –, l'autonomia strutturale e funzionale degli elementi normativi, *genus* rispetto agli elementi specificati in via tecnica, è stata "aggredita" sotto plurimi versanti (praticamente, a far data dalla loro originaria enucleazione).

In particolare, riguardo alla distinzione normativo/descrittivo, si dovrà procedere a un esame delle posizioni "riduzioniste", a una mappatura ragionata dei criteri differenziali proposti ed eventualmente a un ripensamento su nuove basi di quel confine.

Lo studio di queste topiche implicherà dunque innanzitutto una rivisitazione di vicende storico-sistematiche tanto affascinanti quanto collegate ai fondamenti della teoria del reato.

SEZIONE I: I «PADRI» DEGLI ELEMENTI NORMATIVI

1. Gli esordi della categoria: dalla purezza del Tatbestand *belinghiano alla scoperta dell'«eccezione» rappresentata da elementi normativi con M.E. Mayer*

La «valorizzazione» penalistica degli elementi normativi – ma corretto risulta anche parlare di vera e propria «enucleazione», di autentica «scoperta» – è pacificamente legata al nome di Max Ernst Mayer[1]: stu-

[1] A una «valorizzazione» allude M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 524, nt. 36. In effetti, prima di M.E. Mayer il concetto di elementi normativi aveva trovato cenni nelle pagine di teorici generali del diritto e di civilisti, che avevano scritto di elementi imprecisi, indeterminati, richiedenti un «apprezzamento di tutte le circostanze concrete» o una «valutazione dell'intero caso in tutte le sue proprietà» (Zitelmann); o di elementi «normativi, valutativi» che rimandano «non a un semplice essere, ma a un dover essere nella sfera giuridica» e finiscono per implicare un «momento di indeterminatezza» (Wehli); o di elementi che rinviano a un «giudizio dipendente dai singoli casi» e che non possono essere ricondotti alla fattispecie secondo la «via puramente logica della sussunzione» (Hoeniger). Tali *Würdigungsbegriffe*, contrapposti in quanto tali a *Tatsachenbegriffe*, si sostanziano per lo più, nelle esemplificazioni di questi autori, in concetti «quantitativi o d'intensità» (colpa «grossolana», «grave» violazione di doveri), o in clausole generali (sul rapporto fra elementi normativi e clausole generali v. *infra*, V.2 della sez. I), o in elementi sì «normativi» ma di impronta prevalentemente culturale: si tratta quindi di richiami anticipatori del/in buona parte consonanti con il primo dibattito criminalistico sulla categoria, ma che lasciano in disparte la tematica penalisticamente decisiva degli elementi normativi di stampo giuridico e che – legittimamente, considerati i diversi settori di studio – non si preoccupano di affrontare *ex professo* e con "sensibilità penalistica" la questione della collocazione dogmatica nonché i problemi di disciplina di tale complessiva classe di elementi. V. in ogni modo a riguardo F. EICHMANN, *Der Vorsatz bei normativen Tatbstandselementen*, Breslau, 1929, 3-4, per il quale il ritardo dei penalisti nell'isolare la categoria potrebbe essere spiegato con l'interesse a rimuovere una tipologia normativa sospettabile di frizione con il «dogma» della legalità; K. ENGISCH, *op. cit.*, 134.

dioso nativo di Mannheim che in spesse, folgoranti pagine del suo Manuale, apparso nel 1915, dedicava per primo un apposito e significativo rilievo alla classe dei *normative Merkmale*.

Appena nove anni prima, in *Die Lehre vom Verbrechen* Ernst Beling aveva scolpito una visione perfettamente «libera da valori» e «oggettiva» della fattispecie tipica, quale descrizione esteriore dei contrassegni del tipo di illecito e così concetto-cardine di una sistematica tripartita del reato: visione *libera da valori* perché le fattispecie rivestirebbero solo una funzione regolativa e non costitutiva dell'antigiuridicità, con la loro integrazione non potendosi ancora esprimere un'opzione assiologicamente o «materialmente» definitiva sul «significato giuridico» della condotta; *oggettiva* perché il *Tatbestand* potrebbe essere accertato a prescindere da qualsivoglia indagine sui processi interiori dell'agente, come tale da rinviare all'autonoma sfera della colpevolezza[2].

Triplice, immediato, merito storico di tale sottolineatura del fatto-tipo come primo elemento essenziale del reato è di avere superato le definizioni di *Verbrechen* in voga nell'ottocento, dal sapore *intuizionistico o tautologico*, e comunque scarsamente informative circa la sussumibilità della condotta concreta all'interno della proposizione legislativa; di avere dato una *casa concettuale comune* a una serie di dottrine e

---

Di classe «inizialmente enucleata» da M.E. Mayer dice D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 214. Di «scoperta» (*Entdeckung*) C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, 37.

Rivendica lo stesso M.E. MAYER, *op. cit.*, 182, nt. 2: «La classe è ignota alla letteratura» («Der Literatur ist sie [die Gruppe] fremd»).

[2] Cfr. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 110-112, 144-145; su questa grammatica della «fondazione aprioristica» belinghiana H. PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker. Seine Lehren zur Begriffs- und Systembildung*, Berlin, 1966, 47-56; sulla «separazione assoluta» fra *Tatbestand* e *Rechtswidrigkeit* in Beling, ritorna G.L. GATTA, *op. cit.*, 21-24. Nello specifico, sulla negazione belinghiana di elementi normativi, A. CANCINO, *Crítica a la teoría de los elementos normativos del tipo*, Bogotá, 1982, 19-22. Per alcune modifiche apportate all'originaria costruzione, nel segno del *Leitbild* – «quadro direttivo» che unisce «lato interno» e «lato esterno» del fatto –, v. E. BELING, *Il significato del principio: "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1931, I, 319-329; analizza tali «ripensamenti» belinghiani F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, 28, 33-35, 38.

istituti in precedenza vaganti e mal legati l'uno all'altro (evento, condotta, causalità, contenuto dei delitti omissivi); e, grazie al suo "formalismo a oltranza" (anche questo può nei fatti rappresentare un pregio), di avere costituito il *naturale "idolo polemico"*[3] (ma, in un certo senso, prima ancora il *patrimonio logico condiviso*) su cui innestare approfondimenti teleologici di vario tenore[4].

Non che Mayer, infatti, ripudi la concezione belinghiana della fattispecie tipica. Al contrario, ne condivide le «linee essenziali»[5] e può anzi reputarsi «un deciso sostenitore della tripartizione»[6]: in linea generale, il suo *Tatbestand* è spoglio di valori quanto o addirittura forse più di quello del collega[7]. L'impostazione mayeriana potrebbe pertanto

[3] Sulle critiche al concetto belinghiano di *Tatbestand* H. PLATE, *op. cit.*, 122-138. In generale per un bilancio, non necessariamente negativo, sull'autopercezione della scienza giuridica come «sport da combattimento» O. LAGODNY, *Rechtswissenschaft als «Kampfsport»*, in S. HIEBL e altri (a cura di), *Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009*, Baden-Baden, 2009, 339-345.

[4] Nello specifico, su tali benemerenze del pensiero di Beling, A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand*. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 446-450, la cui vasta indagine storica e dogmatica si conclude (528-529), rilevati rischi di «nuove inquisizioni» e aggressioni antiliberali, proprio con l'auspicio di un ritorno alla purezza «selettiva» e «impersonale» del *Tatbestand* belinghiano [cfr. ora ID., *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 588-590, ove si vede nella «struttura aperta» di talune fattispecie incriminatrici una concausa della tendenza diffusa nel diritto vivente all'«elusione dei vincoli posti dal principio di tipicità»]. Sulla sistematica belinghiana come «punto di partenza ancora oggi fruttuoso nella dottrina del *Tatbestand*» H. PLATE, *op. cit.*, 142-147. Per un confronto fra gli aspetti chiave della «dottrina classica» – Beling, Binding, von Liszt – e «neoclassica» (Baumann, Kienapfel) con le posizioni di «dottrina finalistica», «dottrina teleologica» e «dottrina dell'illecito personale» v., in compendio, R.G. BIRKENSTOCK, *Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen. Am Beispiel der Verletzung des Verkehrsverbots bedenklicher Arzneimittel unter besonderer Berücksichtigung des Bundesverfassungsgerichts*, Köln, 2004, 13-29.

[5] Così H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957, 41. Analogamente C. ROXIN, *op. cit.*, 37-38.

[6] Ancora H. SCHWEIKERT, *op. cit.*, 42.

[7] Per un simile rilievo, C. ROXIN, *op. cit.*, 38. Diversamente M. ROMANO, *"Repressione della condotta antisindacale"*, cit., 137, che intende il pensiero di Mayer come «valorizzazione antipositivista in relazione al 'vuoto' dell'oggettività del 'fatto' belinghiano».

considerarsi, rispetto a quella del predecessore, un «perfezionamento», una «correzione specializzante»[8].

Nella concezione del *Tatbestand* di Mayer vanno peraltro «distinte la regola e l'eccezione»[9].

La *regola* è data dalla *dottrina dell'indizio*[10]: tipicità e antigiuridicità sono da tenere separate, la prima essendo mero indizio, o richiamo, o appello, della seconda[11].

A favore di questa separazione parlano, secondo Mayer, tre ragioni, le prime due «metodologiche», la terza «dogmatica»: la comprensione e poi la costruzione sistematica del reato riesce solo («nur gelingt») dando una risposta distinta alle due domande se l'azione corrisponda a una fattispecie tipica e se essa contrasti con una norma; la tipicità non può sovrapporsi all'antigiuridicità perché ne è il più importante fattore di riconoscimento, è come «fumo rispetto al fuoco» e dunque permette di concludere sull'esistenza di un fuoco ma solamente fino a prova contraria; l'antigiuridicità non può essere intesa come componente del fatto perché non diviene reale né nel mondo esteriore, né nel mondo interiore dell'agente: si tratta invece di un giudizio circa il fatto, che si attualizza nel mondo interiore del giudice[12].

---

[8] H. SCHWEIKERT, *op. cit.*, 40; in questo senso ora anche A. ZORN, *Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB – ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?*, Berlin, 2013, 213.

[9] C. ROXIN, *op. cit.*, 38.

Che in ambito giuridico l'eccezione sia in sé fisiologica e non di rado persino "migliorativa" è mostrato, con differenziati *caveat* disciplinari, in S. BONINI e altri (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Napoli, 2015.

[10] La felice espressione di sintesi è in W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes (Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einziger] Teil: Die Lehre vom Tatbestand)* (1933), Frankfurt am Main, 1977, 104.

[11] Connaturato all'idea dell'indizio è che dal contenuto dei singoli requisiti della tipicità legislativa non si possa ricavare un reale punto di riferimento per un'immediata affermazione di illiceità («aus dem Inhalt einzelner Merkmale des Gesetzes ein realer Anhaltspunkt für eine unmittelbare Unrechtsbejahung nicht gewinnen lasse»): v. sempre W. CLASS, *op. cit.*, 173.

[12] M.E. MAYER, *op. cit.*, 10. Sul punto, Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954, 256.

L'*eccezione* viene proprio, in primo luogo, dalla presenza di *elementi normativi*. Schematizzando i passaggi dell'autore, che fondamentalmente sono contenuti nel capitolo del Manuale dedicato all'antigiuridicità, in un paragrafo riguardante «L'antigiuridicità nel nesso con la tipicità»:

a) Normalmente gli elementi della fattispecie penale sono *accertabili con i sensi*.
b) Gli elementi normativi, per contro, difettano di tale proprietà: l'altruità di una cosa, la pericolosità di una condotta, la falsità di una dichiarazione, ma anche l'illibatezza di una ragazza, o il maltrattamento nel quale si sostanziano le lesioni personali, non sono verificabili sensorialmente in via immediata, bensì necessitano di una valutazione, *effettuabile solo nel mondo del diritto*: in quest'ottica, essi «hanno esclusivo significato come determinazione di un valore» («lediglich wertbestimmende Bedeutung haben»).
c) Le valutazioni appartengono essenzialmente *all'antigiuridicità*, non alla tipicità.
d) Gli elementi normativi sono perciò elementi dell'antigiuridicità *in senso proprio* («echte Elemente der Rechtswidrigkeit»): non si limitano a «mostrare», «manifestare» l'antigiuridicità ma, costitutivamente, ne sono fondamento, specifica *ratio essendi* e non generale *ratio cognoscendi*.
e) Gli elementi in esame non appartengono direttamente alla tipicità anche per un ulteriore motivo, e precisamente perché essi *non si pongono in relazione causale* con l'evento criminoso: che la cosa sottratta sia altrui, non è provocato dall'autore del furto; e così, la sola diffusione di una notizia falsa sarà opera del colpevole e non la falsità del fatto in sé (a meno che la legge non incrimini autonomamente la falsità, punendo per esempio la produzione di un documento falso: in tal caso, però, non si potrà più parlare di elemento avente esclusivo significato valutativo, e perciò di elemento normativo).
f) Gli elementi normativi vanno inoltre distinti dagli *elementi soggettivi*: l'altruità della cosa e la conoscenza dell'altruità non sono «evidentemente» la stessa cosa: si tripartisce pertanto tra elementi descrittivi, normativi e soggettivi.

g) Altra caratteristica degli elementi normativi: essi sono frutto di una in qualche misura «casuale» formulazione linguistica. Tali contrassegni (si esemplifica ancora con l'altruità di cui al § 242 *StGB*) potrebbero dunque ipoteticamente sparire a livello testuale ed *essere sostituiti dal* (confluire nel) «superiore» concetto di antigiuridicità, senza che l'interpretazione ne abbia necessariamente a risentire; osservazione che comunque vale *cum grano salis*: non si invita cioè il legislatore a procedere indiscriminatamente in questo senso.

h) Se gli elementi normativi vanno inseriti propriamente nell'antigiuridicità, non ne può tuttavia essere esclusa un'appartenenza alla stessa fattispecie legale, sia pure *in senso improprio* («unechte Tatbestandselemente»), quali «corpi estranei» («Fremdkörper»). «Senza dubbio», infatti, la legge, e in particolare il § 59 (predecessore dell'attuale § 16 in tema di errore sul fatto), li annovera fra le «circostanze di fatto» ignorate dall'agente ed escludenti il dolo. Inoltre, pur dovendosi negare una diretta relazione causale degli elementi normativi con l'evento criminoso, uno «stretto collegamento» con le «componenti esteriori (oggettive)» di quest'ultimo andrebbe comunque riconosciuto. Anzi, «solo all'interno della fattispecie possono essere apprezzate le peculiarità degli elementi normativi».

i) Resta ferma in ogni caso l'idea di base circa la funzione indiziante della tipicità rispetto all'antigiuridicità. Il fatto che un *singolo* elemento, come l'elemento normativo, non possegga tale proprietà (ma, s'intende, quella più radicale di fondarla) lascia intatta l'idea che le fattispecie nel loro complesso («die Tatbestände als Ganzes») rivestano la funzione in parola[13].

Gli elementi normativi fanno quindi ingresso con Mayer nel raggio della coscienza penalistica. E non in forma confusa e indistinta, perché l'autore "centra" quasi tutti i punti che formeranno poi oggetto di accanita discussione: il problema della collocazione dogmatica; il ruolo dell'elemento normativo nel contesto della complessiva descrizione del fatto; i nessi (pur solo accennati) con la disciplina dell'errore; la relazione fra elementi normativi ed elementi soggettivi dell'antigiuridicità.

[13] M.E. MAYER, *op. cit.*, 182-185 (e II inalterata ed., Heidelberg, 1923, anno in cui egli a quarantasette anni morì); si presti attenzione anche alle note a piè di pagina, dove l'autore talvolta colloca passaggi meritevoli di un inserimento nel testo.

Assente è invece la trattazione (per la quale, in forma compiuta, si dovrà attendere il saggio di Engisch)[14] circa il rapporto fra elementi normativi e principio di legalità.

Proprio il mayeriano *doppelter Charakter* degli elementi normativi, la loro "sospensione" fra fatto e antigiuridicità, sarà anche il bersaglio delle più vivaci critiche e fungerà in questo senso da stimolo per le future sistematizzazioni: si parlerà di elementi dogmaticamente «senza patria» (*heimatlose*)[15], o quantomeno «in posizione malferma»[16]. In particolare, sarà l'assegnazione all'antigiuridicità della «prima natura»[17] dei *normative Elemente* a suscitare reazioni.

Le obiezioni più articolate, fra i connazionali di Mayer, sono leggibili nelle notevoli monografie sulla *Tatbestandslehre* di Wilhelm Class e di Heinrich Schweikert.

Il primo, nel 1933, dedica ampio spazio alla sistematica mayeriana, riservando a questa un intero *Kapitel*, di 45 pagine, dei quattro (nella sostanza tre, il primo essendo sinteticamente metodologico) nei quali è suddiviso il libro[18]: ciò, se vogliamo, anche per ragioni cronologiche (il concetto autonomo-sostanziale di *Tatbestand* era, come rammentato, appena sorto con Beling); ma anche perché si riconoscono in Mayer i tratti dell'*innovatore della teoria del reato* e in specie il pregio di avere illuminato con gli elementi normativi un genere rimasto in ombra.

Quel che Class imputa a Mayer è peraltro un difetto di coerenza: se l'elemento normativo interviene «propriamente» sul terreno dell'antigiuridicità, l'errore che lo riguardi dovrebbe costituire *errore sul precetto* e non, come vorrebbe Mayer, errore su «circostanza di fatto» riconducibile all'abrogato § 59.

---

[14] V. *infra*, V.1, della sez. I

[15] Così K.H. KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958, 30.

[16] G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, I, *Lineamenti generali*, Napoli, 1965, 76, che giudica letterariamente efficace ma penalisticamente incongruo l'accostamento degli elementi normativi a una graffetta attaccata con una punta alla tipicità e con l'altra all'antigiuridicità (il riferimento è a M.E. MAYER, *op. cit.*, 182).

[17] L'espressione è in L. RISICATO, *op. cit.*, 18.

[18] Gli altri capitoli sono rispettivamente dedicati a Beling, come ovvio, e, *omnibus*, ai «moderni» (Hegler, Grünhut, Mezger, Wolf, Zimmerl).

La «stretta connessione» dell'elemento normativo con l'evento e dunque con la tipicità[19] sarebbe d'altro canto nel ragionamento mayeriano più affermata che dimostrata, risolvendosi nella «mera esposizione del *thema probandum*»: tema oltretutto pregiudicato dall'iniziale enunciazione «fortemente limitativa» intorno al carattere tipico *esclusivamente improprio* dell'elemento normativo; nonché dalla *sedes materiae* prescelta, ossia dall'inserimento del problema nel capitolo del *Lehrbuch* illustrante l'antigiuridicità, nel quale dunque la *Tatbestandsmäßigkeit* resta sullo sfondo, rilevando nella misura in cui ne emergano «nessi» con la *Rechtswidrigkeit*.

Su altro piano, Class rileva poi come le esemplificazioni proposte da Mayer permettano di isolare alcuni possibili contrassegni degli elementi normativi, ma non di fissare in termini sufficientemente rigorosi il perimetro della categoria[20].

I rilievi di Schweikert si focalizzano invece non tanto sulle incertezze legate all'operatività degli elementi normativi "anche" nella tipicità, quanto sul loro primario inserimento nel fronte dell'antigiuridicità. Si dubita infatti di come, anche ammettendo che un concetto quale l'altruità rimandi a una valutazione, tale accertamento sia realmente «più valutativo» rispetto a quello postulato dalla verifica circa la «sottrazione» della cosa o circa lo stesso dato che si tratti di una «cosa» e non di altro oggetto materiale: elementi normativi *ed* elementi descrittivi parrebbero all'opposto *co*-fondare l'antigiuridicità, sussistente fintantoché una norma di grado più elevato non escluda il dovere di osservare il precetto penalmente sanzionato.

Il giudizio di antigiuridicità, incalza Schweikert, si esprime in una valutazione sul globale comportamento conforme alla fattispecie tipica («Bei dem Rechtswidrigkeitsurteil handelt es sich um die Bewertung der tatbestandsmäßigen Gesamttat»); gli elementi normativi, si precisa allora, rappresentano, al pari di quelli descrittivi, l'*oggetto* di tale complessivo giudizio ma in senso stretto non «appartengono» a esso.

L'identificazione mayeriana di «normativo» e «antigiuridico», nella chiave di lettura di Schweikert, è pertanto inaccoglibile, dovendosi per

[19] Su evento e pericolo in Mayer v. in particolare F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 25 e nt. 62.

[20] Cfr. W. CLASS, *op. cit.*, 71-116.

contro reputare gli elementi normativi «un peculiare genere di elementi della fattispecie» («eine besondere Gattung von Tatbestandsmerkmalen»)[21].

Nella nostra dottrina, gli sviluppi di Mayer sono scandagliati da Giacomo Delitala ne *Il "fatto" nella teoria generale del reato.*

Fuori discussione per Delitala è il riconoscimento all'autore tedesco del merito di avere abbandonato la dominante, sfocata definizione di *Tatbestand* quale «somma di tutti gli estremi che debbono sussistere perché possa applicarsi una pena», e come tale comprensiva di antigiuridicità oggettiva, colpevolezza e delle stesse «condizioni estrinseche di punibilità».

Simmetricamente, la propria nozione di fatto quale «somma degli elementi materiali attribuibili all'agente», e dunque «punto di partenza», «primo gradino che bisogna inevitabilmente percorrere, per giudicare intorno alla punibilità di un'azione individuale», «coincide sostanzialmente» con quella di *engerer* o *besonderer Tatbestand* «elaborata, principalmente, da Beling e da Mayer».

Ciò che invece Delitala non condivide della posizione mayeriana è l'idea che la distinzione tra fatto e antigiuridicità *non sia assoluta*, ma possa conoscere delle deroghe date, per l'appunto, dal ricorrere di elementi normativi; e che per giunta siffatti elementi afferiscano in via principale all'ambito dell'antigiuridicità.

La scomparsa letterale dell'altruità dalla configurazione legislativa del furto, ipotizzata da Mayer, non implicherebbe, secondo Delitala, un automatico assorbimento di tale elemento nell'antigiuridicità, privo di conseguenze sul momento preliminare del fatto: il quale ne verrebbe anzi stravolto sino a divenire astrattamente concepibile lo stesso furto di cosa propria, quando invece è proprio grazie alla formulazione del furto immaginata come sostituibile da Mayer che «[n]on è possibile il furto di cosa propria, così come non è possibile il furto di cosa immobile: entrambi gli elementi adempiono alla medesima funzione, costituendo due presupposti del fatto»; sarebbe piuttosto il dato che la sottrazio-

[21] Cfr. H. SCHWEIKERT, *op. cit.*, 44-45.

ne avvenga senza il consenso dell'avente diritto a costituire l'antigiuridicità del delitto di furto[22].

I due studi monografici che in Italia sono stati dedicati agli elementi normativi colgono altre debolezze nell'impostazione dello scopritore della categoria.

Giuseppe Ruggiero sottolinea la filiazione della teorica dell'elemento normativo da un precedente punto cardinale del pensiero mayeriano: il primato dell'*antigiuridicità intesa in senso materiale*, così come sancita dalla contrarietà del comportamento rispetto a *Kulturnormen* diffuse nella società; di qui un pericoloso extrapositivismo nell'interpretazione degli elementi normativi *à la* Mayer[23].

---

[22] G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato* (1930), poi in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, spec. 84-88, in termini di unione al pensiero di Mayer, e 89-90 (ma anche 92-93) in termini di dissenso. Precisa C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 157, nt. 9, come, criticando Mayer, Delitala «non nega il fenomeno del rinvio di una norma ad un'altra nella definizione di un elemento di fattispecie – il che è […] sufficiente per affermare la sussistenza di un requisito normativo –, ma […] soltanto si oppone a qualificare come normativi, nello specifico significato di elementi costitutivi (*ratio essendi*) della illiceità, i requisiti di cui si tratta». Ravvisa invece un «equivoco» nel discorso delitaliano (ma forse quello che si imputa è essenzialmente un difetto di coraggio) P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale* (1947), ristampa, Padova, 1972, 41-42, nt. 18, secondo il quale, una volta assegnata l'altruità al fatto, non si comprende «perché la mancanza del consenso del soggetto passivo, ad es., non [possa] ritenersi un elemento del fatto» medesimo, «se non ci si ferma alla mera esteriorità della forma che in un caso è positiva e nell'altro negativa».

Ribadisce la propria fondamentale convergenza con la dogmatica di Beling e di Mayer il Delitala rinato di M. DONINI, *«Fatto» e «autore» nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1528, puntualizzando peraltro dal paradiso dei penalisti (in implicita *discordia concors* rispetto allo stesso Mayer): «Solo la previsione di fatti di reato oggettivamente ben ritagliati dal novero delle condotte inosservanti di un precetto e antigiuridiche, consente di procedere, successivamente, a valutazioni riguardanti l'elemento soggettivo, e per finire anche l'autore».

[23] Per una diversa, testualmente più corretta, lettura di M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen* (1903), Darmstadt, 1965, cfr. tuttavia A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, 501-503: l'armonia fra norme di cultura e norme giuridico-penali va primariamente perseguita sul piano della costruzione del precetto legislativo e non tanto in sede di applicazione del diritto

Al di là dell'(opinabile) "aggancio" riscontrato con la tesi delle norme di cultura, quel che non persuade Ruggiero della posizione di Mayer è l'idea di una tipicità «al servizio» dell'antigiuridicità, «in simbiosi» con questa ossia, fuor di metafore, l'*accentuazione del nesso* pur esistente fra elemento normativo ed espressione di una valutazione da parte del giudice: ciò sia per l'omologazione fra classi concettualmente distinte quali elementi elastici o indeterminati da un lato e normativi dall'altro; sia perché la normale individuabilità di un parametro certo e definito consentirebbe di assimilare il giudizio «formalmente» valutativo a un procedimento nella sostanza conoscitivo[24].

Lucia Risicato preferisce invece concentrarsi su una carenza di approfondimento intorno alle ripercussioni nei confronti delle discipline del dolo e dell'errore, derivanti dall'«eterogeneità ontologica» attribuita da Mayer agli elementi normativi: agli albori dogmatici della categoria, trovandosi i segni che «tra le pieghe degli elementi normativi si celino

già posto; v. anche 677-738 per una calibratura del paradigma delle *Kulturnormen* su un diritto penale adeguato allo Stato sociale di diritto; nonché ID., *Il reato omissivo proprio*, II, *Profili dogmatici, comparatistici e* de lege ferenda, Padova, 1988, 1269-1283 per un «riepilogo» sugli usi riformistici della teorica mayeriana; più di recente ID., *Simpatia*, *antipatia e diritto penale*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno (Foggia, 21-22/5/2012)*, Padova, 2013, 241-257, spec. 253-257; in tema di «percezione simpatetica del diritto», v. ora anche A. ABUKAR HAYO, *La titolarità soggettiva del diritto di punire. Vuoti e incoerenze nel sistema del diritto penale a una dimensione*, Torino, 2015, 12-17; si sofferma sul nesso fra teoria dei sentimenti morali di Adam Smith e teoria delle norme di cultura di Max Ernst Mayer F. COPPI, *Prefazione* a A. ABUKAR HAYO, *op. cit.*, IX; J.L. GUZMÁN DALBORA, *Figuras y pensamientos del Derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, 2014, 77-98, cap. su *La teoría de las normas de cultura en la vida de Max Ernst Mayer y en la ciencia penal de hoy*.

[24] Cfr. G. RUGGIERO, *op. cit.*, 74-78, 126-127, 215-216. Sulla teorica delle *Kulturnormen* quale «punto di partenza» della teorica dei *normative Merkmale* in Mayer, v. altresì U. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt am Main, 1994, 20; e Y. FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Cizur Menor, 2009, 57.

le più vistose incongruenze della tradizionale distinzione tra *Tatbestandsirrtum* e *Verbotsirrtum*»[25].

Cercando una sintesi su ciò che è florido e ciò che langue in una centenaria scoperta[26].

Per tornare al tema del rapporto Beling-Mayer, a molti studiosi di generazioni successive (ma già a contemporanei rispetto a quelle vicende dogmatiche) è sembrato che la valorizzazione mayeriana di elementi normativi (così come quella di elementi soggettivi dell'antigiuridicità)[27], pur nella condivisione di base della dottrina tripartita dell'indizio,

[25] L. RISICATO, *op. cit.*, 15-21 (il virgolettato a 19) per l'analisi di Mayer e 283-367 per la trattazione dell'errore su norma extrapenale.

[26] Volendo cfr. anche, per qualche ulteriore annotazione, S. BONINI, *Ciò che è stabile e ciò che vacilla nella (centenaria) scoperta mayeriana di elementi normativi*, in M. MANTOVANI e altri (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 143-153.

[27] Per l'individuazione di ipotesi in cui non solo la colpevolezza ma già l'illecito viene a dipendere dall'orientamento della volontà dell'agente, M.E. MAYER, *op. cit.*, 185-188. Si riconosce generalmente come gli elementi soggettivi dell'illecito siano stati «scoperti» da un civilista (mentre, come ricordato, gli elementi normativi, prima di Mayer, sarebbero stati solo «accennati» da privatisti e teorici del diritto): H.A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München, 1911, 117-140 (nello stesso anno solo un'anticipazione cursoria, nella dottrina penalistica, in J. NAGLER, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, II, Leipzig, 1911, 285-287). V. successivamente, insieme a Mayer, A. HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *ZStW*, 1914, 19-44, 184-232; ID., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, cit., 251-338; E. MEZGER, *Diritto penale (Strafrecht)* (1933), trad. it. di F. Mandalari, Padova, 1935, 181-182, 187-194, 210-211; R. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Hamburg, 1934. Fra i primi in Italia a cogliere la rilevanza di elementi soggettivi dell'antigiuridicità G. GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche. Saggio su alcuni concetti della parte generale del diritto penale*, Milano, 1947, 169-172 (con l'icastica immagine dell'antigiuridicità quale forma nella quale cola la colpa come avviene in un crogiolo). Ampia ricostruzione del dibattito in L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 364-386; ID., *"Dolo specifico" und Absichtsdelikte. Der sog. Handlungszweck zwischen gesetzlicher Formulierungstechnik und dogmatischen Begriffen*, in G. FREUND e altri (a cura di), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, 363-388, spec. 381-385; ID., *Zwischen 'spezifischem' Vorsatz und subjektiven Unrechtselementen. Ein Beitrag*

abbia scosso dalle fondamenta (*erschüttert*)[28], o ridotto a un torso[29], l'oggettività-«corporeità» («Satz von der Wertfreiheit») del *Tatbestand* belinghiano.

Nella consapevolezza della convenzionalità di tali qualificazioni, appare peraltro più corretta una considerazione della teorica di Mayer quale «punto di incrocio delle vecchie e nuove tendenze del tempo»[30].

Mayer assorbe infatti il recentissimo *insegnamento belinghiano*, ma insieme incontra e fa suo il «nuovo corso» del neokantismo della *scuola sud-occidentale* (o scuola del Baden) di Windelband, Rickert e Lask[31]: non tanto, pare di poter precisare, nella componente ultralegislativistica[32] – che peraltro non è dato costante negli appartenenti a tale indirizzo

---

zur typisierten Zielsetzung im gesetzlichen Tatbestand, Berlin, 2014, spec. 49-56; F. SCHIAFFO, *op. cit.*, 103-161; G. CARUSO, *op. cit.*, 77-107, spec. 95-96, nt. 46, 100; GIA. RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti fra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli, 2011, 83-103; una sintesi in ottica finalistica in D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione* (1955), poi in M. LA MONICA (a cura di), *Dario Santamaria. Scritti di diritto penale*, Milano, 1996, 25-29.

[28] C. ROXIN, *op. cit.*, 42.

[29] W. CLASS, *op. cit.*, 174.

[30] L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 368-369, nt. 77.

[31] Sull'influenza della *südwestdeutsche Wertphilosophie* nei confronti degli studi penalistici dell'epoca H. MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), Milano, 1966, 117-174, spec. 132-147; A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. *Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, 50-53, 61-117 (79-80 con specifico rif. a Mayer); ID., *Natura del fatto e giustizia materiale (Certezza e verità nel diritto)*, Milano, 1968, 142-143; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 39, 53-99; F. HARTMANN, *Das methodologische Denken bei Karl Larenz. Eine Analyse und Kritik*, Frankfurt am Main, 2001, 16-27; J.L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, a cura di G. Fornasari, A. Macillo, Napoli, 2015, 53-55, 164-170; L. LEGAZ LACAMBRA, *Nota del traductor* di M.E. MAYER, *Filosofía del Derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2015, 9-10 (rimarcando in Mayer un «forte accento personale di neohegelismo»).

[32] *Contra* D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 23, nt. 86 («originaria e "antipositivistica" definizione di elemento normativo offerta da Mayer o da Mezger»); e già A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 52, ove osserva che Mayer «scrive sotto l'influsso del Rickert».

– ma nello spiccato teleologismo che lo porta, "traducendo" in chiave penalistica alcuni postulati di quella scuola, al varo di una classe di elementi concepita come squisitamente «valoriale» (non irrazionale però).

Se unanime è il debito di gratitudine espresso in dottrina nei confronti del "padre" della categoria-elementi normativi, le corrispondenti obiezioni, come visto, sono state poste su molteplici piani.

Già su un terreno di logica astratta, la "pulizia" concettuale che è propria dell'attività di sistemazione dogmatica viene in effetti sporcata dall'uso dell'anfibologica dicotomia elementi dell'antigiuridicità «in senso proprio»/elementi della tipicità «in senso improprio».

In particolare, poi, le argomentazioni *pro*-tipicità fondate sulla disciplina di cui al § 59 e sullo «stretto nesso» dell'elemento normativo con l'evento risultano contraddittorie se non perfettamente ribaltabili.

Probabilmente, alcuni passaggi dell'autore presentano un taglio aforistico o scontano un eccesso di teoresi[33].

Ma va anche compreso, sul versante della prioritaria collocazione dei *normative Elemente* nell'antigiuridicità, che tale inquadramento, oltre che frutto penalistico della filosofia dei valori, era verosimilmente funzionale a *conferire maggiore risalto* alla famiglia di elementi contestualmente isolata: come dimostra il dato del parallelismo fra consolidarsi dell'incasellamento dottrinale degli elementi normativi nel fatto e progressivo ridimensionarsi delle peculiarità morfologiche riconosciute alla categoria[34].

Può anche essere ravvisato un *paradossale merito* nell'assegnazione in via propria degli elementi normativi all'antigiuridicità, ed esattamente quello di avere costituito un evidente obiettivo dialettico che, anche in tempi piuttosto rapidi[35], contribuirà al formarsi "per reazione" di un apparato ermeneutico orientato all'inserimento degli elementi normativi

[33] Il rimprovero proviene da K.H. KUNERT, *op. cit.*, 3 [autore che ci ha lasciato uno studio di grande interesse sugli elementi normativi, denso nell'impianto culturale e originale nelle sottodistinzioni elaborate – a riguardo *infra*, II.7, della sez. II – ma al quale pure, in relazione alla seconda parte di tale libro (v. in partic. 89-124), potrebbe essere ugualmente rimbrottata una non marginale complessità!].

[34] Per l'acuto accostamento, L. RISICATO, *op. cit.*, 56.

[35] Sottolinea questo profilo cronologico Y. FAKHOURI GÓMEZ, *op. cit.*, 58.

nella tipicità[36]: un po' come può dirsi per il *Tatbestand* di Beling, che con il suo convinto «naturalismo» ne aveva involontariamente sollecitato un arricchimento in chiave teleologico-normativo-soggettiva, compiuto per l'appunto da Mayer e da altri propugnatori dell'esistenza di contrassegni normativi e soggettivi.

Preziosa, anche se non di matematica evidenza[37], è l'ultima proposizione che si trova nelle pagine di Mayer sugli elementi normativi [qui esposta sopra come punto i)], e che stranamente è stata persa di vista nella riflessione sul suo pensiero: potendosi ravvisare nell'osservazione secondo cui, in presenza di un *singolo* elemento normativo, non cade la dottrina dell'indizio perché tale funzione appartiene alla fattispecie «nel suo complesso», un utile criterio *co-fondante* la tormentata distinzione tra elementi normativi e norme in bianco.

Più in generale, peraltro, risiede nell'*anarchica mescolanza* di pensiero sistematico e di pensiero problematico la più felice eredità affidataci dallo scopritore oggi centenario degli elementi normativi[38]: i dubbi, o se vogliamo persino le patenti "oscillazioni", riscontrabili nelle sue pagine – relativamente allo stesso tema centrale «posizione dell'elemento normativo nella teoria del reato» – risultano comunque preferibili in confronto alle *certezze pigramente e falsamente rassicuranti* che discendono dall'accoglimento di nudi e duri postulati assiomatici.

[36] Per un complesso di argomentazioni volte a imputare gli elementi normativi al fatto, v. *infra*, cap. IV.

[37] Ma *il diritto non è matematica!* [sull'irriducibilità del diritto a matematica, O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, I, 1-23, espressamente 13].

[38] Sintesi di pensiero sistematico e pensiero problematico favorita probabilmente da un'*anima ridens*, sui benefici della quale v. il recente, mirabile, «compendio» di F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, cit., 17, 38, 75, 207, 279, nt. 201, 316 nt. 232.

2. E. Mezger, ovvero del peculiare "soggettivismo vincolato" nella ricostruzione di ciò che è «normativo»

A una decina d'anni dall'enucleazione di Mayer, una fondamentale tappa nel processo di emersione delle caratteristiche degli elementi normativi è rinvenibile in *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände* di Edmund Mezger.

Le premesse da cui parte l'autore, esposte nella prima delle tre parti in cui si divide il saggio (dedicata a *L'essenza della tipicità*)[39], sono chiaramente diverse da quelle di Beling e di Mayer: il fatto tipico mezgeriano è infatti antigiuridicità tipicizzata, risultando l'autentico portatore del giudizio d'illiceità penale («der eigentliche Träger strafrechtlicher Unrechtsbewertung»)[40]; quel che si rimprovera a Mayer non può quindi, nello specifico, che essere una scarsa audacia nel riconoscere che la tipicità è (non in singoli casi ma) *sempre* fonte immediata (*ratio essendi*) dell'antigiuridicità.

In Mezger *Tatbestand* e *Rechtswidrigkeit* vengono a sovrapporsi non solo funzionalmente ma "già" concettualmente[41] (una loro «separazione» è giudicata infatti «innaturale»): egli ripristina così una sistematica bipartita in luogo di quella tripartita appena scolpita da Beling[42].

All'interno di una concettualizzazione ove la tipicità è per definizione *anche*, *sempre*, *già* illiceità, risulta evidente come perda di significato l'*alternativa a tre corni* collocazione degli elementi normativi nel

[39] Le successive parti sono rispettivamente incentrate sugli «Elementi soggettivi della fattispecie» e proprio sugli «Elementi normativi della fattispecie».

[40] «Für uns ist […] der „Tatbestand" […] der Ausdruck speziellen, typisierten Unrechts, also die Schaffung eines besonderen „Unrechtstypus" für die Zwecke des Strafrechts».

[41] Per tale sottolineatura, K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, 81.

[42] Su *Das Wesen des Tatbestandes* v., nel breve volgere di dieci pagine, con i necessari richiami ricognitivi a prodromo di una «rivoluzione copernicana» (così G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, 23), E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für Ludwig Traeger*, Berlin, 1926, 187-197. Per l'affermazione manualistica di tale visuale sistematica ID., *Diritto penale*, cit., 194-196.

fatto/collocazione nell'antigiuridicità/collocazione "doppia" nella tipicità e nell'antigiuridicità.

Nella sistematica di Mezger gli elementi normativi appartengono infatti indubbiamente alla fattispecie, nel precipuo senso di *vertypte Rechtswidrigkeit*.

D'altra parte, esplicitato altrimenti, la questione dell'ascrizione degli elementi normativi all'uno o all'altro gradino della sistematica del reato ha ragione di porsi *solo nell'ambito* di una logica tripartita.

Se pertanto il pensiero mezgeriano non offre particolari spunti di riflessione in relazione al tema «inquadramento sistematico degli elementi normativi», numerosi altri passaggi dell'illustre studioso meritano la più attenta considerazione.

Innanzitutto, risalta lo sforzo compiuto dall'autore nel delineare *distinti "materiali"* dei quali si compone la fattispecie, e nel procedere a puntualizzazioni e subdistinzioni in seno alle classi fissate; senza che egli intenda negare un'importante dose di convenzionalità di tale attività differenziatrice.

Si danno allora innanzitutto elementi «descrittivi» che rimandano a «dati obiettivi» e che come tali, specularmente, richiedono da parte del giudice una semplice attività «cognitiva», un «giudizio di fatto», indirizzato a ciò che è per l'appunto «obiettivo», «sensorialmente percepibile», «esterno».

Sono invece elementi «normativi», nella tematizzazione di Mezger, quegli elementi della fattispecie penale che

> non si fondano su un rinvio a una situazione di fatto pre-data ma richiedono un giudizio valutativo di completamento da parte dell'organo giudicante e che dunque, per così dire, contengono solo una valutazione in bianco («nicht einfach auf einen gegebenen Sachverhalt Bezug nehmen, sondern vom urteilenden Richter ein ergänzendes Werturteil fordern, also sozusagen nur eine Blankettbewertung geben»).

Gli elementi normativi si *quadripartiscono* poi in base alla loro caratterizzazione «giuridica» (altruità della cosa, rapporti di parentela); più latamente «culturale» (a fonte etica, sociale, biologica, economica; es.: di libidine, illibata); all'implicazione di un «apprezzamento quantitativo» (es.: inizio della qualità di uomo, subito dopo la nascita); alla

matrice più squisitamente «soggettiva» (l'a. non fornisce esempi di elementi definiti «in tutto e per tutto» – «ganz» – tributari di un'autonoma valutazione giudiziale – «richterliche Eigenwertung» –).

La qualificazione di «soggettivi» espressamente attribuita da Mezger a questa quarta tipologia di elementi normativi potrebbe peraltro, guardando alla ricostruzione complessiva dello studioso, dirsi propria anche delle altre tre categorie di elementi normativi e financo degli elementi descrittivi[43]: infatti, «in un senso strettamente logico ogni processo conoscitivo o valutativo appare "soggettivo"», potendosi definire invece come «"obiettiva" la situazione di fatto conosciuta o valutata nel processo conoscitivo o valutativo di cui si tratta»; gli stessi elementi descrittivi abbisognano dunque di una «kategoriale Umformung», di una conversione categoriale che è processo di definizione e configurazione attiva («aktiver Formungs- und Gestaltungsprozeß»).

Al di là di ulteriori precisazioni compiute dall'autore[44], il quadro globalmente tracciato dà spazio a una notevole sottolineatura delle determinazioni valutative effettuate dalla *persona del giudice*. Sottolineatura cui si accompagna un *caveat* finale circa l'utilizzo degli elementi normativi – giudicati all'evidenza… più soggettivi degli… altri elementi soggettivi –.

---

[43] Su questo aspetto del discorso mezgeriano, Y. FAKHOURI GÓMEZ, *op. cit.*, 63-64.

[44] Si aggiunge infatti come da un lato, per amor del massimo rigore, dovrebbe parlarsi di una «duplice funzione» cognitiva e normativa: «cognitiva» come *Erkenntnis* di un oggetto dato, implicante l'esito di un «giudizio di fatto», «normativa» come *Bewertung* (*Gestaltung*) di tale oggetto, originante l'esito di un «giudizio di valore» o di una «normazione»; e dall'altro come il termine «soggettivo», sue connotazioni filosofiche a parte, stia prevalentemente a indicare una pratica dipendenza del giudizio dalla natura soggettiva del giudicante. Su *Bestimmungsnorm* e *Bewertungsnorm* nella normoteoretica mezgeriana, O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996, 82-83; S. MIR PUIG, *Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert. Zum Verhältnis von Tatbestand und Norm*, in H. PUTZKE e altri (a cura di), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen, 2008, 57-58, con originali sviluppi (61-72); nonché S. AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Berlin, 2010, 11.

Essi alimentano infatti una preoccupazione rispetto alle istanze di cui al § 2 *StGB* (vecchio testo), mettendo dunque in crisi in via mediata se non immediata il *nullum crimen sine lege* sino a far ritenere «intollerabile» un impiego disinvoltamente esteso di tali elementi; pur dandosi altresì atto di come una «certa combinazione» di elementi descrittivi e di elementi normativi non possa essere esclusa, se si vogliono evitare eccessi di casistica per un verso e forme non regolate di «criptonormativismo» per l'altro[45].

Probabilmente, è proprio con *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände* che nasce una *dogmatica completa degli elementi normativi*[46]: Mayer aveva gettato la rete e Mezger completa la "pesca" dedicandosi, con dovizia di riferimenti filosofici, di classificazioni, di esempi, ad approfondire aspetti centrali della categoria; solo la tematica dell'errore, pur giudicata «straordinariamente interessante», rimane consapevolmente esterna all'analisi.

Il suo pensiero, naturalmente, può avere dei punti discutibili (specialmente con gli occhi "facilitati" dei posteri: in qualche misura, con Bernardo di Chartres, sempre «nani sollevati e portati in alto dalla statura dei giganti»); delle sfaccettature che si prestano a virgolettati presentabili in termini critici o parzialmente critici; ma offre anche sottolineature eccezionalmente "moderne" per l'epoca e oggi ancora pienamente valide.

Contestabili sembrano soprattutto due aspetti.

Perentorio appare il giudizio circa il rapporto di tensione fra elementi normativi e principio di legalità[47]. Due fattori, presenti nella sua analisi, avrebbero invece potuto spingere l'autore a quantomeno attenuare la valutazione negativa espressa.

Da una parte Mezger compie un raffinato esame "quadripartito" delle forme di elemento normativo, considerandone diversa fonte e relativo "impegno" soggettivo della decisione giudiziale: sarebbe allora apparso conseguente *differenziare il grado di compatibilità* delle tipologie

[45] Su tutto ciò, E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 215-230.

[46] Per questo giudizio, F. EICHMANN, *op. cit.*, 8. Di lavoro *richtunggebend* parla W. CLASS, *op. cit.*, 212, nt. 257.

[47] V. in partic. E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 229.

di elemento normativo rilevate con le istanze poste dallo *Gesetzlichkeitsprinzip*: compatibilità in effetti fragilissima nelle ipotesi di elementi normativi in senso stretto di taglio soggettivo, tutti imperniati sull'autonoma e personale valutazione del giudicante; ma, se non ci si inganna, progressivamente crescente nelle ipotesi di elementi normativi di stampo culturale: rispetto ai quali, in specie, lo stesso Mezger insiste sull'esistenza di «complessi normativi», derivati dalle regole del costume e della morale, che consentono un'«obiettivizzazione» del giudizio; ancora maggiore rispetto al sottoinsieme (prioritario anche per Mezger) degli elementi normativi giuridici, per i quali è possibile ragionevolmente contare sull'interpello dei campi del diritto di volta in volta rilevanti; e ancor più decisa nelle ipotesi di c.d. elementi di apprezzamento quantitativo.

Dall'altra, lo stesso illustre studioso non tace le controindicazioni di una completa rinuncia all'uso di elementi normativi, in termini di esasperazioni casuistiche e – con assunto invero un poco… criptico – di criptonormativismi[48]; una *specificazione dei rischi* connessi alla contrapposta tecnica casistica, in chiave di causazione di lacune e di impoverimento della forza motivante del precetto[49], avrebbe potuto condurre

[48] Della necessità «di trovare "il coraggio per la valutazione", e di non andarsi a nascondere dietro le formazioni cripto-normative», l'a. dice anche in ID., *Diritto penale*, cit., 211.

[49] Sulla produzione di «tipi troppo frammentati e troppo "angolosi"» quale «sicuro fomite di indeterminatezza», per il fatto di costringere il giudice a smussare quegli angoli, F. PALAZZO, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 2; ID., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, 17, scrivendo anzi di «insulso particolarismo di un'esasperata casistica che finisce sovente per perdere il contatto con l''essenza' significativa delle cose». Ravvisa nella redazione casistica l'espressione di volontà legislativa «tanto spasmodica quanto vana e *dannosa* di tutto prevedere in anticipo» M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., 165. «L'ordinamento diventa meno vago diventando più generico o generale»: per questo «risultato sorprendente» L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus (Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi)*, 1999, 31. *Giocosamente ma non troppo* parla delle «specificazioni» come «trappola» o «"gioco"/giuogo» G. LOSAPPIO, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 7. Sul *perverso nesso* fra casistica, duplicazioni di tutela e contraddizioni sistematiche M. CORCOY BIDASOLO,

l'a. a stemperare ulteriormente la drastica critica sulla scarsa legalità degli elementi normativi; si aggiunga in particolare che una fattispecie penale ipercasistica, pur formalmente legittima, con il porsi fortemente a rischio di "incomprensibilità" motivazionale viene a porsi sul crinale dell'illegittimità sostanziale.

Dopo alcuni sottovalutati riferimenti di Eichmann, come detto bisognerà attendere del resto una trentina d'anni e in particolare il contributo di Engisch – raccolto, curiosamente ma non troppo, negli scritti di festeggiamento per Mezger! –, cui seguirà un dissacrante lavoro di Lenckner, per attestarsi su un'analitica "riappacificazione" fra elementi normativi e principio di legalità.

Un secondo profilo discutibile della complessiva impostazione mezgeriana è dato dalla testuale assimilazione fra previsione legislativa dell'elemento normativo e rimando valutativo in bianco, laddove si richiama l'affidamento a una *Blankettbewertung* nei confronti di altre istanze come caratteristica degli stessi concetti normativi[50].

In rapporto alla consueta concezione del rimando in bianco – inteso come apertura a fonti *sublegislative* di futura emanazione – la peculiarità del discorso di Mezger sta nell'assegnare l'integrazione del *Blankett* alla fonte *giudiziale*.

La sottolineatura, anche in questo luogo, del ruolo "protagonistico" del giudice si spiega agevolmente con le premesse culturali e filosofiche che portano l'autore a rimarcare il peso "soggettivistico" della decisione giudiziale (premesse su cui torneremo a breve).

Ma quel che non persuade, dal punto di vista generale che intendiamo sviluppare in questo libro – l'idea cioè della differenziabilità di diverse tecniche di collegamento fra penale ed extrapenale –, è l'accostamento fra elemento normativo ed elemento in bianco ovvero la costruzione del rinvio in bianco come *Oberbegriff* che tutto fagocita[51] quando

---

Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Constitución y sistema penal*, Madrid, 2012, 154.

[50] E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 225.

[51] Ritengono che il «concetto superiore» sia correttamente rinvenibile nel «rinvio normativo» e non nel «bianco» B. ENDERLE, *Blankettstrafgesetze. Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen*, Frankfurt am Main, 2000,

specificatamente 11; T. WALTER, *Ist Steuerstrafrecht Blankettstrafrecht?*, in U. SIEBER e altri (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 969-990; M. BÖSE, *Verweisungen auf das EU-Recht und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)*, in K. AMELUNG e altri (a cura di), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, 2010, 7-25; M. HEGER, *Zur Europarechtsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere des deutschen Umweltstrafrechts*, in ID. e altri (a cura di), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, 2014, 686-688. Implicitamente, sul rinvio come *Oberbegriff*, già I.K. LOHBERGER, *Blankettstrafrecht und Grundgesetz*, München, 1968, 17-18 nonché F. OSSENBÜHL, *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1967, 401-408 e ID., *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, Bad Homburg v.d.H., 1968, 498. Una compiuta tematizzazione del(le molteplici declinazioni del) «rinvio», con notevoli richiami al diritto penale, in H.-U. KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, Berlin, 1970; v. anche W.-R. SCHENKE, *Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen*, in P. OBERNDORFER, H. SCHAMBECK (a cura di), *Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft. Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag*, Berlin, 1980, 87-126. A parte sta la posizione di K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, IV ed., München, 2014, 87-88, il quale ritiene che un concetto restrittivo di norma in bianco resti *terminologicamente* preferibile per «ragioni di chiarezza», quantunque sul piano contenutistico (ovvero, della tecnica legislativa) la distinzione tra norme in bianco in senso ampio e in senso stretto finisca per rivelarsi di «nessun (o scarso) significato». Nella dottrina italiana, particolarmente ricca l'elaborazione sul rinvio come nozione superiore in M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 151-214, spec. 157-158, 173-175 ove il «rinvio-produzione» tipico delle norme in bianco è indicato come ipotesi nell'ambito di un *genus* abbracciante anche «rinvio-applicabilità», «rinvio-ricongiunzione» e «rinvio-descrizione»; e già in N. LEVI, *op. cit.*, 17-64, e *ivi* (35-36, nt. 50) una *nuance* tra «rinvio» e «richiamo». Considerano invece senz'altro accoglibile un concetto di «rinvio in bianco in senso ampio» O. NEUMANN, *Das Blankostrafgesetz. Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts*, Breslau, 1908, 32-35, scrivendo prima della «scoperta» mayeriana dell'elemento normativo: forse intuito dunque da Neumann, e che diverrà insieme alla fattispecie in bianco la tecnica co-protagonista nell'ambito della nozione più lata di rinvio; H.-G. WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin, 1955, 10-12, riferendosi espressamente a Mezger; W. PAUL, *Die strafrechtliche Ahndung im Seeverkehrsrecht. Ein Beitrag zur Ausfüllung strafrechtlicher Blankettgesetze*, Köln, 1965, 26-29; D. MOLL, *Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung? Eine Untersuchung zur strafrechtskonstituierenden Wirkung des EG-Rechts unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen verfassungsrechtlichen*

invece, in ragione delle proiezioni dogmatiche e politico-criminali, merita tracciare una distinzione tra le due categorie limitrofe. Sotto questo aspetto, l'*inciso "onnicomprensivo"* di Mezger costituisce un passo indietro rispetto al più "differenziato" pensiero mayeriano.

Se questi appaiono gli aspetti lacunosi o critici dello sviluppo argomentativo mezgeriano, bisogna a questo punto prendere in considerazione la straordinaria variegatura del suo pensiero intorno, diremmo, all'*interpretazione giudiziale degli elementi normativi*: varietà di sottolineature, all'apparenza anche contraddittorie, che, come avviene solo per i grandi, ha consentito di cogliere nelle sue pagine (leggere dentro con un tedeschismo: *hineinlesen*) i più diversi stimoli per il proseguire della riflessione[52].

Il *vero progresso* delle ricerche sugli elementi normativi di Mezger rispetto a quelle di Mayer (e ai cenni di Beling) sta in effetti proprio nell'avere *affiancato* all'analisi della costruzione legislativa del tipo di reato l'angolo visuale del (complesso) accertamento che la previsione di *normative Elemente* affida al giudice[53].

Con notevole capacità d'intuizione Mezger sa infatti indicare quale contrassegno universale degli elementi normativi l'apertura nei confronti di fonti estranee ai ristretti ambiti di pertinenza del diritto penale, agli scopi della proclamazione del giudizio conclusivo di disvalore del fatto.

E tuttavia, come si è opportunamente sottolineato, con questa caratterizzazione lo studioso tedesco non intende dire che l'intera valutazione dell'elemento normativo sia lasciata a una soggettiva e libera discre-

---

Anforderungen an Blankettverweisungen, Göttingen, 1998, 47; U. HELLMANN, *Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-)Strafrechts*, in *Festschrift für Volker Krey*, cit., 169-191.

[52] Per questo criterio di misurazione della grandezza di un autore, A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 96 [in rif. a Jhering, ma dello stesso Mezger dei *Festschrift für Traeger* non si manca di evidenziare (62) «la fondamentale dottrina degli elementi normativi della fattispecie»].

[53] In tal senso, H. SCHWEIKERT, *op. cit.*, 67; e ora G.L. GATTA, *op. cit.*, 30: è soprattutto con Mezger, e Grünhut, e poi con Engisch, che gli elementi normativi divengono autonomi rispetto a quelli descrittivi «sotto il profilo del differente meccanismo di *acquisizione* (nell'ottica del giudice e dell'interprete) e di *conferimento* (nell'ottica del legislatore) di senso».

zionalità del giudice; costante in Mezger è infatti la preoccupazione di evidenziare una «calcolabilità» dei giudizi di valore, attraverso una loro riferibilità a *Normenkomplexe* interpretabili in maniera sufficientemente univoca[54]. Quasi un precorrimento, in relazione alla problematica degli elementi normativi, circa gli sviluppi più generali dell'ermeneutica contemporanea?

Ecco allora che profondi studiosi degli elementi normativi, appartenenti a varie generazioni, potranno vedere nel pensiero di Mezger la *realistica presa d'atto* della necessità di un «completamento» della fattispecie (letteralmente: *Abrundung*, arrotondamento) per opera dell'intervento giudiziale; ma anche l'affermazione del significato di una *rigorosa tipicizzazione legislativa* quale direttiva, indicatore, sostegno per l'esercizio del potere discrezionale («Richtlinie, Wegweiser, Stütze der Ermessensausübung»)[55].

In ogni caso, sebbene non si possa negare un'interpretazione *tendenzialmente soggettivistica* data da Mezger agli elementi normativi, appare non conforme ai fatti attribuirne all'autore una caratterizzazione non solo soggettiva ma *emotivo-irrazionale*[56].

E questo sia per le numerose, ricordate precisazioni fatte da Mezger stesso intorno all'«oggettivizzazione» del giudizio, al richiamo di uniformi «complessi normativi», alla teorica della «duplice funzione» valutativa *e* conoscitiva: puntualizzazioni che, se non valgono a elidere il soggettivismo del suo discorso, "frenano" rispetto a derive irrazionalistiche; sia, se si vuole, in forza di una breve citazione polemica che l'autore fa nei confronti di una venatura normativo-emozionale del predecessore Mayer[57]; sia per l'abisso che comunque intercorre tra il suo argomentare e quello di un vero irrazionalista quale il "filosofo sud-occidentale" Rickert: per il quale, a differenza di ciò che ha materiale esistenza e ci lascia soddisfatti non appena abbiamo proceduto a constatarlo, i valori «non ci lasciano indifferenti», «provocano la nostra coscienza», «fanno appello alla nostra spontaneità», «ci tormentano»,

[54] Cfr. sul punto L. RISICATO, *op. cit.*, 46, riprendendo in parte un'annotazione di K. ENGISCH, *op. cit.*, 135-136; e G.L. GATTA, *op. cit.*, 34.

[55] Così, in particolare, K.H. KUNERT, *op. cit.*, 36.

[56] Per lo sviluppo di tale critica, v. invece G. RUGGIERO, *op. cit.*, 102-103.

[57] Cfr. E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 219, nt. 2.

«implicano la nostra partecipazione», «ci interessano» e anzi «ci incatenano»…[58] (né potrebbe fondatamente dirsi che l'impostazione di Mezger rappresenti il precipitato tecnico-penalistico di tale visione teoretica).

Quello che risulta di enorme interesse nel ragionamento mezgeriano è infine, nel dettaglio, un altro aspetto: la "problematizzazione soggettivistica" dei profili della conoscenza e della valutazione porta, come s'è visto, a un "accostamento" degli elementi descrittivi agli elementi normativi, per l'essere anche i primi legati a un processo di conversione personale e attiva[59].

Stando a un affidabile conoscitore dei «confini della fattispecie» sono tre in particolare, nel pensiero di Mezger, i fattori di "vicinanza" delle classi di elementi in esame: in primo luogo l'esistenza di figure-ponte – quelle che richiedono di fissare attraverso proposizioni di esperienza la verità di un fatto o la pericolosità di un'azione –, nelle quali caratteri descrittivi e caratteri normativi hanno quasi a fondersi; in secondo luogo la colorazione (*Färbung*) ovvero la partecipazione (*Mitwirkung*) normativo-valutativa riconoscibile in dati pur inquadrabili come esteriori-oggettivi; ultimo ma non ultimo, il fondamento «normativo» del globale approccio alla conoscenza[60].

Ma proprio in virtù delle "ragioni di avvicinamento" fra elementi descrittivi ed elementi normativi da egli stesso poste in evidenza, diviene specialmente significativo che Mezger *non rinunci a tenere distinte* le due categorie e che anzi, in più luoghi del suo scritto, convalidi l'utilità teoretica e pratica di quella differenziazione[61]; autorevole riscontro che ci risulterà prezioso quando, più avanti, esaminati gli "attacchi" a

[58] H. RICKERT, *System der Philosophie*, I, *Allgemeine Grundlegung der Philosophie*, Tübingen, 1921, 112-121 su «Il concetto di valore», spec. 114.

[59] Tale accostamento fra descrittivo e normativo appare invece un punto debole del pensiero mezgeriano a F. HOFMANN, *Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestands im Strafrecht*, Breslau, 1930, 9-13, che sottolinea per contro (14) il ben diverso e più ristretto margine di apprezzamento caratteristico di concetti descrittivi.

[60] Cfr. W. CLASS, *op. cit.*, 166.

[61] Si pensi, sul piano della disciplina normativa, al cenno nei confronti della materia dell'errore.

tale distinzione, cercheremo di mettere in ordine gli argomenti a sua difesa[62].

3. Il «minore» F. Eichmann: spunti sulle diverse proprietà di «normativo culturale» e «normativo giuridico»

In un *excursus* sulla storia dogmatica degli elementi normativi, merita di essere riscoperto un autore che, pur senza essere noto quale un gigante del pensiero penalistico, come invece indiscutibilmente sono altri studiosi dei *normative Merkmale*, ha contribuito allo sviluppo dell'argomento con notazioni istruttive e per certi versi anticipatorie.

Questo sottovalutato autore "periferico" è Fritz Eichmann[63], che nel suo *Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen*, prima di concentrarsi sul tema più specifico del dolo e in particolare sulla «conoscenza parallela nella sfera laica degli elementi normativi»[64], svolge una sintetica e acuta lettura dei profili "oggettivi" di tale categoria di

---

[62] V. *infra*, cap. III.

[63] Nella letteratura italiana, le ricerche di Eichmann sono riconsiderate in particolare da E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, 164, nt. 109 che, nel trattare della distinzione roxiniana tra *Einzelbewertung* e *Gesamtbewertung* (v. C. ROXIN, *op. cit.*, 132-149), riconosce che questa «non è invero nuova nella dottrina tedesca», potendosi trovare «uno dei primi accenni ad essa» proprio in Eichmann, quando afferma che «l'antigiuridicità è un giudizio di disvalore interessante l'intero fatto nella sua globalità», mentre «i singoli elementi del fatto, compresi quelli normativi, di per se stessi considerati sono in rapporto all'antigiuridicità del tutto neutri». Cfr. F. EICHMANN, *op. cit.*, 5: «Die Rechtswidrigkeit ist ein Unwerturteil, das über den ganzen Tatbestand in seiner Gesamtheit gefällt wird. Einzelne Tatbestandselemente für sich allein, auch normative, verhalten sich gegenüber der Rechtswidrigkeit völlig neutral». In arg., R. BUSCH, *Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum*, in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953*, cit., 169-174; J. BAUMANN, *Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums*, in G. STRATENWERTH e altri (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, 1974, 542 (con forti dubbi sulla praticabilità della distinzione); W.G. TISCHLER, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems*, Berlin, 1984, 195-199.

[64] Sulla *Parallelwertung in der Laiensphäre* v. *infra*, III.9.

elementi per come emersi nel dibattito precedente (i civilisti, i teorici del diritto, Mayer, Mezger) e secondo la propria personale angolazione.

Limitandoci a quest'ultima, colpiscono i passaggi dove si argomentano le *diverse caratteristiche* di elementi normativi di stampo culturale ed elementi normativi di derivazione giuridica.

I primi, si osserva, rimandano a una valutazione che richiede capacità di ponderazione, apprezzamento, bilanciamento (*Abwägen*, *Würdigen*, *Ausgleichen*). Per quanto funzionale agli obiettivi della vita pratica, tale forma di valutazione suscita intensa preoccupazione nell'autore: concetti come l'«osceno» sono «nei loro confini in qualche modo indeterminati e sfocati, ed è una tragedia che proprio i concetti più delicati e complessi siano soggetti nel massimo grado a questo fenomeno» (*id est*, al fenomeno delle «lacune dell'umana comprensione»)[65].

Di speciale interesse sono peraltro le considerazioni svolte da Eichmann intorno agli elementi normativi *di taglio giuridico*: concetti come «documento», «pubblico ufficiale», «altruità della cosa» appaiono all'a. quanto di più distante da un giudizio in termini di dover essere. La «grande maggioranza» dei *Rechtsbegriffe* è al contrario prototipo di «reiner Seinsurteil», costituendo essi «proposizioni grammaticali» e non «proposizioni giuridiche».

Se le proposizioni giuridiche sono date da una molteplicità di proposizioni grammaticali, sarà sempre necessario un lavoro di ricostruzione giuridica («juristische Arbeit») per arrivare alla proposizione giuridica completa («vollständiger Rechtssatz»), attraverso la quale riceve espressione la pretesa normativa.

Del resto, spiega Eichmann, il ricorso a concetti come proprietà, possesso, tutela, pubblico ufficiale, documento trova anche ragione nella «aspirazione alla brevità stilistica» («Streben nach stilistischer Kürze») quale contrassegno di un corretto metodo legislativo (esigenze di brevità, si osserva, che fondano la stessa "anticipazione" della parte generale rispetto alla parte speciale). Dunque, si ribadisce, i concetti in esame «non sono essi stessi proposizioni giuridiche, ma parti e necessa-

[65] F. EICHMANN, *op. cit.*, 10-11: «[…] Begriffe, die an ihrer Grenze irgendwie unbestimmt und verschwommen sind, und es ist eine Tragik, daß gerade die feinsten und tiefsten Begriffe dieser Erscheinung am stärksten unterliegen».

rie integrazioni di queste» («sind nicht selbst Rechtssätze, sondern nur Teile und notwendige Ergänzungen von solchen»)[66].

Ora, probabilmente in questi rilievi si annidano alcune scollature: quella di considerare «tragico» il ricorso a *kulturelle Wertungen*, sottostimando una loro funzione più positiva quali «organi respiratori» della fattispecie penale, capaci di favorire una riduzione della naturale tensione che si ha tra realtà giuridica e realtà sociale[67]; si smentisce così la premessa circa il significato «pratico» (e perciò non ontologico, o irrazionale) della valutazione implicata da eterointegrazioni.

Così come contraddittorio appare il (provvisorio) ripensamento dell'a. circa la qualificazione di altruità, documento, ecc. quali «veri» elementi normativi[68] (salvo poi immediatamente riaffermare l'esigenza di una categorizzazione «unitaria» dei *normative Elemente* agli scopi del dolo e della conoscenza parallela nella sfera del profano)[69].

E peraltro, esattamente il motivo che porta seppur solo in via di momentanea ipotesi Eichmann a revocare in dubbio l'inserimento di pubblico ufficiale e altruità fra gli elementi normativi – e cioè la loro *tenue se non assente valutatività* – rappresenta anche l'aspetto di maggiore modernità della sua analisi: nell'indicazione, fornita attraverso la dicotomia proposizione grammaticale/proposizione giuridica, dello *specifico ruolo* che i concetti normativi giuridici assolvono all'interno della fattispecie (in chiave di «normazione sintetica» e di «puntuale integrazione» del diritto penale col diritto extrapenale), si possono leggere *in nuce* i semi di un discorso collettaneo che porterà un Engisch a sancire in via definitiva la tassatività e la complessiva conformità alla legalità tendenzialmente da riconoscere in questa decisiva classe di elementi.

---

[66] F. EICHMANN, *op. cit.*, 9-10.

[67] Per tutti, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 183. Il punto sarà ripreso *infra*, III.8.

[68] Perplessità sugli esempi addotti da Eichmann e sul raggio di estensione della categoria sono espresse da R. BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden. Typenlehre und System der aussergeschäftlichen Obligationen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht*, Berlin, 1933, 407, nt. 19.

[69] F. EICHMANN, *op. cit.*, 10.

SEZIONE II: TESI «RIDUZIONISTE»

1. La distinzione tra elementi normativi ed elementi descrittivi come «impresa impossibile» in E. Wolf (e alcuni passaggi dell'autore meno valorizzati)

Nella *vulgata* penalistica, Erik Wolf è il primo e più incallito alfiere della tesi secondo cui «tutti gli elementi della fattispecie penale sono normativi».

Storicamente, l'attribuzione è corretta: prima di lui, nei tre lustri trascorsi dalla scoperta mayeriana, nessuno aveva discusso dalle fondamenta il senso della contrapposizione elementi normativi/elementi descrittivi, sino a ritenere di "azzerare" la categoria del descrittivo[70].

Che Wolf non sia studioso pronto a *rimettere in gioco* l'idea di fondo del «tutto normativo», non sarebbe invece correttamente osservabile.

Da un lato, infatti, egli pone in luce differenti *gradi di intensità* nella normativizzazione degli elementi che compongono il *Tatbestand*: e se ciò è solitamente visto come un'intima contraddizione del suo pensiero, è però significativo di un'inclinazione a riaffermare l'esistenza di «alternative» modalità tecniche di articolazione della fattispecie a disposizione del legislatore; dall'altro, seppur in una peculiare accezione, Wolf giunge persino a dire di una *progressiva «descrittivizzazione»* degli elementi normativi, e ciò per giunta con specifico riferimento alla classe di elementi inquadrati come "maggiormente normativi"!

Ma procediamo con ordine.

Quale *incipit* della parte de *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit* riguardante gli elementi normativi, a Luden, «inauguratore» della tripartizione, e ai «sistematizzatori» von Liszt e Beling, Wolf muove l'accusa di avere sostenuto un'irrealistica, «assoluta» separazione di stampo naturalistico tra la fattispecie empiricamente intesa e l'antigiuridicità quale dimensione valutativa.

[70] Andando a ritroso, la posizione di Wolf può considerarsi «totalmente opposta» a quella di Beling: A. CANCINO, *op. cit.*, 25.

Così come Mezger, Wolf è un convinto "bipartito": «in ogni formulazione della fattispecie, per il fatto stesso di contenere una tipizzazione, non è già anticipato un momento di valutazione?»[71]. La *Dreigliederungslehre* e con essa la distinzione tra *Tatbestandsmöglichkeit* e *Rechtswidrigkeit* «può vantare un significato euristico, ma non teoretico». Anche per Wolf, la fattispecie è dunque «illecito tipizzato».

In (travisante) dissenso rispetto a Mezger, Wolf puntualizza tuttavia a questo punto come gli elementi normativi non possano reputarsi fenomeno eccezionale nella fattispecie tipica, ma assolutamente regolare («die "normativen" Tatbestandselemente eine regelmäßige, keine Ausnahmeerscheinung in den Tatbeständen sind»); incontreremo fra breve un'altra obiezione di Wolf a Mezger.

Ancor più netta, peraltro, la presa di distanza dell'autore dei *Typen* da Mayer, al quale addebita di aver considerato gli elementi normativi quali «curiosità» *extra ordinem*, «assurdità, degenerazioni del sistema» oltre a rimproverargli, intuibilmente, l'accoglimento di base della tripartizione belinghiana; e, se questo non bastasse, le incertezze dovute all'aver collocato i *normative Merkmale* con un «piede» nella tipicità e con l'altro nell'antigiuridicità.

Sulla scorta di queste premesse, Wolf può avvicinarsi all'enunciazione della tesi circa la *generale normatività* degli elementi della fattispecie. «Uccidere», «ferire», «coito», «cosa» non vengono solitamente inquadrati fra i giudizi di valore ma fra i dati di esperienza. E ciononostante, rileva Wolf, questa esperienza trae origine dal regno della cultura riferita a valori: il «senso» di ciò che «si» intenda con il concetto di «cosa» non è univocamente a portata di mano; si rende piuttosto necessaria una scelta, ovvero «anche qui si rinvia a un bilanciamento e a una valutazione da parte del giudice, per dirla senza giri di parole a un'attività normativa» («ist auch hier der Richter auf Abwägung und Bewertung, kurzhin auf normative Tätigkeit verwiesen»).

Le supposte *Erfahrungstatsachen*, in altri termini, non sono qualcosa di «dato»: sono invece sempre *juristische Tatsachen*, considerato che «l'"esperienza" può essere ambigua o contraddittoria, e il senso "obiet-

[71] «Ist nicht in jeder Tatbestandsbeschreibung, weil sie eine Typisierung enthält, schon ein Stück Tatbestandswertung vorweggenommen?».

tivo" di un avvenimento esteriore per esempio può essere inteso diversamente in differenti gruppi sociali».

Anche a prescindere dalla decisione «normativa» che si ha nel contesto applicativo, è del resto già in sede di tipicizzazione che si attua una prima e decisiva «conversione giuridico-metodologica» («juristisch-methodologische Umformung»): è in base al combinato rilievo del *télos* della legge e dell'applicazione giuridica e non in forza di studi di zoologia che si stabilisce se l'incrocio fra un cane e un lupo sia soggetto alla tassazione prevista per i cani.

In definitiva, caratteristica indefettibile degli elementi della fattispecie è l'«abbeverarsi a valori» (Wertgetränktheit) e perciò «tutti gli elementi della fattispecie sono normativi, tutte le fattispecie sono concettualmente di indole normativa» («alle Tatbestandselemente sind normative, alle Tatbestände sind begrifflich normativer Art»): la distinzione tra elementi normativi ed elementi fattuali, o «non normativi», è insomma «un'impresa impossibile» («ein unmögliches Unternehmen»)[72].

Si accennava a ulteriori passaggi di Wolf ove si ripristina il concetto di *scale di normatività* nella costruzione della fattispecie.

Citando criticamente Mezger (ancora, almeno in parte, fraintendendolo), Wolf non ritiene tuttavia di poter in linea di principio evidenziare una maggiore valutatività degli elementi «culturali» in rapporto agli elementi «giuridici»; anzi, è a ben vedere «indifferente» che l'organo giudicante debba riferirsi a parametri in origine etici, o scientifici, o estetici, o economici o giuridici. Decisivo è invece se egli possa giovarsi di valori già plasmati dal diritto o se disponga soltanto di generiche *Wertformeln* che chiamano in causa la sua determinazione soggettiva.

Sotto la lente del giudice cadranno allora elementi «pregni di valore» (*wertgefüllte*) ed elementi «aperti al o bisognosi di riempimento

[72] Senza riferirsi espressamente a Wolf, vicino all'ottica del «tutto normativo» appare, nella dottrina italiana, in un passaggio comunque più cauto (e quasi incidentale), S. PROSDOCIMI, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 21: «persino gli elementi c.d. naturalistici vengono, di regola, in misura maggiore o minore, adattati alle peculiari esigenze dell'ordinamento […] (o, addirittura, di un particolare ramo dell'ordinamento), entro quello 'spazio di manovra' che il dato ontologico, pregiuridico in genere concede»; di qui, l'opportunità che la distinzione tra descrittivo e normativo sia «rimeditata».

valoriale» (*wertausfüllbare oder wertausfüllungsbedürftige*). Spartiacque tra le due tipologie di concetti sarà l'indicazione legislativa di «un parametro valoriale sicuro» (*ein fester Wertmaßstab*), in carenza del quale si avrà un soggettivismo più o meno scoperto.

In ogni modo, proprio rispetto ai concetti più marcatamente soggettivi – esemplificati con «volontario», «eccessivo», «grave», «disonesto»[73] – si produce nel tempo, nota Wolf seguendo Grünhut e qui Mezger, una «solidificazione», una stabilizzazione del giudizio attraverso indici esteriori che guidano l'esame interiore: una sorta di «descrittivizzazione»[74]…

Non è difficile osservare come il ragionamento di Wolf presenti marcati tratti di originalità[75], in un dibattito sugli elementi normativi che d'altronde, a una quindicina d'anni dalla loro comparsa sulla scena penalistica, ha già registrato tappe di approfondimento destinate a influenzare profondamente quasi l'intera discussione dei decenni successivi: arrivando a Wolf, molte "carte" (non tutte, ovviamente) sono già state date.

Pensiero innovativo perciò quello di Wolf, e che ha suscitato *dissensi superiori ai consensi*.

---

[73] Ancora più lati, e probabilmente questi non "recuperabili" attraverso la strada ermeneutica, sembrano peraltro all'a. i richiami generalissimi alle categorie della «morale», dell'«economia», della «bellezza» o della «verità».

[74] Su tutto quel che precede, E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, in *Festschrift für Max Pappenheim zum 50. Jahrestag seiner Doktorpromotion*, Breslau, 1931, 379-439, spec. 432-437. Per alcuni risultati in questo senso v. già ID., *Strafrechtliche Schuldlehre*, I, *Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre*, Mannheim, 1928, 79 (*ivi* solo un cenno a una «Umformung durch die teleologische Methode der Rechtswissenschaft» in grado di far perdere a concetti quali «volontà», «malattia» e «cane» il loro rispettivo carattere psicologico, medico e zoologico di partenza); ID., *Der Sachbegriff im Strafrecht. Beiträge zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts*, in O. SCHREIBER (a cura di), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, V, *Strafrecht und Strafprozeß*, Berlin, 1929, 54-56.

[75] Nonché un «significato permanente», nella prospettiva che «ogni elemento di fattispecie possa "normativizzarsi" quanto più se ne individui il significato in base allo scopo di tutela della norma (penale)»: così L. RISICATO, *op. cit.*, 218.

L'idea di un'"onninormatività" degli elementi della fattispecie è apparsa infatti ai più non accoglibile nell'*an* o almeno nel *quomodo* della sua declinazione, apparendo sotto questo secondo profilo incoerente il riconoscimento di un distinto quoziente di valutatività in elementi che in premessa sono tutti e ciascuno di impronta normativa.

Quanto all'*an*, l'assunto del "tutto normativo", in specie, è stato rintuzzato con argomenti di carattere strutturale e logico.

Così, si è scritto che, anche ad ammettere che tutti gli elementi siano normativi, nel senso di sottoposti a configurazione teleologica,

> occorrerà ben riconoscere che ve ne sono alcuni normativi in doppio grado: e, precisamente, quelli che, oltre ad essere oggetto di una costruzione teleologica, sono desunti da una norma o sistema di norme diversi dalla norma penale incriminatrice[76].

[76] M. GALLO, *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 760; nello stesso senso G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 169-170, assegnando «notevoli scopi conoscitivi» alla categoria dogmatica dell'elemento normativo, e G.L. GATTA, *op. cit.*, 66; induttivamente, è sull'esistenza di concetti come l'infedeltà «rilevabili e comprensibili solo in relazione al mondo delle norme», a fronte di concetti relativi a «dati e situazioni che si possono percepire e constatare», e privi dunque di qualsiasi «volume normativo», che si fonda il rigetto dell'"onninormatività" in G. ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, 1-8, 44-53 (45 con esplicito richiamo a Wolf); di recente, G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, III ed., Torino, 2013, 160. Anche Engisch come sappiamo aveva riconosciuto, al di là della tendenziale normatività teleologica del *Tatbestand*, l'esistenza di elementi «normativi in senso proprio o stretto», cioè «rinvianti esplicitamente o implicitamente a norme e valori»: K. ENGISCH, *op. cit.*, 140; similmente H. VON WEBER, *Vom Subsumtionsirrtum*, in *Goltdammer's Arch.*, 1953, 162-163; spunti critici già in M. GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, cit., 22. Cfr. F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni* (1960), in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. II. *Parte speciale e legislazione complementare. Diritto penale dell'economia*, tomo I. *Parte speciale e legislazione complementare*, Milano, 1997, 1896-1897: «riconosciuta la trasformazione implicita nel passaggio dal piano ontologico al piano deontologico, è innegabile che questa può svolgersi con gradazioni diverse a seconda dei vari dati, potendo talora l'elemento continuare ad essere nel *Tatbestand* caratterizzato con gli stessi termini di tipo descrittivo con cui esso viene contraddistinto nella realtà naturalistica»; se invece l'elemento risulta «accompagnato da

Specularmente, i concetti che si incontrano in una figura di reato, in ragione del contesto cui ineriscono, hanno sì «un significato necessariamente determinato dalla loro funzione normativa» ma «a questa può (non già "deve") conseguire una trasformazione di significato rispetto agli omologhi termini del linguaggio comune»[77].

---

particolari qualifiche» (si fa l'esempio dell'oggetto legato da vincolo assicurativo ai sensi dell'art. 642 c.p.) o non riesce, «filtrando nelle maglie del *Tatbestand* e per le più varie ragioni, a cristallizzarsi in termini descrittivi», esso andrà reputato «*doppiamente normativo*, a voler rispettare il processo di normativizzazione originario». Sulla sicura esistenza di elementi descrittivi, in quanto improduttivi di «modifiche di significato», U.K. KINDHÄUSER, *Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale*, in *Jura*, 1984, 477. V. altresì M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980, 198, per il quale una tesi *à la* Wolf «nulla dice di nuovo, se non che l'individuazione del dato penalmente rilevante deve avvenire in stretta connessione col valore espresso dall'interesse protetto». Lapidariamente K.A. HALL, *Die normativen Tatbestandselemente der Aussetzung*, in *SchwZStr*, 1932, 329: «con la conclusione che tutti gli elementi della fattispecie sono normativi si è guadagnata soltanto una nuova etichetta». Cfr. pure A. ZORN, *op. cit.*, 215-217: la tesi secondo cui nel contesto della fattispecie non si darebbe un'autentica obiettività (con il corollario di una sua generale valutatività/normatività) «non centra il cuore del problema»: anche elementi fortemente aperti a valutazioni soggiacciono a regole, che garantiscono un risultato ermeneutico comunque non arbitrario (l'esistenza di queste regole, come s'è visto, non è peraltro negata dallo stesso Wolf). Per la stessa Y. FAKHOURI GÓMEZ, *op. cit.*, 66 «la generalizzazione di Wolf non contribuisce a riconoscere il problema reale», ma a causa della diversa ragione che l'autore tedesco «definisce la categoria del normativo in uno stadio precedente a quello in cui i difensori di tale distinzione [quella tra normativo e descrittivo] cominciano a stabilire le differenze – in funzione del *telos* della norma o dell'interpretazione che deve effettuare il giudice –». In termini più ampi, rileva un'ostentazione di «superiorità morale» in chi dice di voler risolvere un problema «normativamente», e non «solo descrittivamente», E. HILGENDORF, *Was heißt «normativ»? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel*, in *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Baden-Baden, 2011, 61. Secondo K. PAPATHANASIOU, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Eine Verortung der subjektiven Zurechnung innerhalb der verfassungsrechtlichen Koordinaten des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Schuldprinzips*, Berlin, 2014, 47, la tesi di Wolf «è in se stessa coerente, ma non aiuta a concretizzare l'oggetto del dolo e le questioni in tema di errore».

[77] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 220. V. inoltre L. RISICATO, *op. cit.*, 28-29, che distingue tra «carattere» normativo dell'elemento di fattispecie, immediatamente conseguente alla sussunzione in una disposizione di legge, e sua «struttura» o «natura» o «determinatezza», quest'ultima in particolare «strettamente

Peraltro, ulteriori profili meritano di essere messi in campo per saggiare più consapevolmente la tesi del tutto normativo: pare quindi conveniente rimandare la sistematica di tali canoni a una fase più avanzata del lavoro[78], quando avremo considerato altre espressioni del "tutti gli elementi sono normativi" e detto pure della simmetrica opzione circa il "tutto descrittivo".

Quanto al *quomodo*, si è rimproverata a Wolf un'*oscillazione* nell'uso del termine «normativo», per l'essere questo adoperato in *tre distinte accezioni*: a) tutti gli elementi sarebbero normativi, perché soggetti a trasformazione giuridico-metodologica; b) alcuni elementi sarebbero normativi in senso stretto, perché impiegati quali indici delimitanti la sfera valutativa della norma; c) altri ancora sarebbero normativi perché bisognosi di riempimento contenutistico da parte del giudice.

Rimarrebbe allora non chiarito quale di questi concetti sia propriamente espressivo dell'"autentico" elemento normativo in Wolf: «anche se si prescindesse dal primo, in quanto chiaramente connesso al tema dei rapporti generali fra norma e fatto, rimarrebbe sempre l'incertezza circa l'adozione di uno degli altri due significati»[79].

Ora, la fluttuazione oggetto della critica è innegabile.

Ciò da un lato conferma la delicatezza del tema, e la forte opportunità di definizioni stipulative atte a ridurre i rischi provocati dalle anfibologie semantiche.

---

collegata alla complessità ed alla "discrezionalità" dei processi ricognitivi e integrativi che l'interprete dovrà affrontare per identificare la portata del singolo elemento di fattispecie di volta in volta in questione». Per H. KRÜGER, *Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht*, I, in *ZStW*, 1935, 602-603, l'idea di una trasformazione normativa degli elementi accolti nel *Tatbestand* vale solo come «inizio» del discorso ermeneutico.

[78] *Infra*, cap. III.

[79] G. RUGGIERO, *op. cit.*, 54. In effetti, come puntualizza lo stesso Ruggiero (51 e *ivi* nt. 8), è probabilmente lo stesso concetto di *juristisch-methodologische Umformung* a presentarsi in termini bifasici nel pensiero di Wolf: in un primo, più sostanziale, momento, i dati della realtà si modificherebbero in conseguenza del contatto con i valori e gli scopi caratteristici del diritto penale; in un secondo tempo, più formale e specifico, interverrebbe la sistemazione concettuale attuata dalla scienza giuridica. V. anche L. RISICATO, *op. cit.*, 205-206.

Dall'altro, però, è estremamente interessante che proprio il pioniere del "tutto normativo" non rinunci a porre diverse soglie di normatività e ad abbracciare l'idea di *più* categorie di elementi tipici; categorie pur flessibili e in qualche misura "comunicanti", secondo la logica di una *Deskriptivierung* in via giurisprudenziale degli stessi elementi normativi "vuoti in relazione ai valori"[80].

Anche tale indiretto riscontro circa una pluridimensionalità della fattispecie proveniente proprio da chi ne vorrebbe una generale normatività dovrà essere ripreso al momento di sistematizzare gli argomenti che parlano a favore di un persistente significato della distinzione concetti descrittivi/concetti normativi.

Oltretutto, si noti che – preterintenzionalmente? – Wolf ha fornito illuminanti anticipazioni intorno a quelli che col tempo diverranno contrassegni stabili degli «elementi normativi in senso proprio» (la terminologia, per tutto quanto detto, non può essere wolfiana), indicando per un verso l'attitudine di tale genere di elementi a fungere da *criterio restrittivo-selettivo* della tipicità: «non ogni violazione del sentimento religioso può essere tipica, i confini li pone il concetto valutativo "Dio" quale principio di scelta della meritevolezza di pena» (l'elemento normativo quale *Auswahlprinzip der Strafwürdigkeit*).

Per altro verso, segnalando quale funzione precipua di elementi normativi di contenuto giuridico quella di «evitare sconfinamenti da un campo all'altro della normazione giuridica» («Übergriffe des einen auf das andere Feld der rechtlichen Normierung zu vermeiden»); ossia, di far sì che concetti quali commerciante, pubblico ufficiale, tutela, minore età siano «interpretati esattamente nel senso di quelle branche giuridiche dalle quali provengono» [anche se non sempre, si sottolinea, questo sarà possibile e auspicabile[81], tornando allora in primo piano il pre-

[80] Le *mobili frontiere*, ma prima di tutto le *necessarie partizioni* fra plurimi fattori di tipicità, sono sintetizzate nel ricchissimo "schemino", fatto di sottodistinzioni ed esemplificazioni e dedicato alla «Costruzione del giudizio di valore penalistico» (lo si trova a chiosa de *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*).

[81] Si fa l'esempio della «cosa» nel § 242 *StGB*, il cui riempimento di valore è… «cosa problematica» («eine problematische Sache»). Si noti come quello di cosa sia oggi considerato prototipo di elemento descrittivo.

supposto di una *Umformung* o almeno di una sfumaturizzazione (*Nuancierung*) mediante «l'aula del tribunale o lo scrittoio del ricercatore»][82].

Nel discorso di Wolf *convivono* pertanto monito a un'interpretazione riduzionistico-selettiva e ammissione di momenti più squisitamente valoriali-soggettivistici.

Prova in ogni caso probabilmente troppo, pur nel comprensibile afflato legalitario, la preoccupazione, riferita al discorso wolfiano, circa «un'integrazione potenzialmente amplissima tra norma e "valore"», e connessi rischi di «strumentalizzazioni ideologiche della fattispecie penale poco consone ad uno Stato di diritto»[83].

Il concetto di valore cui si rifà Wolf non appare infatti inclinato o inclinabile in senso autoritario o emozionale ma, più "asetticamente", pare coincidere con «l'idea generalizzata di modi di essere della realtà ritenuti idonei dall'ordinamento giuridico, *rectius* dal legislatore, a garantire una certa misura di ordine sociale»[84].

Inoltre, Wolf, come già Mezger, non manca di tematizzare gli elementi della fattispecie affiancando al punto di vista del legislatore la prospettiva dell'applicazione giudiziale e tuttavia non artificiosamente denotando come "contenibili" gli spazi di manovra di quest'ultima[85].

Infine, forse un primo antidoto nei confronti di torsioni dittatoriali della propria costruzione teorica è perfino dato dalla drammatica consapevolezza esperienziale dell'*incende quod adorasti, adora quod*

---

[82] E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, cit., 435-436.

[83] Così invece L. RISICATO, *op. cit.*, 30, che giudica per tali risvolti «insidiosa» l'argomentazione di Wolf. Per l'invito a far salvo nel pensiero di Wolf (con particolare riferimento al «tipo normativo d'autore») ciò che è «ancora aprioristico e non ha un'evidente matrice ideologica» G. FORNASARI, *Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 151, nt. 39.

[84] Per questa bella accezione di valore, implicitamente riferita anche a Wolf, e più in generale *pragmaticamente feconda* per il penalista, G. RUGGIERO, *op. cit.*, 51, nt. 9.

[85] Nell'attenzione all'ottica dell'intervento del giudice ravvisa un elemento di continuità fra Mezger e Wolf, H. SCHWEIKERT, *op. cit.*, 65. Parzialmente difforme W. CLASS, *op. cit.*, 167, per il quale Mezger accentua maggiormente il profilo giudiziale della normativizzazione, Wolf il dato legislativo; *de facto* un avvicinamento delle due posizioni si avrebbe considerando che la *Begriffsausdeutung* presuppone un'originaria *Begriffsbildung*.

incendisti che sta quasi a epigrafe di quel capolavoro metodologico che è *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft* («Il carattere problematico e necessario della scienza del diritto»)[86].

2. L'originale «tuttonormativismo» del civilista prestato al penale R. Bienenfeld

Schematicamente, vale la pena inquadrare il pensiero sempre "tuttonormativista" di Rudolf Bienenfeld per coglierne le differenze rispetto a quello di Wolf, "immediato predecessore" in più luoghi adesivamente citato.

Personalità eclettica, antesignano dello studio dei diritti umani, in un'opera civilistica di vasta mole sistematica – *Die Haftungen ohne Verschulden* – Bienenfeld dedica serrate considerazioni al tema che ci occupa, formulate con encomiabile dose di "attitudine penalistica".

Anche per Bienenfeld «tutti gli elementi della fattispecie sono di natura normativa», e anzi una componente descrittiva del *Tatbestand* non è nemmeno presa in considerazione.

Mentre però Wolf rigetta una differenziabilità fra gli elementi «tutti normativi» alla stregua del rispettivo carattere giuridico o genericamente culturale di partenza, per Bienenfeld tale divisione di base torna a ricoprire un preciso significato.

A riguardo, si introduce la dicotomia tra funzionalizzazione dell'elemento rispetto alla semplice «rilevanza» della fattispecie e sua pertinenza in riferimento alla «valutazione»: gli elementi culturali infatti, «oltre» (*überdies*) a fissare i confini tipici della norma in termini di *Relevanz*, ne condizionano la stessa *Bewertung*.

---

[86] E. WOLF, *Il carattere problematico e necessario della scienza del diritto* (1953), in J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, 37-71, spec. 40, nt. 1. L'apprezzamento che qui si esprime per quest'opera – certo non ignota al dibattito, ma forse non adeguatamente riconsiderata – va al di là del dissenso che indubbiamente si può avere rispetto alla prospettiva teocratica avanzata nelle ultime pagine (69-71): prospettiva che probabilmente ha nociuto alla fortuna di tale lavoro.

Più nel dettaglio: anche i concetti di altruità, pubblico ufficiale, documento non possono essere accertati senza riferimento a un valore ma «questo valore viene dedotto dallo scopo della proposizione giuridica, sta al di fuori della fattispecie e non fonda una [nuova] valutazione» («dieser Wert ergibt sich aus dem Rechtssatzzweck, liegt außerhalb des Tatbestandes und bewertet diesen nicht»): il filato teleologico («das teleologische Gespinst»: Lask) di cui è rivestito ciascun elemento della fattispecie si risolve qui esclusivamente nel *contribuire* a ricomporre lo scopo della disposizione giuridica di partenza.

Per contro, requisiti come «erroneo», «osceno», «malato» non sono «semplicemente riferiti a un valore» (*bloß wertbezogene*) ma «servono altresì a valutare positivamente o negativamente la fattispecie, ad attribuirle la qualità della liceità o dell'antigiuridicità obiettiva»[87].

Elementi solo riferibili a un valore ed elementi propriamente implicanti una valutazione presentano dunque (in comune il dato della «normatività» ma per il resto) uno *statuto strutturale e assiologico* radicalmente diverso, che si riverbera sul profilo dell'accertamento: per la determinazione dei secondi, il giudice dovrà attingere al «diritto non scritto» o agire *tout court* «creativamente» (*schöpferisch*) nella misura in cui «elemento tipico e sua valutazione sono uniti inseparabilmente».

Parallelamente alla diade rilevanza/valutazione, Bienenfeld lavora infatti sulla coppia concettuale diritto codificato/diritto non codificato. Se le regole valutative sono codificate – il che avviene per gli elementi giuridici – la «concordanza» (*Übereinstimmung*) o la «deviazione» (*Abweichung*) rispetto a esse è costitutiva in maniera immediata rispettivamente della liceità o dell'antigiuridicità. Quando invece, come accade per gli elementi culturali, il rimando è a regole valutative non codificate, non ci si potranno aspettare operazioni «tautologiche» di sorta, perché solo in sede giudiziale riuscirà a emergere il «campo applicativo» dell'elemento da qualificare; ciò attraverso l'interpello delle «norme del traffico giuridico» o dello stesso «spirito dell'ordinamento giu-

[87] «[…] dienen außerdem dazu, den Tatbestand positiv oder negativ zu bewerten, ihm die Qualität der Rechtmäßigkeit oder der objektiven Rechtswidrigkeit zu geben».

ridico» che consente di «elevare» norme valutative pregiuridiche a norme autenticamente giuridiche[88].

Per trarre allora i frutti più succulenti dell'argomentazione di Bienenfeld. A prescindere dall'impiego di alcune categorie piuttosto discutibili – quali lo spirito dell'ordinamento giuridico – e da alcuni accostamenti non persuasivi – come quello che l'autore pone fra elementi culturali e *Blankette* –[89], e al di là pure dello scarso successo che ha arriso nel dibattito successivo alla terminologia rilevanza-codificato/valutazione-non codificato, vi sono *tre aspetti di primario interesse* nel suo discorso.

Da un lato, l'aver espresso, non per primo, la tesi secondo cui «alle Tatbestandselemente normativer Natur sind» accompagnando però questa posizione con una *differenziazione metodologica "interna"* tra elementi giuridici ed elementi culturali e ampliando così il panorama discussivo rispetto alla divisione wolfiana tra elementi pregni di valore ed elementi bisognosi di riempimento (divisione che, come ricordato, nasceva da un espresso rifiuto della scansione "giuridico"-"culturale").

Dall'altro, nel merito, risalta la complessiva bontà dei passaggi con cui si spiega l'*alterità per certi aspetti profonda* riscontrabile tra mondo del diritto e mondo della cultura (in chiave di relazione tipicità/antigiuridicità e di forma dell'accertamento), così proseguendo su una china proficuamente intrapresa da Eichmann (autore, quest'ultimo, tuttavia non annoverabile fra i "tuttonormativisti").

Infine, vale per Bienenfeld una considerazione già svolta per Wolf, relativamente alla significatività che assume l'effettuazione di distinguo, quali che essi siano, tra tipologie di elementi da parte di autori i quali pur prendono le mosse dall'idea che tutti gli elementi siano ugualmente normativi: a non voluto conforto di un'*insopprimibile varietà* nella composizione del *Tatbestand*.

[88] Cfr. R. BIENENFELD, *op. cit.*, 405-407 (e 163 sulla diversa portata del momento valutativo in Beling e in Mayer).

[89] La differenziazione è infatti possibile e doverosa, pur nella maggiore "vicinanza" che elementi normativi di tipo culturale hanno rispetto ai *Blankettstrafgesetze*, più distanti invece da elementi normativi a contenuto giuridico.

3. Su G. Maggiore, che può citare Wolf fra gli autori orientati a separare normativo e descrittivo

Nella dottrina italiana, significativi passaggi sull'onninormatività della fattispecie si trovano in un saggio pubblicato da Giuseppe Maggiore nel 1949 e dedicato a *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*.

La premessa da cui parte Maggiore è che

> certamente fatti e fenomeni naturali, subumani, umani, fatti sociali, religiosi, etici ed estetici possono essere elevati a contenuto di norme giuridiche: ma perciò stesso essi si svestono della loro natura originaria e divengono giuridici.

Si verifica infatti una *translatio ad genus aliud*, un «processo di mimetizzazione» tale per cui «tutto ciò che cade nella fattispecie legale acquista valore di legalità». Distinguere all'interno della fattispecie tra «elementi naturalistici (o materiali) ed elementi normativi» sarebbe allora come «domandarsi quali siano le parti ferrate in un'armatura… tutta di ferro».

La distinzione mezgeriana tra elementi descrittivi ed elementi normativi e le plurime articolazioni nell'ambito di questi ultimi sembrano del resto a Maggiore una «vera selva selvaggia», una costruzione per un verso sostanzialmente inutile e per altri aspetti parzialmente inesatta se non radicalmente erronea.

Che la fattispecie penale possa contenere elementi di diritto extrapenale come stato civile, possesso, altruità, cosa smarrita appare invero all'autore «cosa notissima», *inidonea* come tale a legittimare apposite sistemazioni dogmatiche; dovendosi tuttavia – si aggiunge – «vedere se e sino a qual punto siffatti elementi vengano trasformati o colorati dalla forzata coabitazione colla norma, o dalla incorporazione alla fattispecie penale».

Per l'appunto *inesatto* e anzi *errato* sarebbe d'altro canto qualificare come elementi normativi (di tipo «culturale») concetti quali onore, pudore, bellezza naturale, motivo di particolare valore morale o sociale, capacità d'intendere e di volere, stati emotivi e passionali: essendo tale disparata schiera di concetti accomunata dall'affidamento all'esperien-

za del giudice o del perito, ovvero a un «giudizio indocile ad una qualsiasi schematicità normativa»[90].

Orbene. La figura di Maggiore è senz'altro poliforma. Uomo di regime[91], presidente dell'Istituto nazionale di cultura fascista, aderente al Manifesto della razza; giurista dai molteplici campi d'interesse: prima docente di filosofia del diritto, formatosi alla scuola di Giovanni Gentile, poi penalista di vaglia; nei suoi studi ama modernamente la metafora, l'immagine iperbolica e, dichiaratamente, in giusta proporzione, l'«eresia»; anche romanziere.

Nel considerare il peso delle sue affermazioni in tema di struttura della fattispecie normativa, non ci si faccia però condizionare dal vissuto dell'autore e le si consideri su un piano *il più tecnico e neutro* possibile (operazione che pare metodologicamente corretta per l'essere il saggio in esame scevro dagli ingombranti vincoli ideologici di anni pur non certo lontani).

Su questa linea, quella di Maggiore appare l'espressione *più pura e convinta* dell'idea tuttonormativista.

Certo, si tratta di annotazioni tutto sommato incidentali in rapporto al complessivo discorso dell'a., che affronta i più intricati nodi della dogmatica assumendo una *visione imperativista* del diritto.

In ogni caso, la sua argomentazione è persino più "decisa" di quella di un Wolf: il quale per converso, come sappiamo, partendo dal concetto di trasformazione giuridico-metodologica, finiva per ammettere distinzioni tra diversi gradi di normatività del *Tatbestand* accennando sorprendentemente a una sua possibile descrittivizzazione giudiziale; al punto che Maggiore affianca proprio Wolf a Mezger quali autori propensi a differenziare (vari tipi di) elementi normativi *ed* elementi descrittivi.

Trasparente e incontrovertibile è la *preoccupazione di fondo* che muove Maggiore: quella di evidenziare come ogni elemento della fattispecie penale, del «reato-istituto», sia soggetto all'egida del *nullum*

[90] Cfr. G. MAGGIORE, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1949, I, 3-29, spec. 22 e 24-25.

[91] E propugnatore di un codice penale dichiaratamente fondato su spirito della rivoluzione fascista, volontà del duce e analogia: sul punto G. FORNASARI, *Diritto penale liberale e derive autoritarie*, cit., 144.

crimen, nulla poena sine lege: «non c'è fatto o concetto (spazio, tempo, corpo, estensione, forza, causa, ecc.) che, pensato sotto il profilo della rilevanza giuridica, non si legalizzi»[92].

Nel pensiero dello studioso palermitano, a differenza ancora di Wolf – ma anche di Mayer – il «normativo» presuppone sì il valutativo («chi manifesta [nella norma] la sua volontà *ha valutato* in anticipo»); ma questa valutazione «non esiste più in atto»[93].

In sintesi, si intende dunque da parte dell'autore sottolineare l'*impronta legalitaria* propria della costruzione «normativa» della fattispecie; revocando in dubbio l'equazione normativo=valutativo=soggettivamente e discrezionalmente libero.

Così argomentando, *si obliano tuttavia* la caratteristica funzione (*rectius*: le plurime funzioni), le peculiarità in tema di dolo e di errore, altre ragioni gnoseologiche che parlano a sostegno del riconoscimento di una *autonoma* e *specifica* classe di elementi in senso stretto normativi; insieme di motivazioni che in una fase ormai piuttosto vicina di questo lavoro provvederemo finalmente ad assemblare e sviluppare[94].

Relativamente poi all'attribuzione di elementi quali onore, prestigio, osceno all'esclusiva sfera della «sensibilità personale» e della «intimità di conoscenza» del giudice (o del perito), sembra che il diniego del riferimento a «norme» certo – genericamente – culturali ma non per questo necessariamente emozionali (e anzi, è da ritenere, in via di principio dotate di sufficiente radicamento alla luce dell'esperienza del momento storico) stemperi per alcuni versi l'anima legalitaria che pervade lo scritto di Maggiore.

In conclusione, ancora un punto preme rilevare: *persino un autore come Maggiore*, saldo *signifer* del «tutto normativo», lascia aperta una fessura che – come già in Wolf, o in Bienenfeld – costituisce *implicito riconoscimento* intorno alla possibilità di differenziazioni nell'articolazione della fattispecie; e precisamente nelle righe, pur non portate a conseguenze ulteriori, ove si accenna a una diversa «colorazione» assunta da elementi tradizionalmente definiti «normativi di stampo giuri-

[92] G. MAGGIORE, *op. cit.*, 21 e 24.

[93] Ancora G. MAGGIORE, *op. cit.*, 12.

[94] *Infra*, cap. III, diviso in dieci paragrafi corrispondenti a queste caratteristiche di autonomia.

dico» quando posti a contatto con le fattispecie penali nelle quali vengono a essere «incorporati».

4. La «fattispecie integrale» di B. Petrocelli come sede dogmatica inadatta a ospitare concetti descrittivi

Nuove indicazioni nel segno del «tutti i requisiti della fattispecie sono normativi», e addentellati per una critica, si trovano nel *Riesame degli elementi del reato* pubblicato nel 1963 da Biagio Petrocelli.

Il perno della costruzione petrocelliana è dato dal «concetto integrale di fattispecie, comprendente la somma, o, più esattamente, la sintesi di tutti i coefficienti necessari a costituire il reato» ovvero «necessari al prodursi della conseguenza giuridica».

Si tratta infatti secondo lo studioso napoletano di valorizzare un concetto, «né vecchio né nuovo», che l'influenza della tripartizione belinghiana aveva finito per «mettere in disparte».

L'operazione suggerita – che, teme l'autore, potrebbe suonare quale «riesumazione» incomprensibile rispetto alle logiche analitiche proprie della teorica tripartita (ma che, si aggiunga, potrebbe eventualmente stridere anche in rapporto a dottrine bipartite) – è peraltro animata esplicitamente da una *duplice motivazione garantistica*: da un lato, ampliare lo spettro di vigenza del *nullum crimen nulla poena sine lege* a «tutti i limiti che separano il reato dal non reato»; dall'altro, riferire agli identici «limiti» la «materia del divieto» e dunque, nella prospettiva dell'a., il «contenuto imperativo» della norma penale[95].

Non si nega ovviamente il significato del procedimento gradualistico di analisi quale «naturale esigenza del conoscere» legata all'impossibilità di «apprendere tutto d'un tratto, come effetto di una balenante intuizione unitaria»[96]. E, comunque, così come ogni partizione analiti-

[95] Sull'imperativista Petrocelli, «gran signore meridionale svevo», v. il ricordo di M. GALLO, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016, XII-XIII.

[96] In questo senso, Petrocelli concorda con la considerazione della tripartizione quale strumento conoscitivo «difficilmente sostituibile» (G. VASSALLI, *Il contributo di Filippo Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, in *Studi in memoria di*

ca, anche la propria concezione della «fattispecie integrale» assumerà esclusivo valore strumentale: «ausilio, non fonte della interpretazione»[97].

Ecco allora che, all'interno della nozione *de qua*, «non v'è nessun elemento che si sottragga al carattere di normatività che è della fattispecie nel suo insieme».

Sembra a Petrocelli «illusoria» una considerazione di elementi cui la qualifica di «normativo» spetti in modo particolare, o detto altrimenti una visione degli elementi della fattispecie come *eterogenei* l'uno rispetto all'altro; meglio: essi «sono nel contenuto indubbiamente differenti tra loro […] ma non lo sono affatto nella loro essenza generale e dal punto di vista della loro posizione nella fattispecie, che è uguale per tutti».

Anche il fatto in senso stretto, si ha cura di precisare, non si sottrae, al di là di talune apparenze, al *generale processo di normativizzazione*: vero che «il legislatore lavora sull'esperienza, e si trova di fronte a dati della realtà che lo ispirano e lo influenzano» ma questi dati non costituiscono «vincolo assoluto» e non potranno perciò dare vita alla tipicizzazione di elementi «di mero fatto».

Talvolta poi il legislatore configura «tipi di comportamento di cui non v'è traccia nella realtà preesistente», e in relazione ai quali dunque «ancora più netta e […] più pura si manifesta l'essenza normativa».

Filippo Grispigni, Milano, 1956, 371); strumento che si rimarca anzi essere, ben prima di Beling e di Welzel, «formulazione spontanea della nostra dottrina»: di Carrara (sulla «mera suggestione» di un Carrara tripartito v. tuttavia A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand, cit., 94-97) e prima ancora di Carmignani, per risalire a Deciano e al diritto romano. Cfr. G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 535, per la sottolineatura di come Petrocelli non possa dunque essere accostato a quegli autori, *in primis* appartenenti alla «scuola di Kiel», i quali propugnano una considerazione unitaria del reato «non solo nel punto di partenza e nel risultato finale […] ma nel metodo stesso dell'esame».

[97] Quest'ultima precisazione di Petrocelli è di recente citata, a conforto di una natura «relativamente convenzionale» dei moduli concettuali della teoria penalistica, in D. PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, cit., 4280, nt. 12 (v. anche 4284 e *ivi* nt. 36).

Breviter: «Entità normativa la fattispecie nel suo insieme, entità normative i singoli elementi che la costituiscono»[98].

Ora, l'originalità del pensiero tuttonormativista di Petrocelli sta innanzitutto nella *cornice dogmatica complessiva* all'interno della quale si muove l'autore: la «normativizzazione» della fattispecie che egli afferma non si rifà a una costruzione bipartita come era in Wolf o a una logica sostanzialmente tripartita come in Bienenfeld, ma a quella piattaforma concettuale «immanente alla dottrina generale del reato» individuata nel «fatto – nella sua interezza – preveduto come reato dalla legge».

Comune a Maggiore è invece l'aspirazione – politico-criminale e costituzionale – a "normativizzare" l'intera fattispecie per assicurare ottimale estensione al *nullum crimen*; con, in Petrocelli, il "rinforzo" dato dal legare l'idea della fattispecie come «entità normativa» alla compiuta puntualizzazione della *Verbotsmaterie*.

Al tempo stesso, la tesi del "tutto normativo" annulla la *complessità della morfologia strutturale* propria del *Tatbestand*, e le (molteplici) *specificità funzionali* a questa connesse: ma tale profilo, come detto, sarà discusso nel prossimo capitolo.

Vale la pena invece ripetersi con l'evidenziare immediatamente il seguente dato, che lega tutti gli autori, tedeschi e italiani, finora citati come a favore del rigetto di elementi descrittivi: anche Petrocelli, pur certamente "onninormativista", nutre forse dei "ripensamenti" su questa posizione *riconoscendo implicitamente* l'esistenza di elementi propriamente normativi ed elementi propriamente descrittivi.

E ciò in due passaggi.

Innanzitutto in quello, già ricordato, significativamente presente prima nel testo e poi specificato in nota, con il quale si nega che dati di realtà e di consolidata esperienza vincolino il giudice, e altresì si avva-

[98] Cfr. B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 337-397, spec. 341-350 su tripartizione e «fattispecie integrale», 350-354 sull'esistenza di soli elementi normativi. La tesi dell'estendersi della normativizzazione persino a «termini e concetti che vengono dall'esperienza e dalla vita, non dagli schemi del diritto» era già embrionalmente presente in ID., *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, 89-92, testualmente 89.

lora la sussistenza di elementi "tecnici" di indole più spiccatamente normativa[99].

Questa osservazione appare duplicemente ribaltabile: da un lato infatti, sia pure per rilevarne la non costitutività in sede legislativa (e la reinterpretabilità in ambito giudiziale), si finisce per ammettere che elementi «empirici» possano rappresentare sicuro oggetto di normazione penale, e che siano introducibili in fattispecie anche a prescindere da richiami a norme "esterne"; dall'altro, con il diagnosticare elementi "più" normativi di altri, tipicizzati in settori contrassegnati da intensa evoluzione sociale e scientifica, si viene a proporre l'idea delle "scale di normatività" già chiaramente presente nel pensiero di Wolf.

In un secondo passaggio, un poco sorprendente in rapporto al globale canovaccio argomentativo, si afferma in termini più marcati: «La descrittività potrà essere una modalità più o meno frequente della figura legislativa, non un suo modo di essere essenziale»[100] (assunto ripreso nel medesimo torno di tempo da Bricola)[101].

Il tipo di descrittività cui allude qui Petrocelli, va precisato, è quello, per così dire, di una descrittività *sui generis*, fortemente condizionata dall'inserimento nell'astrattezza della proposizione legislativa, su cui infine si eserciterà «non senza studio la funzione di adattamento del giudice». Ma ugualmente non priva di rilevanza appare l'ammissione di concetti in un certo qual senso «descrittivi».

5. I «quattro Welzel», partendo dal «tutto descrittivo»

All'identico esito della negazione di un confine tra «descrittivo» e «normativo» giunge la speculare tesi che ravvisa un'*unitaria impronta descrittiva* nella costruzione del *Tatbestand*.

Si tratta di un'opzione *meno diffusa* rispetto all'opposto concetto, rappresentato nelle pagine che precedono, di una normatività dell'intera fattispecie; essa annovera innanzitutto fra i suoi *illustri sostenitori* uno

[99] Cfr. B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, cit., 351 e 353-354, nt. 28.

[100] B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, cit., 350.

[101] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 167.

degli autori che più hanno indirizzato il cammino della teoria generale del reato come Hans Welzel.

In *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, l'illustre studioso muove dall'idea secondo cui «l'ordinamento giuridico è "ordinamento di vita" in una duplice prospettiva»[102].

Da un lato, infatti, spiega Welzel, la forza di penetrazione della vita reale si manifesta con riguardo all'oggetto (il materiale da ordinare giuridicamente), dall'altro rispetto al contenuto (il modo in cui il materiale è ordinato quale espressione del concreto atteggiarsi della vita).

L'idea (wolfiana) della trasformazione giuridico-metodologica di un materiale amorfo appare all'a. «scientista» nel senso di «irreale», o perlomeno lontana dall'immediatezza della realtà di vita: è piuttosto il diritto – le determinazioni concettuali della legge, della giurisprudenza, della dottrina – che *grazie alla vita* «cambia a poco a poco».

Ha dunque torto, scrive in nota Welzel, un autore come Radbruch quando sostiene che l'azione pregiuridica sia una sommatoria informe di atti di volontà e di eventi causali, che trovano unità significativa solo attraverso il rapporto con la legge; limitandosi invece la configurazione legislativa a «selezionare i comportamenti che sembrano particolarmente dannosi per l'esistenza della comunità e perciò meritevoli di pena»[103]: anche pregiuridicamente l'ingiuria è un tutto dotato di senso, la truffa un'unica manovra tesa a imbrogliare pur mediante la «composizione» di singoli anelli.

La conoscenza – e così la comprensione dei concetti penalistici – si manifesta perciò in forma «descrittiva», in una specifica accezione: decisivo non sarà invero il riferimento a «generali» valori, ma la sussistenza *immanente e preesistente* di «concrete relazioni di valore» che affondano le loro profonde radici nella realtà dell'essere.

Le norme di legge e soprattutto l'impegno della letteratura giuridica non sono quindi altro, «descrittivamente», che «tentativi più o meno fortunati di catturare in via concettuale-teoretica l'originaria essenza valoriale» («nur mehr oder weniger geglückte Versuche, dieses ursprüngliche Wertsein begrifflich-theoretisch einzufangen»).

[102] «Die Rechtsordnung in doppelter Hinsicht "Lebensordnung" ist».

[103] «Das Gesetz […] wählt nur diejenige Akteinheiten aus, die für das Gemeinschaftsleben besonders schädlich und darum strafwürdig erscheinen».

Già in questa prima fase del suo pensiero, il «descrittivismo ontologista» welzeliano si accompagna peraltro al riconoscimento di elementi tipici i quali implicano una predisposizione conoscitiva più aperta al «riempimento» valoriale (e in questo senso, *à la* Mezger, «normativi»), se non alla comprensione irrazionale[104].

Ma non sarà questo l'approdo della riflessione condotta dall'autore. In una serie di brevi commenti a sentenza pubblicati in *Juristenzeitung*, e sistematizzati in *Das Deutsche Strafrecht*, la distinzione tra i campi del descrittivo e del normativo sarà infatti recuperata, per il tramite della separazione tra ciò che è anche sensorialmente accertabile e ciò che è nella sua essenza solo spiritualmente accessibile (*sinnlich wahrnehmbar*/*allein geistig verstehbar*). Nel primo ambito «uomo», «cosa», «uccidere». Nel secondo «altrui», «documento», «osceno». Un documento è fatto sì di carta e scrittura, ma il «carattere di documento», il significato di rilevanza probatoria del contenuto espressivo, è determinabile solo in virtù dello spirito[105].

Welzel comunque andrà ancora oltre. Sempre dalla "tribuna" di *Juristenzeitung* qualificherà una serie di elementi, prima di allora riconosciuti *par excellence* «normativi», come «speciali contrassegni del dovere giuridico» («spezielle Rechtspflichtmerkmale»), esclusi in quanto tali dal *Tatbestand* e con ciò dallo spettro del dolo[106].

---

[104] H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, 1935, 74-75. Sui nessi di quest'opera welzeliana con la fenomenologia di Edmund Husserl e specialmente con l'ontologia di Nicolai Hartmann, K. LARENZ, *op. cit.*, 163-174.

[105] H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, XI ed., Berlin, 1969, 75-76. Su questo periodo dell'elaborazione di Welzel, e sulla contigua distinzione tra «osservabile» e «teorico» (*Beobachtungsausdrücke* versus *theoretische Ausdrücke*), cfr. anche per gli opportuni riferimenti ulteriori Y. FAKHOURI GÓMEZ, *op. cit.*, 58-61, 73-75, la quale peraltro finisce per trascurare le altre tappe della riflessione welzeliana (dedicando comunque attenzione, visti i riverberi sul *focus* monografico, alla posizione circa gli «speciali contrassegni del dovere giuridico»: v. 286-288, 495). Scrive efficacemente degli elementi spiritualmente accessibili come «culturalmente visibili con gli occhi della mente» L. STILO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale – Un problema di linguaggio giuridico*, in *Il nuovo dir.*, 2002, 114.

[106] H. WELZEL, *Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung*, in *Juristenzeitung*, 1952, 19-20.

Orbene: anche rispetto alla specifica argomentazione di *Naturalismus* circa la caratterizzazione della fattispecie e delle sue componenti, emerge con prepotenza la "freschezza" del pensiero welzeliano, la sua *capacità di suscitare* «un mondo di riflessioni ed anche di speranze»: in opposizione al formalismo concettuale proprio del logicismo giuridico, la sua concezione ontologica mira esattamente a evitare una nefasta «separazione della scienza dalla realtà e dalla vita»[107].

Lo stesso criterio dato dalla coppia sensoriale/spirituale coglie con nitidezza un possibile spartiacque tra le recuperate classi autonome del descrittivo e del normativo, molto *più "diretto" ed efficace* di tante astruse concettualizzazioni. L'icastico esempio del «documento» conferma l'intrinseca plausibilità del *tòpos* prescelto.

La segnalazione di «speciali momenti del dovere giuridico» – quasi un ritorno a Mayer, anche se più "settoriale" e mirato – fornisce poi una salutare "scossa" rispetto a un dibattito intorno alla collocazione dogmatica del «normativo» ormai tendente ad *appiattirsi su un'ascrizione tralaticia* al «fatto».

Sul piano critico, invece, un rilievo generale e metodologico può concernere la *cangianza* del pensiero dell'autore. Con una buona percentuale di irriverenza, potremmo parlare di un "primo Welzel", quello del «tutto descrittivo» su base ontologista; di un "secondo Welzel", in relazione alla dicotomia sensoriale/meramente spirituale e alla conseguente riaffermazione del distinguo descrittivo/normativo (ma addirittura già di un "terzo Welzel" se scorporassimo come seconda fase il suo discorso sulla conoscenza irrazionale-emozionale di taluni elementi, oltretutto contenuto nel medesimo *locus* del "primo Welzel"!); e di un "terzo (o, per l'appunto, magari quarto) Welzel", quello dei contrassegni speciali dell'antigiuridicità[108].

---

[107] F. OLGIATI, *Postilla* a H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, 31-70 (le notazioni di Olgiati a 71-72).

[108] Nulla di cui scandalizzarsi, ma anche su altre tematiche il Maestro di Artern ha ritenuto di cambiare più volte impostazione: sulle notevoli modifiche *in itinere* riguardo alla *soziale Adäquanz*, L. CORNACCHIA, *Ein unausrottbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, 587-589; e, nel dettaglio, M. CANCIO MELIÁ, *L'adeguatezza sociale*, in M. PAWLIK, L. CORNACCHIA (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed*

In rapporto alle singole cadenze del pensiero dell'a., possono poi svolgersi più puntuali osservazioni.

Una prima considerazione è legata alla chiara dipendenza della tesi del «tutti gli elementi sono descrittivi» dai presupposti speculativi in termini di «metafisica ontologica»[109].

Un *condizionamento filosofico* non era viceversa così marcato nei fautori del "tutto normativo": ontologismo[110] e onnidescrittività in altre parole stanno e cadono insieme[111], e questo tipo di legame pare intrin-

---

esiti storici del finalismo penale, Napoli, 2015, 103-126 («molteplici cambiamenti di posizione di Welzel in questa materia»: 107).

[109] Per tutti, K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., 312-313: la fondazione ontica della tesi del tutto descrittivo «*giuridicamente* non è sostenibile» («*rechtlich* nicht haltbar»), ponendosi l'individuazione del carattere dell'elemento di fattispecie come questione non filosofica e pregiudiziale, ma tecnica e aperta. Sottolinea anzi più in generale L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 576 (v. anche 601) come la teorizzazione di datità ontologiche pregiuridiche, capaci di vincolare il legislatore, ha rappresentato «vera e propria "pietra d'intralcio" a una discussione globale sugli esiti del finalismo». Rovescia questa pietra F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012, 53-57, 96-100, che nelle strutture ontiche (nel «miracolo dell'essere») vede un baluardo antiautoritario; puntualizzando come, in ogni caso, nell'epistemologia welzeliana l'interprete non resti abbandonato a intuizioni ed emozioni, ma possa e debba giovarsi dell'ancoraggio a storia, sociologia, economia, religione, filosofia. V. già C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 384 e 386-387, per il rilievo secondo cui l'ontologismo welzeliano, capace di provocare così vistose «inquietudini», a meglio vedere si risolverebbe in «una "tigre di carta", dal momento che la rivendicazione della "irriducibilità" delle strutture del reale non implica in nessun modo il superamento o l'integrazione del dato normativo». Resta il fatto che, in relazione alla tematica che qui ci occupa, il "peso" dei dati ontici sull'accoglimento del «tutto descrittivo» è *immediatamente, testualmente soverchiante*.

[110] Concetto oltretutto segnato da un'imperfetta amalgama, pur consentendo la complessiva produzione welzeliana di indicarlo come «terza via» fra diritto naturale e positivismo giuridico: per un'interessante analisi in questo senso K. SEELMANN, *Le "strutture logiche delle cose" di Hans Welzel e la dottrina del diritto naturale*, in M. PAWLIK, L. CORNACCHIA (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 21-37 (23 e 36 per l'espressione virgolettata).

[111] Infatti, ad accogliere, *à la* Luhmann e *à la* Jakobs, l'idea del diritto come costruzione normativa delle aspettative della società, esattamente all'opposto tutti gli elementi della fattispecie dovrebbero essere considerati normativi «o meglio, elementi costitutivi di un complesso normativo»: v. L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 600. Sul ben distinto retroter-

secamente indebolire la spendibilità dogmatica, funzionale e normativa della proposta in esame.

In rapporto alla segnalazione di elementi più spiccatamente improntati all'irrazionale, ovvero alla «comprensione emozionale», va detto che non sono presentati né il raggio di estensione teoretica della categoria, né ipotesi esemplificative comunque atte a chiarirne i confini; così come sarebbe stata preziosa la specificazione se il soggettivismo cui si fa riferimento sia quello dell'agente o, "costitutivamente", quello che si esprime in sede giudiziale; ma soprattutto difetta un più preciso collegamento, che dovrebbe viceversa risultare essenziale nella prospettiva dell'insigne studioso, con l'idea – questa sì una «costante» del discorso welzeliano – dei «materiali di vita», delle «strutture ontologiche» che legislatore e scienza giuridica «possono cogliere o mancare, ma non mutare ad arbitrio, e tanto meno "foggiare"»[112].

Il passaggio "irrazionalista" di Welzel sembra a ogni buon conto incidentale nel suo percorso; incidentalità che comporta inevitabilmente una carenza di approfondimento, ma che è anche motivo per non sovraesporlo.

Piuttosto, l'inciso di Welzel sulla maggiore valutatività *ergo* normatività, o almeno distinguibilità dalla generale descrittività della fattispecie, come caratteristica di certuni estremi positivizzati, potrebbe essere risaltato, anche qui tuttavia senza sovrastimarlo, pure in una diversa chiave, familiare al lettore del presente capitolo del nostro libro.

Mutatis mutandis vale infatti quanto detto nel commentare la posizione di vari autori "tuttonormativisti": così come quegli scrittori, partendo dalla dimostrazione circa un *Tatbestand* integralmente normativo, arrivano ad affermare la sussistenza di diversi gradi di normatività e a riammettere indirettamente una distinzione tra ciò che è normativo e ciò che è descrittivo, così il "tuttodescrittivista" Welzel "rivede" l'asserzione di base e recupera, già nel suo fondamentale lavoro su naturalismo e

---

ra di ontologismo e funzionalismo G. FIANDACA, *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 114 (e 117-124 per una critica alle conseguenze sulle teorie del reato e della pena ricavate nel «funzionalismo estremistico» jakobsiano).

[112] Cfr. H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., 32.

filosofia dei valori, uno spazio per il riconoscimento di elementi di taglio *forse propriamente* «normativo».

Perlomeno, se non piace dire che gli elementi normativi, usciti dalla porta, rientrino dalla finestra nello stesso primo Welzel, si dovrebbe riconoscere, con Engisch, che nel padre del finalismo conviva, sin dall'opera del 1935, una «doppia descrittività»: descrittività «in senso stretto» come armonia rispetto a un essere «naturalistico» e «in senso ampio» come proprietà di concetti giuridici[113].

È peraltro la contrapposizione tangibilità sensibile/intendimento meramente spirituale a essersi attirata le critiche più minuziose e variegate.

Nella dottrina tedesca, essa è andata incontro al "fuoco amico" di Kunert: quella contrapposizione da un lato trascura che la percezione sensoriale è solo una prima tappa, provvisoria e comunque non «automatica», perché essa stessa «bisognosa di concetti». Dall'altro coglie solo una parte del problema, quantitativamente importante ma non dirimente: a differenza di «documento» e «altruità», requisiti come «libidinoso», «offensivo del pudore», «grave pericolo morale» rimandano a «veri e propri momenti di valore»; valori questi sì, si specifica, che implicano una presa di posizione «personale», anche se non necessariamente «emozionale», e che non possono dunque essere intesi con le coordinate, generalmente sufficienti, proprie della comprensione esclusivamente logico-sillogistica[114].

Nella letteratura italiana, Pagliaro fa vedere con chiarezza come il concetto di intendimento solo spirituale dell'elemento normativo porti a una dilatazione e in definitiva a una superfluità della categoria:

> poiché tutti i segni linguistici impiegati nella fattispecie devono essere portatori di un significato, e il significato non può essere compreso altro che spiritualmente, se si accogliesse la nozione [welzeliana] di "elemento normativo", essa, ricomprendendo tutti gli elementi della fattispecie, costituirebbe […] un inutile duplicato di altre nozioni.

[113] K. ENGISCH, *op. cit.*, 141, il quale anzi ravvisa nella diade descrittività in senso stretto e in senso lato un dato di continuità fra il Welzel di *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* e il «successivo» Welzel, quello che farà leva sulle nozioni di percezione sensibile e afferrabilità esclusivamente spirituale.

[114] Cfr. K.H. KUNERT, *op. cit.*, rispettivamente 91 e 47.

«Ingenuo» (modulando diversamente la critica di Kunert) appare per converso allo studioso siciliano il riscontro di una conoscenza che resti allo stadio puramente naturalistico-sensoriale, quando invece è il concetto di «realtà significativa» che «domina il mondo del diritto, come domina ogni aspetto del mondo sociale»[115] (si abbia a mente il rilievo che assume nel complessivo discorso di Pagliaro la nozione di «evento significativo»)[116].

Ruggiero, dal canto suo, smentisce la bontà del criterio welzeliano portando gli esempi dell'ingiustizia dell'offesa *ex* art. 52 c.p. italiano come «elemento normativo costituito da una fondamentale componente naturalistica» e della «religione» nell'art. 402 dello stesso codice (oggi dichiarato costituzionalmente illegittimo) quale «elemento descrittivo privo di un correlato reale»[117].

Si sottolinea poi da parte di Pulitanò come una rigida bipartizione comprensione spirituale/percezione sensoriale dimentichi l'essere «entrambe necessarie a qualsiasi applicazione di concetti al mondo reale»; la distinzione tra «normativo» e «descrittivo» dovendo piuttosto ricercarsi «in diversità nel modo (mediato o non mediato da qualificazioni normative *aliunde*) con cui i concetti si riferiscono ai dati dell'esperienza»[118].

Per la Risicato, invece, il criterio distintivo proposto da Welzel rischia di assumere «carattere meramente convenzionale e comunque non decisivo» (mentre lo stesso non potrebbe predicarsi «della diversa "elasticità" degli elementi del fatto di reato e del processo ricognitivo necessario alla loro rappresentazione»)[119].

Si osservi infine come la distinzione suggerita da Welzel sia essenzialmente tracciata agli scopi della determinazione dei rapporti fra errore sul fatto ed errore sul divieto, o per la precisazione del concetto di

---

[115] A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 484-486.

[116] Inteso come «l'accadere esteriore nel suo significato umano e sociale», «l'alterazione dei rapporti umani che si verifica in ogni reato», presupposta l'«incidenza della norma penale sulla struttura della società»: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, 289-292, 345-349, testualmente 292 e 347-348.

[117] G. RUGGIERO, *op. cit.*, 106 (104-109 per un più ampio percorso critico).

[118] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 222.

[119] L. RISICATO, *op. cit.*, 36.

«conoscenza parallela nella sfera profana»: restando estranei dunque alla diretta attenzione dell'autore i profili oggettivi relativi a tipicità e tassatività.

Circa il concetto di speciali momenti dell'antigiuridicità, si deve infine rilevare che, per quanto come detto si tratti di categorizzazione problematizzante e fertile rispetto a pigre attribuzioni al «fatto» di tutto il normativo, la *selezione oggettiva* del fuoco dell'imputazione soggettiva dolosa che ne discende potrebbe singolarmente stridere con quell'idea di *rimproverabilità personale* che Welzel, dopo Frank, ha studiato e difeso.

6. La fin de non-recevoir *opposta da P. Nuvolone alla «dottrina dei valori»*

Da noi, la soluzione del "primo" Welzel intorno alla natura completamente descrittiva della fattispecie è accolta ne *I limiti taciti della norma penale* da Pietro Nuvolone, ma sulla scorta di un postulato diverso e anzi contrario a quello del predecessore: per lo studioso italiano, gli elementi tipici sono necessariamente descrittivi «non perché *tutti dotati* di valore ontologico, bensì perché *tutti privi* di esso»[120].

In particolare, nell'impostazione di Nuvolone, «ogni giudizio di valore ha la sua base in una costatazione di fatto» e, in questo senso, è «fatto fra i fatti». Esempio: con le qualifiche di negligenza, imprudenza o imperizia di cui all'art. 43, co. 1, c.p. il diritto esprime sì, in un certo senso, un «giudizio di valore» ma un giudizio *ampiamente preformato* perché vertente su «una condotta che, in fatto, presenta determinati requisiti»; in simili ipotesi, il legislatore ricorre insomma a «un criterio volontario di raggruppamento e di classificazione», così come si fa in biologia e in botanica: un criterio «volontario, ma non arbitrario», si precisa, per l'essere anche il diritto «necessariamente radicato nella realtà delle cose».

[120] La notazione è di G. RUGGIERO, *op. cit.*, 64; ugualmente L. RISICATO, *op. cit.*, 32 e 43.

Di qui, un *triplice rischio* latente nella «dottrina dei valori»: «ritenere che il valore sia un quid che si aggiunge al fatto»; non considerare che la realtà normativa è solo «un modo di vedere» la realtà naturalistica; «assolutizzare» i valori e «aprire il campo del diritto a infiltrazioni non sempre ammissibili».

Del resto, puntualizza l'a., «il fatto, in quanto lo si vede dal punto di vista del diritto penale, è un fatto antigiuridico: altrimenti è un fatto diverso»; il reato non è mai «un fatto materiale amorfo»[121].

Ecco allora che la "via" italiana al «tutto descrittivo» si presenta *inedita* rispetto a quella tedesca e anche per questo solo interessante[122].

Bisogna dare poi atto a Nuvolone di una *rigorosa coerenza*: mentre, come rilevato, l'idea di una generale descrittività è riscontrabile solo in una prima fase del pensiero di Welzel, Nuvolone non ha mai avuto ragione di rinnegare quanto scritto ne *I limiti*[123].

Certo, anche nelle sue pagine incontreremo (brevi) cenni a requisiti d'illiceità speciale come «elementi, che esattamente si chiamano normativi»; nonché un più generale richiamo (trattando la tematica della «proiezione» di elementi oggettivi sul dolo) a concetti «normativi» ovvero «valutativi», dei quali in ogni caso si rimarca una «stretta aderenza al complesso degli ulteriori elementi materiali»[124].

---

[121] P. NUVOLONE, *op. cit.*, 41-44.

[122] Una categoria "generale" di elementi normativi è negata anche da G. CERQUETTI, *Teoria degli atti giuridici previsti nella norma incriminatrice*, Napoli, 1973, 128-140, spec. 131-140 ritenendo, in sintesi, che in luogo di una pretesa normatività di un dato elemento di fattispecie («espressione tautologica»: 132) verrebbe in questione l'«interpretazione di parole o di insiemi di parole della legge penale da eseguire in conformità ai canoni sanciti dal diritto positivo e alle leggi logiche» (137); residualmente e senza delimitare nettamente i confini della classe (qualche spunto comunque a 77-83), si ammette però l'esistenza di concetti in «funzione normativa o qualificativa di altri elementi della fattispecie penale» (139-140): ennesima testimonianza di un'*ottica bipartita di ritorno*!

[123] Osserva L. RISICATO, *op. cit.*, 43 come quella di Nuvolone rappresenti, «con ogni probabilità, […] l'unica presa di posizione che rigetta con assoluto rigore la categoria degli elementi normativi, quanto meno all'interno del *Tatbestand*».

[124] P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, rispettivamente 122 e 295; v. anche ID., *Premessa alla ristampa*, in *I limiti taciti della norma penale*, cit., 11-12: il «problema degli *elementi normativi del fatto*», unitamente al dibattito originato dalla concezione finalistica dell'azione, come punti di emersione di una «dif-

Ci stiamo dunque occupando di uno studioso "riduzionista" che solo in forma, diremmo, di *obiter dictum* "riapre" alla classe negata (mentre abbiamo constatato che Welzel e così, simmetricamente, i "tuttonormativisti" sono in assoluto *più "aperturisti"* nei confronti rispettivamente degli elementi normativi e degli elementi descrittivi).

Piena coesione intrasistematica è ravvisabile anche fra l'esclusione di elementi normativi e quella peculiare compenetrazione di fatto e antigiuridicità caratteristica della bipartizione del reato tenacemente sostenuta dall'autore[125].

Infine, se la segnalazione di un *contorcimento autoritario* insito in ogni "legittimazione" dei valori rischia di provare troppo, al tempo stesso l'esperienza storica ci insegna che quelle segnalazioni e quei sospetti non sono fiato sprecato.

Alcuni rilievi critici sembrano tuttavia pertinenti.

Appare infatti corretto notare che «quando il legislatore adopera quel criterio che si vuol definire di puro e semplice raggruppamento, è certo che non solo indica un determinato substrato naturalistico, ma ne enuncia anche la qualificazione»: così, nel comportamento «ingiusto», nella cosa mobile «altrui», nella condotta «illegittima»[126].

La delineazione della formula di raggruppamento come «elemento descrittivo» riesce pertanto esclusivamente a rappresentare l'aspetto «statico» del fenomeno, utile come potenziale «avvio» di un nuovo discorso: non già quale attuale «revisione critica», restando estranea al merito di possibili peculiarità strutturali di «criteri di collegamento» di stampo giuridico o culturale[127].

Specificamente significativa è altresì l'osservazione che l'Allievo Bricola avanza al Maestro Nuvolone (evidentemente è destino delle tesi

---

ficoltà di attenersi alla tradizionale contrapposizione tra fatto (materiale), antigiuridicità e colpevolezza».

[125] Cfr. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 117-118, 122.

[126] M. GALLO, *Dolo*, cit., 760; adesivamente G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 170 e N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 795 e 797. V. anche C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 156; G. RUGGIERO, *op. cit.*, 64-68; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., 197.

[127] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 223-224.

del «tutto descrittivo» fomentare *moti d'insubordinazione* da parte dei discepoli!)[128].

Il primo coglie all'evidenza lo spirito della proposta ricostruttiva del secondo, in specie proprio nella necessità di evitare una identificazione di taluni elementi di fattispecie «con dei valori giuridici puri e di riaffermare la relatività di questi ultimi».

A Bricola peraltro tale esigenza non sembra compromessa dalla individuazione di elementi «teleologicamente […] dal diritto regolati e dosati in modo da dare vita ad un valore giuridico avente rilevanza autonoma»: in questa accezione, normativi[129].

7. «Prevalutazione» racchiusa nella fattispecie e significato ermeneutico dello «spirito oggettivo» nell'indagine monografica di K.H. Kunert

Su un piano teoretico – *guardando ai presupposti filosofici* generali e alla base della piramide dogmatica del suo discorso – anche Karl Heinz Kunert è annoverabile fra i sostenitori di una perfetta descrittività come caratteristica del *Tatbestand*.

Questa visuale di fondo *non impedisce tuttavia* all'autore di procedere ad analitiche – innovative e complesse – distinzioni e sottodistinzioni nell'area degli elementi tipici[130]; ed è dunque principalmente per esigenze di ordine espositivo che lo si accosta a Welzel e Nuvolone nell'ambito del filone "tuttodescrittivista"[131].

---

[128] Il riferimento è al rapporto Welzel/Kunert: v. rispettivamente *supra*, II.5 e *infra*, II.7, sempre in questa seconda sezione.

[129] F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., 1897 e *ivi* nt. 85, ove si vede nel dolo una «sintesi di una serie di elementi a carattere descrittivo-naturalistico» su cui si innestano «autonome qualificazioni normative».

[130] Distinzioni che superano in sforzo di elaborazione quelle dello stesso Mezger, la cui ricchezza di profili abbiamo conosciuto *supra*, II.2 della sez. I.

[131] Per una sistemazione di Kunert fra i fautori dell'integrale descrittività della fattispecie, G. RUGGIERO, *op. cit.*, 54 e 111; J. BACHMANN, *Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Berlin, 1993, 20; C. MÜLLER-MAGDEBURG, *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*,

Sottesa al ragionamento di Kunert è la convinzione di come «solo la fattispecie quale tutto possa rappresentare una tipizzazione dell'illecito, non il singolo elemento»[132].

Il *Tatbestand* non è mai «narrazione di una storia» (o «formulazione di un teorema»)[133]. È invece «descrizione della materia del divieto», «descrizione di un comportamento contrario a una data norma», «oggetto di un concreto giudizio di antigiuridicità».

Riferendosi a quel celeberrimo simulacro polemico che è Beling[134], per Kunert è proprio il disconoscimento della *prevalutazione* contenuta nella fattispecie (che precede la *compiuta valutazione* espressa tramite l'accertamento dell'antigiuridicità) ad aver favorito un indebito «accorciamento» del *Tatbestand* stesso e con ciò la "reazione" mezgeriana[135] tradottasi nell'idea del *Tatbestand* come *ratio essendi* della *Rechtswidrigkeit*.

Il superamento della concezione «puramente formale» della fattispecie è stato però giocato – rileva Kunert – solo *sul piano funzionale* e non su quello contenutistico.

Su questo secondo versante, la conclusione tratta dall'autore è che, nella misura in cui l'essenza della fattispecie consiste nella descrizione della materia del divieto e la relativa prevalutazione può collegarsi soltanto alla fattispecie nel suo insieme, allora ogni singolo elemento del *Tatbestand*, di per sé considerato, potrà avere carattere esclusivamente descrittivo: «tutti gli elementi della fattispecie sono descrittivi»[136].

Aachen, 1999, 135; L. RISICATO, *op. cit.*, 30 e 36-37 (immediatamente rilevando peraltro l'irriducibilità della ricerca di Kunert alla posizione "onnidescrittivista" di Welzel).

[132] «Nur der Tatbestand als ganzer kann eine Unrechtsvertypung sein, nicht das einzelne Tatbestandsmerkmal».

[133] La citazione è di A. HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, cit., 275, nt. 1.

[134] Curiosamente, negatore anch'egli di elementi normativi (v. *supra*, II.1 della sez. I) ma in forza di una concezione assiologicamente neutra del *Tatbestand* respinta da Kunert.

[135] *Rectius*: almeno in parte, già mayeriana (autore, Mayer, cui per altri versi Kunert dà uno spazio sufficientemente corretto).

[136] «Besteht sonach das Wesen des Tatbestandes in der Beschreibung der Verbotsmaterie und kann […] die in ihm liegende Vorbewertung nur durch den Tatbestand in seiner Gesamtheit erfolgen, so kann jedes einzelne Merkmal des Tatbestandes für sich

Precisa anzi Kunert, distanziandosi da Welzel: descrittivo non è sinonimo di «accessibile ai sensi», potendosi attribuire tale qualificazione non solo a oggetti, processi e situazioni «esteriori» o naturalistiche ma anche a *fenomeni spirituali* e in particolare culturali; tutta la storia della civiltà, la sociologia, la psicologia non speculativa operano descrittivamente.

Per Kunert, è infatti il «mondo umano» – del quale le fattispecie penalistiche rappresentano «sezioni», «visioni parziali» – a presentarsi in due «poli» o «dimensioni»: la dimensione «naturalistica» e quella «umano-sociale, culturale, spirituale».

Peraltro – la puntualizzazione assume grande rilievo nella teorizzazione dell'a. – questo secondo polo non è delegato alle aule di tribunale o alle scrivanie dei ricercatori, come voleva E. Wolf nell'indicarlo quale presupposto della «trasformazione giuridica»[137].

Si è invece, con Hegel e Nicolai Hartmann cui Kunert "direttamente" aderisce, nel campo di intervento dello «spirito oggettivo» o «comune», che «conosciamo attraverso la cultura, il costume, la lingua, la forma del pensiero, i pregiudizi, le valutazioni dominanti». Il singolo individuo «si imbatte» nel mondo sociale così come integralmente preformato dal *Gemeingeist*, è «vincolato» a questa azione e non può mutarne i termini.

A questo punto Kunert intraprende una capillare rassegna di elementi della fattispecie.

Si conferma come la «maggioranza» dei *Tatbestandsmerkmale* rimandi a una struttura bidimensionale, essendo quasi tutti «prodotto della mano dell'uomo» o concetti «impressi» nella comunità sociale con un ben determinato «soziales Sosein»[138].

---

allein betrachtet nur beschreibenden Charakter haben. Insofern kann man den Satz aufstellen: "Alle Tatbestandsmerkmale sind deskriptiv"».

[137] V. *supra*, II.1 della sez. II.

[138] Qui Kunert tiene ancora a rimarcare una profonda differenziazione rispetto a Wolf: i concetti che compongono il mondo sociale non vanno incontro a conversione giuridico-metodologica ma rappresentano più semplicemente «oggetti descritti dalla fattispecie». Forse proprio in virtù delle *frequenti "picconate"* al padre del "tutto normativo" la invero articolata posizione di Kunert è stata fino ai giorni nostri tramandata come essenzialmente descrittivista!

Talvolta però – ed esattamente con questa classe Kunert inizia una *schematizzazione quadripartita* – nelle fattispecie non campeggiano elementi come «edificio abitato», «autoveicolo», «scritti», «monete» o «documenti» (più in generale, elementi che riproducono *Artefakta*) ma, seppure quale ipotesi più rara, concetti «unidimensionali» che rimandano a uno «strato dell'essere puramente naturalistico». Così, nel caso di «dolo» (come evento psichico), «uomo», «donna», «gravidanza», «morte», «cadavere», «malattia contagiosa», «inondazione», «animale selvaggio», «pietre», «minerali».

Rispetto agli elementi di questo primo gruppo, l'a. sottolinea l'impossibilità di escludere «difficoltà interpretative da parziale indeterminatezza». In ogni caso, si sarà fuori da questa classe ogniqualvolta sorga l'esigenza di affidarsi non a una mera ricostruzione della «corporeità» di un certo dato, ma al «momento della dominabilità da parte dell'uomo» («das Moment der Beherrschbarkeit durch den Menschen»)[139].

Elementi quali «osceno» e «impudico» rappresentano invece «autentici concetti di valore» («echte Wertmerkmale»).

Per la loro determinazione, il giudice e più ampiamente l'interprete non dovrà tuttavia fare appello a una propria autonoma integrazione valoriale («ein eigener "ergänzender Werturteil"»), a un «personale sentimento morale», ma a quella garanzia di uniformità valutativa e applicativa che è lo «spirito oggettivo».

Esclusivamente in quest'ottica, si comprende come Kunert possa giungere ad accomunare nella critica Mezger, Eichmann e Wolf[140] quali sostenitori di una (larga) cornice di discrezionalità giudiziale all'interno della quale ogni decisione è «giusta»; ovvero dell'«imprecisione» degli elementi di valore quale metodo scelto consapevolmente (e legittimamente) dal legislatore per delegare il giudizio di disvalore al magistrato.

Il terzo, più numeroso, gruppo è per Kunert quello degli «elementi di significato» (*Sinnmerkmale*), nei quali prevale l'aspetto «pratico-razionale» o «logico-sussuntivo».

---

[139] Spiega Kunert: che la luna e le stelle a onta della loro corporalità non siano «cose» – o almeno «cose in senso giuridico» – lo si desume solo mediante valutazioni di carattere sociale, e non esclusivamente fisico-naturalistico.

[140] Sulle cui (differenziate) posizioni v. *supra*, rispettivamente II.2 e II.3 della sez. I e II.1 della sez. II.

Qui, lo spirito oggettivo opera con particolare riferimento allo «stadio di evoluzione delle forme giuridiche ed economiche e delle abitudini di vita civili e sociali». Fra i numerosi esempi, figurano «ordine costituzionale», «pubblico ufficiale», «avvocato», «medico», «moneta metallica», «autorità competente», «cosa altrui», «documento», «proprietario», «stessa causa».

Infine, gli «elementi di apprezzamento» (*Abschätzungsmerkmale*), che implicano una «valutazione quantitativa» in riferimento alle previsioni di «esiguo valore», o di «esigua quantità», o di «somma eccessiva».

In simili ipotesi, decisivo sarà non il punto di vista del giudice ma quello del «circolo di rapporti» (*Volkskreise*) che rappresenta il contesto del fatto. In materia fallimentare, cinque bottiglie di vino saranno sempre una quantità esigua per il commerciante all'ingrosso, diversamente per il commerciante al minuto: lo insegna l'«esperienza del commercio» («die Verkehrsanschauung»).

Anche i concetti di «pericolo» e di «falsità» rientrano in questa quarta categoria elaborata da Kunert[141].

Il pericolo, in particolare, può in certi casi costituire ulteriore deroga rispetto alla regolare bidimensionalità degli elementi del reato (l'altra eccezione essendo data dagli elementi monodimensionali che formano la prima categoria presentata). Se infatti l'indicazione legislativa del pericolo si "sposa" a elementi a loro volta bidimensionali (così, nel «pregiudizio alla sicurezza del traffico stradale dovuto a guida in stato di ebbrezza»), sarà riscontrabile un «elemento tridimensionale».

Kunert ammette come fra gli *Abschätzungsmerkmale* ve ne siano alcuni – con, in prima fila, i «tridimensionali» – che si sottraggono alle istanze di una rigorosa tipizzazione e restano perciò scarsamente «obiettivabili» od obiettivabili «in senso solo formale», con conseguente «incalcolabilità della decisione giudiziale»[142]. A differenza degli *ech-*

[141] Della categorizzazione di simili concetti – ricorda Kunert – si era già occupato Mezger, che li aveva inseriti fra gli «elementi di giudizio cognitivo». V. *supra*, II.2 della sez. I.

[142] Sul *tòpos* dell'«incalcolabilità penalistica» v., più di recente, H. SCHNEIDER, *Unberechenbares Strafrecht. Vermeidbare Bestimmtheitsdefizite im Tatbestand der Vorteilsannahme und ihre Auswirkung auf die Praxis des Gesundheitswesens*, in ID. e altri

te Wertmerkmale, per gli elementi di apprezzamento quantitativo può valere però, *de lege ferenda*, l'antidoto di una riformulazione che precisi l'indicazione: nel diritto penale militare, la «truppa radunata» potrebbe diventare «truppa di sette o più uomini».

Fuori dalla quadripartizione, e con lo sguardo principalmente rivolto alla definizione dell'oggetto del dolo, Kunert menziona altresì «concetti complessi» (*Komplexbegriffe*) e «concetti di elencazione» (*Aufzählungsbegriffe*): i primi (es.: «autorità competente», che a dire il vero l'autore aveva già inserito fra i *Sinnmerkmale*) aggiungono una «specifica dimensione» ovvero una qualificazione costitutiva ai singoli concetti indicati; i secondi (es.: «parenti», in rapporto a «padre», «madre», «nonno» e così via) assumono un ruolo di «mera abbreviazione» (*bloße Abkürzung*), senza nulla esprimere sul piano della determinazione contenutistica[143].

Ora, la lettura del libro di Kunert è di estrema importanza: la sua inedita *pars construens* si innesta, come abbiamo già notato, su una tematizzazione storico-dogmatica minuziosa e profonda. Un altro eccellente studioso degli elementi normativi, Giuseppe Ruggiero, nella monografia di pochi anni successiva a quella di Kunert, ha definito quella del predecessore «la più completa elaborazione sistematica sugli elementi normativi apparsa in dottrina»[144].

Allo stesso Ruggiero si deve peraltro una "griglia" di rilievi alla quadripartizione kunertiana, che vale la pena qui compendiare (alcune di queste osservazioni sono forse più di dettaglio, altre feriscono al cuore l'impostazione di Kunert; alcune poi sembrano perfettamente calzanti, altre possono a loro volta essere oggetto di repliche). Diremo poi di ulteriori possibili considerazioni critiche su *Die normativen Merkmale* e chiuderemo infine col rimarcare il più rilevante lascito dello studio di Kunert.

Ecco allora che sull'«ontologismo dei valori» che fa da basamento filosofico al pensiero di Kunert possono richiamarsi, scrive Ruggiero, le

(a cura di), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Berlin, 2008, 331-350 (331-334 per la concettualizzazione generale).

[143] Su quanto sintetizzato, K.H. KUNERT, *op. cit.*, 82-124.

[144] G. RUGGIERO, *op. cit.*, 109.

obiezioni fatte alla costruzione di Welzel[145] cui, sotto questo profilo centrale, il pensiero di Kunert «è chiaramente ispirato»[146].

Bisogna però forse aggiungere che in Kunert sembra tutto sommato meno evidente l'inestricabilità del nesso ontologismo-onnidescrittività che invece era irrinunciabile nel suo grande Maestro.

In riferimento alla preminenza assegnata alle qualificazioni discendenti dal «mondo umano-sociale», non potrebbe essere taciuto, nota Ruggiero, come questo mondo si componga per parte sua di «altrettanti sistemi normativi specifici, ognuno dei quali appare atto a conferire la propria "dimensione" all'accadimento naturale»: in questa chiave, *tutti* gli elementi della fattispecie sarebbero definibili pluridimensionali, «in un senso molto più ampio di quanto non faccia lo stesso Kunert rispetto ad una sottospecie di elementi normativi che qualifica tridimensionali».

Il rilievo dimostra tuttavia probabilmente troppo: vero che la conoscenza ha *plurime – forse infinite –* facce e dimensioni, resta che l'interprete si trova a dover e di regola a poter *scegliere il parametro* alla stregua del quale eterointegrare la norma di volta in volta in questione.

Quanto alla "selezione" operata da Kunert in rapporto a Welzel, in virtù della indicazione di concetti come «casa» e «autoveicolo» quali «creazioni artificiali dell'uomo», appare invece fino in fondo corretta l'obiezione nei confronti di «una nozione di "natura" eccessivamente ristretta e perciò stesso infeconda per la metodologia giuridica e delle scienze morali in genere»; al di là delle concrete difficoltà di stabilire se per esempio una pietra preziosa possa essere naturale o sintetica.

In rapporto alla distinzione tra *Aufzählungsbegriffe* ed *echte Komplexbegriffe*, Kunert effettivamente omette di indicare i criteri per stabilire quando si tratti di semplice criterio di raggruppamento e quando di «elemento strutturale»/«qualifica costitutiva».

Per taluni concetti qualificati come complessi non si comprende, ancora con Ruggiero, perché essi «siano sottratti al principio del parallelismo tra sfera soggettiva e sfera obbiettiva del *Tatbestand*»[147].

---

[145] V. quanto qui rilevato *supra*, II.5 di questa sez. II.

[146] Sulla relazione Welzel/Kunert, v. anche K. PAPATHANASIOU, *op. cit.*, 58.

[147] Su questa corrispondenza v. da ult., efficacemente, K. PAPATHANASIOU, *op. cit.*, 233: «il legislatore parlamentare con l'introduzione di una disposizione penale non prende solo la decisione fondamentale circa l'illecito, non determina esclusivamente

Last but not least, le pagine di Kunert, nonostante i tanti approfondimenti, lasciano permanere l'incertezza se la decisione dell'interprete debba nel dubbio legarsi «alle opinioni storicamente dominanti o ad un ordine assoluto di valori, valido di per sé, anche nel contrasto delle opinioni dominanti»[148].

Lucia Risicato dà atto a Kunert di tanti meriti: l'acribia nell'indagine dogmatica, la forza del monito intorno ai rischi propri dell'identificazione tra fatto e valore, l'attenzione nell'indicare differenti profili di indeterminatezza connessi alle varie specie di elementi tipici.

Ma muove anche una condivisibile duplice critica, relativa all'ambiguità del confine tra elementi bidimensionali ed elementi tridimensionali; e alla scarsa incidenza delle classificazioni proposte sui versanti del dolo e dell'errore: più che decidere se il pericolo menzionato in fattispecie sia bidimensionale o tridimensionale, decisiva, anche agli scopi della determinazione dell'elemento soggettivo, sarebbe la certezza se esso dia vita a un reato di pericolo presunto o di pericolo concreto[149].

E, ancora, Pulitanò segnala due ulteriori criticità: da un lato, una sistemazione (*à la* Mezger o) *à la* Kunert di «falsità» o «pericolosità» nell'accogliente *genus* degli «elementi di apprezzamento» non fa i conti a sufficienza con la caratteristica di queste nozioni di presupporre «non già delle "norme", bensì delle massime di esperienza o di scienza»; dall'altro, la costruzione stessa di un'autonoma classe di «elementi di apprezzamento quantitativo» rischia di porre l'accento su «giudizi statistici di mero fatto» e non sulle istanze teleologiche emergenti nei singoli campi di materia (riferite per esempio, quando si parla di «normalità» o di «eccesso» di velocità, alle «esigenze di una "buona" circolazione, così come risultanti dalla struttura e dagli scopi della sua disciplina»)[150].

Si potrebbe anche tacciare di una qualche *naïveté* il meccanismo kunertiano della deduzione dallo «spirito oggettivo», almeno oggi che sappiamo come il giudice non sia plausibilmente assimilabile alla «boc-

---

dove risiede il disvalore di condotta e il disvalore d'evento sul piano obiettivo, ma *definisce al tempo stesso l'oggetto del dolo*».

[148] Cfr. G. RUGGIERO, *op. cit.*, 115-117.

[149] L. RISICATO, *op. cit.*, 36-37, 41-43.

[150] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 218-219.

ca della legge» o a un *computer* in grado di compiere automatiche operazioni (e come dunque, forse *a fortiori*, neppure potrebbe dedurre univocamente dallo spirito comune!).

Nonostante le numerose critiche, l'eredità di Kunert resta capitale: molti pregi della sua opera li abbiamo registrati, ma quel che più preme nell'ottica del presente capitolo di questo libro è la testimonianza del significato che – *persino in una prospettiva filosofica "descrittivistica"* – riveste un'accurata distinzione tra tipologie di elementi compositivi della fattispecie.

8. La drastica "indifferenza funzionale" di descrittivo e normativo in un contributo di U. Dopslaff

Il saggio di Ulrich Dopslaff ove si svolge un «Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale» attira uno speciale interesse nella misura in cui singolarmente assomma tre caratteristiche: fra i lavori che sostengono una rinuncia alla separazione «descrittivo»/«normativo» è, almeno nelle ambizioni, il *più analitico*; il *più reciso*; il *più aggredibile* ("attaccabilità" che evidentemente costituisce prezioso serbatoio di controargomentazioni per una tesi diversa).

Quale ulteriore motivo che invita all'esame di questo scritto, vi è che esso, pur collocato in prestigiosa rivista, è passato *abbastanza inosservato* negli studi successivi[151]: si danno però, come anticipato, più che sufficienti ragioni per una sua "scoperta".

Con schematica chiarezza, Dopslaff esordisce indicando *quattro posizioni* che si sono sedimentate nella settantina di anni trascorsi dall'enunciazione mayeriana (il lavoro in esame è infatti del 1987; la situazione "quadripartita" – *rectius*, come preciseremo, *pentapartita* – non può dirsi tuttavia mutata nei decenni seguenti).

Una prima convinzione è dunque relativa alla differenziabilità di elementi descrittivi ed elementi normativi attraverso adeguati criteri.

[151] Per esempio, nella monografia di Lucia Risicato il saggio di Dopslaff non viene nemmeno citato.

Altrettanto "classica" è divenuta una seconda opinione, che parte sempre dalla distinguibilità teoretica di concetti descrittivi e concetti normativi ma riconosce come elementi «puramente descrittivi» siano inesistenti o infrequenti: tutti gli elementi descrittivi, o quantomeno la maggior parte, presenterebbero infatti «componenti normative». Simmetrica o integrativa rispetto alla precedente è l'argomentazione secondo cui non solo i concetti (prevalentemente) descrittivi rimanderebbero inevitabilmente a componenti normative, ma anche i concetti (prevalentemente) normativi implicherebbero indefettibilmente «componenti descrittive»[152]. Quarta soluzione è invece quella che ritiene la distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi «superata», o che ammette la generale descrittività degli elementi della fattispecie (cui, colmando la lacuna espositiva di Dopslaff, fa da contraltare l'opzione circa l'universale normatività degli elementi tipici).

Questo complessivo panorama appare a Dopslaff «confuso», una «variopinta miscela di posizioni divergenti» («ein buntes Gemisch divergierender Positionen»), e tale da sollecitare una chiara adesione al quarto filone (*sub specie* di abbandono radicale della distinzione): esito cui peraltro si arriva non solo, "in negativo", per la difficoltà di rinvenire sicuri criteri delimitativi che affligge, in diversa misura, le prime tre visuali; ma anche, "in positivo", perché reputato più soddisfacente nella «decisiva ottica dei compiti – diversamente: delle funzioni – dell'elaborazione giuridica».

L'a. chiarisce il punto di partenza prescelto, e l'oggetto della dimostrazione:

> stabilire se una determinata figura dogmatica [come la bipartizione tra elementi descrittivi ed elementi normativi] sia irrinunciabile, dipende dalle funzioni che essa assolve nell'ambito del fatto tipico e nell'ambito del dolo

[152] Queste seconde e terza posizione saranno discusse *infra*, ragionando prima in tema di casi "difficili" *versus* casi "facili" di attribuzione di identità a un elemento del *Tatbestand* (III.4) e poi in tema di descrittivo, normativo e logica *fuzzy* (III.5). Per la definizione di elementi «puramente descrittivi» e viceversa «puramente normativi» come situazioni «fortemente isolate» v. comunque sin d'ora, anche per altri riferimenti bibliografici, C. MÜLLER-MAGDEBURG, *op. cit.*, 134-135.

(cui, verso la conclusione del contributo, si aggiungerà l'ulteriore prospettiva funzionalistica dell'errore).

Poste le basi di metodo, lo studio di Dopslaff ricorda due compiti "storici" del *Tatbestand*: consentire all'individuo di prevedere quale comportamento sia punibile; veicolare in precisi confini il potere punitivo statuale.

Specialmente il primo compito – si diagnostica – è entrato irrimediabilmente in crisi: certezze di taglio illuministico non si danno più e così la prevedibilità circa le conseguenze della propria condotta, non potendo scaturire da una facile e "personale" comprensione del precetto, sarà ottenibile, in «forma debole», solo con l'ausilio dell'interpello di esperti.

Il quesito che Dopslaff solleva è se la *Identifizierungsaufgabe*, la decisione intorno alla sussunzione del comportamento concreto nel modello astratto di reato, si svolga differentemente a seconda che venga in questione un elemento ricostruito come normativo o un elemento comunemente qualificato descrittivo.

Per ragionare in primo luogo sugli elementi suppostamente normativi, Dopslaff introduce il «caso del sottobicchiere della birra» (*Bierdeckelfall*). L'avventore dell'osteria sa che per ogni birra consumata la cameriera traccerà con la matita una riga sul sottobicchiere. Una sera, il cliente cancella una delle righe per evitare di pagare tutte le birre ordinate. Può parlarsi di «elemento normativo»-documento ai sensi della falsificazione di cui al § 267 *StGB*, se per documento intendiamo una manifestazione di pensiero che secondo il suo contenuto spirituale sia idonea a provare un fatto giuridicamente rilevante e come tale sia riconoscibile in modo sufficientemente certo dai partecipanti al traffico giuridico?

La risposta passa in Dopslaff per una ricapitolazione di quattro «premesse» necessarie per affermare la riconducibilità della situazione di fatto alla fattispecie tipica.

La prima è data dalla norma penale, o più precisamente dal *Tatbestand der Norm*. La seconda per l'appunto dalla situazione di fatto (*Sachverhalt*), e anzi dalla «descrizione della situazione di fatto» (*Sachverhaltsbeschreibung*): la concreta situazione di fatto è un avvenimento singolare appartenente al passato e in quanto tale può soltanto

essere reso in forma discorsiva. La terza dalla definizione dei concetti della fattispecie, posto che i concetti contenuti nella norma non possono essere applicati alla (descrizione della) situazione di fatto senza intermediazioni. La quarta dalla «finale» applicazione dei concetti della fattispecie alla descrizione della situazione di fatto. La prima premessa è «giustificata» se si dimostra che la fattispecie corrisponde ai criteri di validità posti dall'ordinamento giuridico. La seconda e la quarta lo risultano – in quanto proposizioni esperienziali – se si dimostra che sono fattualmente congrue e che dunque sono aderenti ai criteri di verità caratteristici delle scienze empiriche. La terza premessa infine è giustificata se si certifica che le nozioni impiegate corrispondono agli *standard* giuridici propri dell'elaborazione definitoria e con questo ai metodi interpretativi più accreditati presso i giuristi.

L'impegno più specificamente assunto dall'a. diviene allora quello di mostrare come *nessuna delle quattro premesse* esposte muti "volto" o meglio rilevanza funzionale a seconda che venga in discorso un ipotetico elemento normativo o un teorico elemento descrittivo.

Rimane comunque corretto – nota Dopslaff – che la dimostrazione si concentri soprattutto sulla terza premessa, dato che a riguardo della definizione dei concetti della fattispecie la misura degli sforzi ermeneutici necessari, si ammette, potrebbe sembrare anche notevolmente diversa per l'una e per l'altra tipologia di elementi.

In proposito, tornando all'esempio del sottobicchiere quale documento, l'autore fa richiamo a una serie di passaggi e addentellati argomentativi non tutti agevolmente riassumibili.

Il pensiero di fondo è in ogni modo che nella comunicazione fra cameriera e cliente si innesti un «codice duale», il quale diventa anche «visivamente afferrabile» («visuell faßbar») attraverso la linea fatta con la matita. In rapporto a ogni oggetto e a ciascun fatto della vita quotidiana, si pone una triplice esigenza concettuale: di identificazione in senso proprio (*Identifizierungs*-), di sistemazione (*Ordnungs*-) e di denominazione (*Bezeichnungsaufgabe*)[153].

[153] Il caso del sottobicchiere è risolto invece sulla base del canone della «adeguata comprensione delle condizioni sufficienti per la realizzazione della fattispecie» da U. KINDHÄUSER, *Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum*, in *Goltdammer's Arch.*, 1990, 417-418.

Ma questa concettualizzazione a più fasi, secondo la tesi dell'autore, non si esprime in maniera differente rispetto a un supposto elemento normativo quale il documento: come tutti i concetti *situationsübergreifende*, caratterizzati dall'abbracciare fenomeni della realtà che rimandano a forme di manifestazione esterne anche molto diverse tra di loro, quei compiti identificativi non si svolgeranno in relazione al concetto sovraordinato «documento» ma in rapporto al concetto intermedio o al concetto gerarchicamente ultimo, quale il sottobicchiere rigato con la matita (applicandosi al documento i lavori di Eleanor Rosch ove si spiega che la «rappresentazione» dell'agente non cadrà mai sul concetto sovraordinato di mobile ma su quello intermedio di sedia o su quello sottordinato di sedia da cucina).

Accolta questa premessa, per Dopslaff l'inquadramento del documento quale elemento normativo si rivelerebbe «superfluo» (*überflüssig*).

Così come inutili sarebbero la collocazione del concetto di «uomo» fra gli elementi descrittivi, e la classe stessa dei *deskriptive Tatbestandsmerkmale*.

Se si pensa di distinguere elementi normativi ed elementi descrittivi secondo il criterio delle «modalità di definizione» si potrebbe ipotizzare, nota Dopslaff, che mentre i primi spesso necessitano del passaggio attraverso complesse «catene definitorie» (come vorrebbe l'opinione comune), il significato dei secondi possa essere afferrato anche senza il ricorso a definizione alcuna. L'impressione però, si prosegue, risulta fallace ove solo si rifletta sugli accesi dibattiti circa l'inizio e la fine della vita umana; in misura ancora più consistente, l'esigenza di definizioni analitiche emergerebbe poi in relazione ad altri elementi (classificati come) descrittivi, quale la sottrazione *ex* 242 *StGB*[154].

[154] Sulla scarsa determinatezza delle correnti nozioni di «sottrazione», e per la proposta di un riposizionamento ermeneutico di tipo «cumulativo», che valorizzi nella stessa misura la perdita della sfera di dominio e la costituzione di una nuova, v. in particolare T. ROTSCH, *Zum Begriff der Wegnahme beim Diebstahl*, in *Goltdammer's Arch.*, 2008, 65-77, sulla scia di alcuni spunti di D. DEMKO, *Zur "Relativität der Rechtsbegriffe" in strafrechtlichen Tatbeständen*, Berlin, 2002, 212-214. Che la stessa «cosa», restando al § 242 *StGB*, rappresenti concetto «di raccolta», di genere o addirittura in bianco («Blankett-, Sammel- oder Gattungsbegriff») è suggerito da F.P. SCHUSTER, *Das*

Osserva infine l'autore, concludendo la riflessione concernente il piano funzionale del *Tatbestand*, come realisticamente occorrerebbe ammettere che anche all'esito dell'interpretazione giudiziale più avveduta intorno al significato dei concetti usati nella norma e alla descrizione del *Sachverhalt* possano residuare dubbi in termini di effettiva oggettività e verificabilità delle operazioni mentali condotte.

Tali dubbi però, secondo Dopslaff, non si presentano in maniera diversa se a venire in gioco sia un elemento paradigmaticamente ritenuto normativo o un elemento per lo più considerato descrittivo; ogni possibile canone volto a separare le due "tradizionali" classi di elementi si mostra anche sotto questo specifico versante falsificabile.

L'analisi di Dopslaff si sposta allora sul diverso contesto funzionale del dolo.

Fra gli infiniti *Vorsatzprobleme* studiati e studiabili, quelli che possono coinvolgere una distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi, si segnala, sono peraltro *esclusivamente pertinenti* alla sua "porzione" rappresentativa e non a quella volitiva.

Così ristretto il campo, solitamente si ritiene che per i concetti descrittivi basti una «accessibilità ai sensi» delle sottostanti situazioni di fatto; mentre per i concetti normativi sarebbe indispensabile una conoscenza del «peculiare contenuto di significato sociale» («besonderer sozialer Bedeutungsgehalt») sotteso al comportamento posto in essere, conoscenza esprimibile in ogni caso anche nelle sole forme di una consapevolezza parallela nella cerchia del laico («Parallelbeurteilung in der Laiensphäre»).

Ma, si chiede Dopslaff, è davvero accettabile l'idea di una rappresentazione profondamente diversa in relazione alle due postulate tipologie di elementi?

Per rispondere all'interrogativo, nella prospettiva funzionale prescelta l'a. sottolinea una «funzione inibitoria» (*Hemmungsfunktion*) propria dell'aspetto rappresentativo del dolo: la conoscenza del fatto deve trasmettere all'agente l'impulso a evitare di decidere «per» il fatto medesimo; conoscenza del fatto che, si precisa, può peraltro esercitare

---

Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten. Eine Untersuchung zum Allgemeinen Teil im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Berlin, 2012, 170.

efficacemente tale ruolo di «controstimolo» soltanto se accompagnata dalla consapevolezza della non conformità dell'azione al diritto (*Unrechtsbewußtsein*).

Il combinato rilievo di conoscenza del fatto e di consapevolezza dell'illecito (ovvero, la *Identifikationsaufgabe* dal "lato" soggettivo del dolo) dovrebbe poi secondo l'autore svolgersi nei seguenti "momenti".

In termini negativi, si dovrebbe escludere che l'autore, il quale di regola non ha una formazione giuridica, possa avere cognizione del significato dei concetti impiegati in fattispecie e della loro faticosa ricostruzione interpretativa.

In positivo, egli potrà invece rifarsi – al di là dell'ipotesi di speciali conoscenze professionali – anche semplicemente al proprio *Wissensrepertoire*, e in particolare a «reali cose, individui, accadimenti dell'ambiente quotidiano, di regola assai concreti e di notevole evidenza»: la conoscenza necessaria per il dolo coinciderà quindi con la conoscenza della *Sachverhaltsbeschreibung*.

Dato quanto precede, per Dopslaff richiedere rispetto agli elementi normativi la conoscenza del significato sociale del fatto equivarrebbe a introdurre un referente «estremamente vago», ossia «infruttuoso salvo ulteriori precisazioni», e comunque tale da scompaginare la linearità e il realismo attribuiti all'idea di ancorare la rappresentazione alla descrizione della situazione di fatto. L'indicato tipo di approccio al coefficiente rappresentativo del dolo dovrebbe pertanto valere in relazione non solo a elementi descrittivi ma anche a elementi normativi[155].

Come anticipato, bisogna dare atto che, fra i contributi rigettanti la distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi, lo sforzo argomentativo prodotto da Dopslaff spicca per ampiezza, ricchezza delle premesse fondative e originalità nei limiti in cui combina *variegati fattori di suggestione*.

Gli si deve poi riconoscere l'ulteriore, "oggettivo" merito di avere esteso il quadro del dibattito: quella proposta non è una versione aggiornata del «tutto normativo» o del «tutto descrittivo» – in un certo senso, si potrebbe probabilmente dire che dal suo angolo visuale è *in-*

[155] Cfr. U. DOPSLAFF, *Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale*, in *Goltdammer's Arch.*, 1987, 1-26.

differente che gli elementi della fattispecie siano tutti inquadrati come normativi o che viceversa siano tutti incasellati quali descrittivi – ma, più recisamente, egli propone di abbandonare qualsiasi differenziazione fra elementi tipici nel contesto del *Tatbestand* (e del dolo).

Mentre dunque i "tuttonormativisti" e i "tuttodescrittivisti" in precedenza esaminati continuano a fare riferimento a Mayer, nella misura in cui ammettono spiragli o "ripensamenti" nei confronti della distinzione "normativo"/"descrittivo", Dopslaff sembra suggerire il ritorno a una impostazione del *Tatbestand* pre-mayeriana: non perché egli intenda ripristinare una concezione *omnibus* di *Verbrechen* dal sapore ottocentesco, ma perché nella "sua" fattispecie non c'è posto per l'autonomo rilievo funzionale di concetti di segno normativo (così come per una valorizzazione di concetti descrittivi speculare all'enucleazione di quelli normativi).

Motivi per apprezzare la "nicchia" ricavata da Dopslaff nelle ricerche sugli elementi normativi dunque non mancano. Notevoli però, come pure premesso, sono i punti circa i quali è possibile dissentire.

Innanzitutto sulla scelta del metodo. L'a. dichiara programmaticamente di optare per un punto di vista funzionale, che valuta la bontà delle figure dogmatiche in discussione alla luce della pertinenza di esse rispetto alla ricostruzione dell'ambito del fatto tipico, dell'oggetto del dolo e, seppure in seconda battuta, dell'oggetto dell'errore.

Questa visione però appare parziale, e in una duplice ottica. Da un lato si omette qualsiasi richiamo ad altri, *più specifici e ugualmente consistenti* profili funzionali che prenderemo in rassegna *infra*, nel sistematizzare le ragioni a favore della conservazione della distinzione descrittivo/normativo (si allude a istanze di «economia legislativa», di «osmosi fra diversi ambiti normativi», di «garanzia di tendenziale uniformità applicativa dello stesso elemento in differenti ambiti di disciplina», come caratteristiche proprie di elementi a contenuto normativo)[156].

Dall'altro, si trascura una plausibile rilevanza di quella distinzione in primo luogo *in termini conoscitivi e dogmatici*: la dogmatica è certamente interpretazione scientifica del diritto positivo al fine della sua

[156] Cfr. III.8.

migliore applicazione – come rimarca Dopslaff – ma è altresì indubitabile che esiste più "puramente" una dogmatica votata, fra l'altro, alla critica e allo sviluppo del diritto vigente, alla verifica di coerenza sistematica, alla chiarezza della trasmissione didattica[157].

Sempre su un piano metodologico-elaborativo generale, va registrato come in definitiva le conclusioni raggiunte si fondino per espressa ammissione dell'a. sulla *generalizzazione* dei risultati cui si perviene in relazione ai paradigmi del «documento» e dell'«uomo»[158]; è assente inoltre una riflessione circa eventuali specificità di *elementi normativi extragiuridici*. Vizi di prospettiva, questi, dai quali si può imparare per evitare di incorrervi.

Non si può inoltre tacere come la peculiare complessità o almeno la difficile "traducibilità" di *key words* quali «codice duale» o «repertorio visualizzabile di conoscenze» non giovi rispetto agli scopi anche immediatamente "pratici" dell'analisi penalistica.

Sul piano dei contenuti, la «crisi di prevedibilità» lamentata da Dopslaff può purtroppo essere nella sostanza confermata[159].

Ma nulla si dice, da parte dell'a., circa le cause di questa situazione critica; i possibili antidoti (al di là di quello, esattamente «debole», del ricorso a non meglio precisati «esperti» che surroghino il destinatario nella lettura del precetto); e, soprattutto, le ragioni che giustificano l'indifferenza della sussistenza di un elemento descrittivo o di un elemento normativo rispetto al manifestarsi di tale crisi.

L'autore del resto assume una concezione di «fattispecie unitaria» («einheitlicher Tatbestand») nel seno della quale la legittimità formale di una norma – ma anche a quanto sembra, e ancor più opinabilmente, «sostanziale», politico-criminale – è «indipendente dal tipo di elementi impiegati in fattispecie»[160].

---

[157] Per tutti, L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1-9; e, fra i penalisti, C. FIORE, *op. cit.*, 393-394.

[158] Per l'indicazione di questa dimostrazione «induttiva», U. DOPSLAFF, *op. cit.*, 6 e 19.

[159] Inseriva Dopslaff in un filone della letteratura tedesca ormai più sensibile all'"uguaglianza"/"oggettività" che a una forse utopistica "prevedibilità" delle decisioni, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nella teoria del reato*, cit., 122-123, nt. 13.

[160] U. DOPSLAFF, *op. cit.*, 5, nt. 23.

Il passaggio sulle asperità ricostruttive della «morte»[161] o della «sottrazione» va condiviso quale conferma dell'acquisizione postengischiana circa la scarsa tassatività e/o ardua interpretabilità che può affliggere gli stessi *deskriptive Elemente*[162]. Ma non costituisce argomento per la negazione di autonome categorie del descrittivo e del normativo.

Rispetto all'argomentazione in punto di dolo, ci si può limitare ad alcuni rilievi di massima che saranno in parte ripresi in un paragrafo in materia di distinzione concetti normativi/concetti descrittivi e rappresentazione dolosa[163].

Non può persuadere l'"amputazione" dell'oggetto del dolo cui si giunge con il riferirlo alla sola *Sachverhaltsbeschreibung*, quando invece con lucida consapevolezza lo stesso Dopslaff aveva individuato quattro «premesse» per la sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta: non si comprende perché non siano tutte e quattro le premesse a riverberarsi nel cono rappresentativo del dolo quale specchio riflettente la tipicità.

Non appare in ogni caso così autoevidente che la consapevolezza della descrizione della situazione di fatto discenda, come vorrebbe l'autore, da «concrete, chiare circostanze con le quali l'autore nel corso della sua socializzazione ha già acquisito dimestichezza grazie a concretissime situazioni di vita capitategli nell'ambiente che lo circonda»[164]: che una simile "sperimentazione" di profili concreto-fattuali possa innanzitutto essere registrata e in secondo luogo assumere rilevanza applicativa in rapporto alla rappresentazione di elementi piaccia o non piaccia normativamente connotati, e in ogni caso di complessa ricostruzione, rimane ancora da dimostrare[165].

---

[161] Le difficoltà sulla fine della vita umana che si hanno in Germania sono acuite quivi dall'assenza di una nozione legislativa di «morte», presente invece in Italia (v. *infra*, III.4).

[162] A riguardo, cfr. il cap. V, sez. I.

[163] *Infra*, III.9.

[164] «Bei den Begriffen der Sachverhaltsbeschreibung handelt es sich um konkrete, anschauliche Begriffe, die der Täter im Verlauf seiner Sozialisation in ganz konkreten Handlungssituationen in der Auseinandersetzung mit der ihn umgebenden Umwelt erworben hat»: U. DOPSLAFF, *op. cit.*, 24.

[165] Criticamente su questi passaggi di Dopslaff anche Y. FAKHOURI GÓMEZ, *op. cit.*, 318-319; e K. PAPATHANASIOU, *op. cit.*, 69-70.

Analogamente, non può convincere il richiamo alla funzione di controspinta adempiuta dalla coscienza (parrebbe, effettiva) dell'illiceità: riferimento che sembrerebbe preludere a un accoglimento della *Vorsatztheorie* o, come è preferibile, a opzioni ermeneutiche di volta in volta esplicitamente motivate per la «teoria del dolo» o per la «teoria della colpevolezza»[166]; mentre poi anche tale coscienza dell'illiceità viene "accorciata" sulla consapevolezza della descrizione del fatto.

Nei confronti infine della critica di Dopslaff alla vaghezza (o inattingibilità) del concetto di «contenuto del significato sociale del fatto», si osservi come la richiesta della consapevolezza di tale contenuto non implica che l'agente debba elevarsi dal giurista che in ipotesi non è a sociologo di rango; né sottintende il recupero di una nozione «sociale» di azione *à la* Eberhard Schmidt: del dogma dell'azione, sia essa «causale», «finalistica» o «sociale» ha fatto strame una notissima monografia[167].

Semplicemente si tratta con questo criterio – certo, solo orientativo – di trovare un *accettabile punto di equilibrio* fra esigenze di tutela dei beni giuridici e di corretta calibratura del regime di imputazione soggettiva.

[166] L'autore comunque dichiara di aderire alla dominante *Schuldtheorie*, giudicandola però «formulata in maniera imprecisa»: U. DOPSLAFF, *op. cit.*, 20.

[167] G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit.

CAPITOLO III

LE RAGIONI PER UNA SEPARAZIONE TRA DESCRITTIVO E NORMATIVO

SOMMARIO: *1*. Pars construens. *La possibilità di fondare una distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi unicamente su una sinergia di argomenti logico-concettuali e normativo-funzionali. Primi argomenti logico-concettuali. Molteplicità di terreni di coltura della distinzione tra descrittivo e normativo. Manualistica e insegnamento come luoghi di ancoraggio della distinzione tra le due categorie di elementi, al di là delle divisioni in ricerche specialistiche. 2. Seguono gli argomenti logico-concettuali. Il pur incidentale "ripristino" della distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi in autori rispettivamente "tuttonormativisti" e "tuttodescrittivisti". 3*. Segue*. Il «dolore del confine» come tema caratteristico del diritto penale e non solo della distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi. 4*. Segue*. Casi (incerti ma anche casi) facili di inquadramento di un elemento come descrittivo o come normativo: il significato di questi secondi per la praticabilità della distinzione. 5*. Segue*. La logica* fuzzy *come (superabile) fattore di crisi di una distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi. 6*. Segue*. Non automatica deducibilità dal comune inserimento nel «fatto» di più generali «avvicinamenti» tra le categorie degli elementi normativi e degli elementi descrittivi. 7*. Segue*. Proiezione esterna: le conseguenze negative sulla comprensione dei caratteri delle «norme in bianco» derivanti dall'abbandono delle classi autonome del normativo e del descrittivo. 8. Argomenti normativo-funzionali. Il combinato disposto dell'idoneità alla «economia legislativa» e della «capacità osmotica» quali contrassegni di elementi di taglio normativo. 9*. Segue*. La «valutazione parallela nella sfera laica» come specifico soggettivo di una classe «normativa» di elementi. 10*. Segue*. Motivi «universali» e motivi di diritto positivo interno per rimarcare la figura dell'elemento normativo nel contesto dell'errore sul fatto.*

A questo punto dell'indagine storico-dogmatica, resta sul tappeto una motivata posizione circa la problematica teorica che per antonomasia attraversa i *normative Merkmale*: se sia sistematicamente corretto un loro inquadramento nel «fatto» o piuttosto nell'«antigiuridicità».

Tuttavia, prima di dedicarsi a questo nodo, vi sono ancora da acclarare *in limine* gli spazi per una distinzione effettiva di elementi descrittivi ed elementi normativi: differenziazione la cui sostenibilità speculativa e utilità pratica è stata messa in discussione, come s'è visto nella sezione seconda del capitolo precedente, da autori del calibro di Wolf, Petrocelli, Welzel, Nuvolone.

Ma anche quando ammessa – e a onta dell'autorevolezza delle non poche voci contrarie l'accoglimento in parola può ritenersi tuttora maggioritario – la distinzione tra descrittivo e normativo raramente si è basata su una *mappatura sufficientemente rigorosa* degli argomenti in campo.

Al di là di richiami alle due *species* quasi di stampo fideistico ovvero puramente tralatizi e precomprensivi, l'accento è infatti caduto sul senso di quella bipartizione nel contesto di un'analisi strutturale del *Tatbestand*; in altri casi, il punto di osservazione privilegiato è stato quello del nesso fra materiali linguistici utilizzati e teoria dell'interpretazione; altre volte si è rimarcata la solidità di una separazione tra *deskriptive* e *normative Elemente* ai fini del principio di colpevolezza e delle dottrine del dolo e dell'errore.

L'impressione è globalmente quella di una «discontinuità»[1] della letteratura penalistica nel procedere a una compiuta scansione di un *insieme coordinato*[2] di argomenti atti a differenziare concetti descrittivi e concetti normativi.

Proverò allora qui di seguito a effettuare una complessiva messa in campo di tali argomentazioni, ordinando quelle già espresse nel pluridecennale dibattito ed esprimendone, se non mi inganno, delle nuove.

---

[1] Il sostantivo, seppure impiegato con più generale riferimento alla rarità di studi direttamente dedicati agli elementi normativi nella dottrina italiana (cui peraltro si riconoscono ampi meriti in relazione ad aspetti cruciali del dibattito), si trova in L. RISICATO, *op. cit.*, 54.

[2] Ritiene scarsamente proficuo un impiego «in solitudine» di criteri qualitativi o, all'opposto, quantitativi, in rapporto allo studio dei reati che presentano un elemento costituente a sua volta reato, G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, 40-43.

Si tratta inoltre di motivazioni che vale la pena raccogliere in due grandi "famiglie": argomenti *logico-concettuali* e argomenti *normativo-funzionali*; è soprattutto già sui primi che vi è a mio avviso spazio per una rinnovata riflessione (nei limiti un cui la logica giuridica consente al ricercatore di individuare spunti aggiuntivi all'interno di una intensa discussione collettanea).

1. Pars construens*. La possibilità di fondare una distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi unicamente su una sinergia di argomenti logico-concettuali e normativo-funzionali. Primi argomenti logico-concettuali. Molteplicità di terreni di coltura della distinzione tra descrittivo e normativo. Manualistica e insegnamento come luoghi di ancoraggio della distinzione tra le due categorie di elementi, al di là delle divisioni in ricerche specialistiche*

Se è vero come è vero che *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, non sarebbe ancora troppo tardi, a distanza ormai di un secolo dalla «scoperta» mayeriana, per negare l'autonomia di una categoria di elementi normativi che si dimostrasse costituire mera superfetazione[3] e riconoscere conseguentemente un'equivalenza strutturale, funzionale e normativa di tutti i teorici elementi che può sfruttare il legislatore nel tipizzare l'area di rilevanza penale.

E peraltro una simile proposta di ritorno al pre-Mayer e al pre-Mezger ha da confrontarsi con il vasto interesse scientifico che si è fin da subito e piuttosto costantemente nel tempo coagulato intorno alla costruzione dell'elemento normativo: «costruzione» significativamente fatta di *più piani*, fra i quali collocazione dogmatica, sottotipologie,

[3] Infatti, «una teoria ha una giustificazione logica solo se risolve coerentemente problemi, senza ulteriormente crearne di nuovi o maggiori», come ricorda K. PAPATHANASIOU, *op. cit.*, 117. Sottolinea anzi che l'impegno nella direzione della chiarezza dei concetti, anche quando non valga a risolvere immediatamente problemi penalistici sostanziali, «aiuta a formulare i quesiti e rispecchia il metodo», J. RENZIKOWSKI, *Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie*, in D. DÖLLING, V. ERB (a cura di), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, Heidelberg, 2002, 13.

profili in tema di accertamento e rapporti con la discrezionalità giudiziale, caratteristiche tecniche, relazione con l'errore e con il dolo, successivamente aspetti in tema di legalità.

Né potrebbe essere trascurata la *speciale autorevolezza* di alcuni «padri» dei *normative Merkmale* e la bontà scientifica degli autori che hanno alimentato l'approfondimento della categoria. Anche se, sul punto, potrebbe essere pure simmetricamente notato il grande prestigio di studiosi rispettivamente "tuttonormativisti" e "tuttodescrittivisti".

La prospettiva di un abbandono della distinzione descrittivo/normativo avrebbe poi da misurarsi con il *profondo radicamento nella manualistica* di «elementi che traggono il loro significato direttamente dalla realtà dell'esperienza sensibile» e per converso di «elementi che necessitano, per la determinazione del loro contenuto, di una *etero-integrazione* mediante il rinvio ad una norma diversa da quella incriminatrice»[4]; si rammenti anzi che la categoria degli elementi normativi è stata enucleata proprio nell'ottica della diffusione del pensiero penalistico alle nuove generazioni (la "statutaria" funzione della manualistica), ed esattamente con il *Lehrbuch* di Mayer.

Si aggiunga altresì – cartina di tornasole non marginale – che non solo nella *didattica* ma anche nella verifica in sede di *esame di profitto* le classi degli elementi normativi e degli elementi descrittivi non sono di regola vissute come astratte o astruse ma trovano ascolto, recepimento e risposta sufficientemente pronta[5].

Alla luce di queste considerazioni iniziali, sorge il sospetto che il ripudio della distinzione in discorso costituirebbe, nella scelta delle categorie concettuali, una forma di regressione storica.

Tali primi controargomenti, ovviamente, non risultano in ogni caso di per sé dirimenti.

---

[4] Per queste rispettive nozioni di elementi descrittivi e di elementi normativi, proposte in modo non dissimile in altri manuali, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 91-92.

[5] Siamo nella *prateria* delle forme di manifestazione degli indissolubili rapporti fra ricerca e didattica, fra didattica e ricerca: sull'*istruttività scientifica* delle "reazioni" degli studenti, e del ripensare quanto "scoperto" da studente, mi ritrovo nell'approccio di S. PROSDOCIMI, *op. cit.*, 22.

Se si dimostrasse che quella "storica" bipartizione è artificiosa e magari controproducente – in sostanza frutto di un *abbaglio collettivo* nell'individuarla e di *pigrizia mentale* nel coltivarla – né la pluralità di piani su cui è posta, né l'argomento dell'autorevolezza, né il riscontro che essa riceve nell'insegnamento e nella verifica della preparazione dello studente potrebbero considerarsi pertinenti.

Le argomentazioni fin qui proposte danno corpo perciò solo a una *prima ipotesi* di mantenimento della differenziazione tra elementi tipici, che resta in attesa di conferma.

2. Seguono gli argomenti logico-concettuali. Il pur incidentale "ripristino" della distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi in autori rispettivamente "tuttonormativisti" e "tuttodescrittivisti"

È significativo che studiosi i quali si esprimono nel senso di una onninormatività ovvero, specularmente, di una onnidescrittività della fattispecie recuperino più o meno apertamente spazi (in taluni casi non ridotti) alla distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi.

Si tratta del resto di un'annotazione già proposta *supra*, a chiosa del pensiero di singoli autori. Peraltro, sembra opportuno ordinare qui in una visione globale le ragioni che muovono a simili forme di *repêchage*: ripescaggio che può essere di per sé salutato positivamente quale espressione di *pensiero problematico*, capace di attenzione verso le altrui motivazioni senza con questo deflettere dalla *propria visione sistematica*; e che risulta altresì apprezzabile quale esempio di *onestà intellettuale*, come un *boomerang* ritorcendosi questi ripensamenti contro le posizioni originariamente "onnidimensionali"; e che in ogni modo testimonia le difficoltà di espunzione dall'orizzonte penalistico di quel «binomio» di elementi.

Estrapolando allora da autori studiati sopra quanto pertiene direttamente a un «recupero *in extremis*» della distinzione descrittivo/normativo.

Erik Wolf, il primo "tuttonormativista", sollecita negli stessi *Typen* una distinzione tra «elementi pregni di valore» ed «elementi bisognosi di riempimento»: distinguo che tradisce, al di là delle nomenclature, le

quali scontano sempre margini di convenzionalità, una esigenza forse insopprimibile di differenziare *più classi* di elementi tipici.

Ed è lo stesso Wolf, direi così, *praeter intentionem* ad anticipare quelli che poi nel seguito del dibattito diverranno contrassegni stabili di elementi «rappresentabili solo sotto il presupposto logico di una norma»: il loro significato restrittivo-selettivo della tipicità; o una funzione di orientamento dell'interpretazione verso lo stesso esatto senso proprio di quegli ambiti giuridici dai quali quegli elementi provengono.

Fino a riconoscere come persino gli elementi più spiccatamente soggettivi siano suscettibili di una «cristallizzazione» del giudizio e, dunque, testualmente, di una «descrittivizzazione» (con il che si finisce sorprendentemente per riconoscere come la descrittività sia struttura morfologica nella faretra del legislatore)[6].

Rudolf Bienenfeld, che pure sostiene nel medesimo torno di tempo di Wolf la stessa tesi del «tutti gli elementi sono normativi», introduce originali e utili precisazioni sulle diverse caratteristiche «valutative» del rimando al «culturale» e al «giuridico».

Con questo esplicitamente ammettendo che la *Gliederung* del fatto tipico non sia unitaria (e d'altronde è la *multiforme varietà della realtà* a rendere inevitabile una diversificazione nell'articolazione strutturale di fattispecie che non siano "sorde" rispetto alla prima).

E implicitamente, una volta accolta l'idea di un differente «dosaggio» di valori all'interno della fattispecie, al di là del rigetto formale aprendo una finestra (o almeno alimentando la suggestione nel lettore) rispetto a elementi potenzialmente ancor meno valutativi di quelli giuridici e in questo senso, se si vuole, propriamente «descrittivi»[7].

Interessante poi ricordare la figura di Giuseppe Maggiore, autore che nella sua peculiare prospettiva imperativista e legalista appare persino più tuttonormativista del "precursore" Wolf.

Per quanto in un passaggio secondario e solo abbozzato, lo studioso siciliano accenna infatti alla speciale «colorazione» che ricevono elementi dalla dottrina "tradizionale" definiti «normativi di stampo giuridico» una volta che siano «incorporati» in una data fattispecie penale:

[6] *Amplius* su E. Wolf *supra*, II.1 della sez. II.

[7] Su R. Bienenfeld già *supra*, II.2 della sez. II.

spunto dal quale si deduce se non altro che, se ogni componente della fattispecie è normativa, non tutto però… è normativo allo stesso modo[8].

Anche Biagio Petrocelli, nella cui impalcatura dogmatica della «fattispecie integrale» elementi descrittivi ed elementi normativi non possono all'evidenza assumere in via di principio autonomo rilievo, non è tuttavia immune da un "ritorno sui propri passi" circa la coesistenza di differenti opportunità di tipicizzazione a disposizione del legislatore.

Triplicemente, si richiama infatti la possibilità che elementi «empirici» possano costituire oggetto di normazione penale (sia pure in un passaggio la cui rilettura si presta a considerazioni di diverso segno); si accenna, simmetricamente, a elementi «tecnici» di natura squisitamente normativa; e si sintetizza che «la descrittività potrà essere una modalità più o meno frequente della figura legislativa, non un suo modo di essere essenziale» [pur non potendosi ignorare che la descrittività cui fa riferimento lo studioso non coincide con la «percepibilità con i sensi» propria di un contesto ricostruttivo *à la* Mayer o *à la* (terzo)[9] Welzel ma è concetto comunque condizionato dall'inserzione dell'elemento linguistico nell'astratta proposizione legislativa][10].

Ancora più degne di nota sono però le conferme indirette della bipartizione normativo/descrittivo che si possono ricavare dal contrapposto orientamento del «tutti gli elementi sono descrittivi».

Hans Welzel, già in una prima fase del suo pensiero, decisamente improntata a un descrittivismo su base ontologista, ritiene conveniente isolare elementi «aperti al riempimento valoriale» (Mezger avrebbe detto «normativi»).

Per poi, in un momento successivo, riproporre *apertis verbis* l'antica dicotomia mayeriana, caratterizzando in particolare gli elementi normativi come quelli «solo spiritualmente accessibili»; e dopo ancora isolare «speciali contrassegni del dovere giuridico» estranei al *Tatbestand* e all'oggetto del dolo[11].

---

[8] Riguardo al pensiero di G. Maggiore *supra*, II.3 della sez. II.

[9] V. *supra*, II.5 della sez. II.

[10] Su B. Petrocelli, *supra*, II.4 della sez. II.

[11] Per un'analisi di varie tappe del ragionamento welzeliano, per l'appunto *supra*, II.5 della sez. II.

Si è rimarcato anche che, in Italia, Pietro Nuvolone sarà vessillifero coerente del «tutto descrittivo».

Con l'eccezione però, per es., di un cenno nelle pagine del *Sistema* a «elementi, che esattamente si chiamano normativi»; cenno che fra le altre cose conferma la vitalità della distinzione descrittivo/normativo nell'ambito della manualistica[12].

Karl Heinz Kunert, poi, autore di segno tuttodescrittivista quanto a premesse culturali e filosofiche, è Maestro come forse nessun altro nel distinguere e sottodistinguere un ventaglio estremo di concetti tipici, confermando con la sua monografia la difficoltà di indirizzare gli elementi della fattispecie su un «unico binario»[13].

Tirando le fila[14], si può osservare che solo Ulrich Dopslaff, fra gli autori tuttodescrittivisti o tuttonormativisti, da "irriducibile" non denota incertezze quanto all'esigenza di abbandonare la distinzione descrittivo/normativo[15].

Le "oscillazioni" degli altri studiosi esaminati certamente *non* costituiscono *autonoma prova* della sensatezza dogmatica e pratica di una distinzione concetti descrittivi/concetti normativi; entrano però a comporre un *"ambiente" favorevole* – ancora da "assestare" – intorno alla praticabilità di quella differenziazione.

3. Segue. *Il «dolore del confine» come tema caratteristico del diritto penale e non solo della distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi*

In questo paragrafo vorrei svolgere una riflessione sulla «difficoltà del confine» in ambito penale – in termini filosofici e generali, si po-

[12] Su P. Nuvolone, *supra*, II.6 della sez. II. Circa la collaudata presenza degli elementi normativi in manuali e opere di carattere generale *supra*, III.1.

[13] Per uno studio delle classificazioni di K.H. Kunert, *supra*, II.7 della sez. II.

[14] E potendosi ricordare che anche un autore come Edmund Mezger, che pure *problematizza* (senza arrivare all'onninormativismo o all'onnidescrittivismo) lo spartiacque tra il descrittivo e il normativo, propone svariati argomenti per la separabilità delle due classi: v. *supra*, II.2 della sez. I.

[15] Su U. Dopslaff, *supra*, II.8 della sez. II.

trebbe parlare di un autentico «dolore del confine» – per rammentare come problemi di *actio finium regundorum* non si pongano solo quanto a concetti descrittivi e concetti normativi: il «dove passa il confine?»[16] è una *domanda esistenziale*, o almeno ricorrente, in diritto penale; anche solo pensando alla parte generale, questo interrogativo preme sui più diversi istituti.

Quel che interessa mostrare, come esito del breve *excursus*, è che la «rinuncia al confine» rappresenta esclusivamente *una* fra le possibili soluzioni, e in particolare una soluzione che legittimamente potrebbe discendere solo da una *ponderazione di costi e benefici* che coinvolga il triplice punto di vista dogmatico, politico-criminale e tecnico-funzionale.

Si pensi alla *vexata quaestio* della distinzione tra *interpretazione estensiva* (generalmente ritenuta ammissibile) e *analogia* (Danimarca a parte, vietata)[17].

In proposito, decisivi studi di ermeneutica hanno chiarito come la precisazione del significato semantico della norma – necessaria per definire l'ambito dell'interpretazione semplicemente estensiva – abbisogni tuttavia «circolarmente» del ricorso a un processo analogico, potendo una norma giuridica essere compresa solo mediante il *tertium comparationis* dato dal senso oggettivo della norma stessa.

Accogliendo tale visuale, il cippo posto tra interpretazione estensiva e analogia sembrerebbe vacillare clamorosamente eppure…

> proprio l'Autore che maggiormente ha approfondito questa tematica [il riferimento è a Winfried Hassemer] ha concluso per la persistente validità del divieto [di analogia]: nonostante si debba avere piena coscienza del fatto che può essere aggirato e che non esiste un procedimento sicuro per scoprirne ed eliminarne l'aggiramento, esso rappresenta pur sem-

[16] Citando M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.

[17] Sull'esperienza danese, G. FORNASARI, *Il principio di legalità*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012, 17-18.

pre un pilastro fondamentale dello Stato di diritto, un argomento forte per far valere importanti ragioni di politica del diritto[18].

Un «confine conteso»[19] simile pertiene ai concetti di *dolo eventuale* e *colpa cosciente*.

In materia, giurisprudenza e dottrina hanno dato sfoggio di un vasto campione di – alternativi o preferibilmente, laddove compatibili, cumulativi – criteri di differenziazione: «teoria della possibilità», «teoria della probabilità», «teoria della manifestazione obiettiva della volontà di impedimento o della schermatura del rischio», «teoria del consenso o dell'approvazione», «teoria dell'indifferenza o della rassegnazione»; e poi ancora «teoria dell'accettazione del rischio» (probabilmente, almeno in Italia, ancora il paradigma più accreditato), «teoria della decisione dell'autore a favore di un evento di danno che una persona coscienzosa e avveduta, appartenente allo stesso circolo di rapporti, non avrebbe preso in considerazione» (la proposta di S. Canestrari che ha raccolto recenti adesioni anche in sede applicativa) e via dicendo[20].

Dalle incertezze nella scelta di criteri distintivi appaganti ovvero sicuramente non «manipolabili»[21] (oltre che dall'opportunità di calibrare

[18] In questo senso, per tutti, la sintesi di G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 30-31. Per un forte «no» all'impiego penalistico dell'analogia, che «sorprende», «travolge» il cittadino, v. da ult. dello stesso W. HASSEMER, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale* (2009), trad. ed ed. it. a cura di D. Siciliano, Bologna, 2012, 131-134, pure ribadendo i noti *Leitmotive* del proprio pensiero (48): «non assiomatizzabilità delle leggi; mancanza di univocità del linguaggio della legge; non deducibilità dei risultati; comprensione della norma nel caso particolare e produzione del caso per mezzo della norma; spostamento continuo dello sguardo tra la norma e il caso».

[19] L'espressione è in T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1302-1318.

[20] Per un quadro monografico S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

[21] Sull'esigenza di una corretta «provabilità» del dolo eventuale v. *inter alios* O. ISFEN, *"Das Leben ist wie ein Schneeball" oder Strafrechtliche Relevanz von enttäuschten Zukunftserwartungen im Wirtschaftsverkehr*, in M. HEINRICH e altri (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, 998-1002.

una adeguata risposta sanzionatoria), traggono origine gli interessanti suggerimenti volti a introdurre nell'ordinamento italiano un *tertium genus* capace, sul modello della *recklessness* inglese, o della *mise en danger* francese, di "mediare" la responsabilità stretta attualmente tra gli estremi del dolo e della colpa[22].

Ma sorge anche il *caveat* circa le «sterili dispute sull'eventuale "posizione dogmatica", nel nostro sistema penale, di istituti ad esso estranei»; e il conseguente invito a una rinnovata riflessione «sull'importanza di una "faticosa" ma indispensabile opera di descrizione della linea di demarcazione tra dolo e colpa, […] senza esigere una loro "saldatura" in assenza di gradini "intermedi"»[23]. Un auspicio metodologico che con i dovuti adattamenti mi pare trasponibile in altri contesti giuridici ove aggallano «difficoltà di confine»: progettiamo *de lege ferenda*, ma rimbocchiamoci innanzitutto le maniche con il già vigente!

In altre situazioni normative, la soluzione italiana del «mantenimento del confine» risulta invece praticamente isolata guardando al panorama comparatistico.

Così, rispetto alla disciplina di *desistenza volontaria* e *recesso attivo*: con le altre uniche eccezioni del vigente sistema svizzero e di quello previgente turco, tutti gli ordinamenti trattano identicamente le due ipotesi (di solito, nel segno dell'esclusione della punibilità)[24].

Ma in questi numerosi Paesi c'è una *ragione pressante* perché quel confine sia logicamente e normativamente abbattuto: si tratta esattamente dell'accoglimento di un'*impostazione «soggettiva»* del tentativo[25], laddove si consideri che la dicotomia soggettivo/oggettivo (*rec-*

[22] Cfr. F. CURI, *Tertium datur. Dal* common law *al* civil law. *Per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003.

[23] S. CANESTRARI, *op. cit.*, 294.

[24] Cfr. il quadro offerto da G. FORNASARI, *Il reato*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *op. cit.*, 93-97.

[25] Infatti, come spiega G. FORNASARI, *Il reato*, cit., 96, «non punire chi si è adoperato con successo, non importa se prima o dopo il completamento della condotta, perché il reato non si consumasse significa riconoscere il venir meno della pericolosità soggettiva dell'autore, che con il suo comportamento complessivo ha dimostrato quel "ritorno alla legalità" che rende inutile l'intervento sanzionatorio».

tius: tendenzialmente soggettivo/tendenzialmente oggettivo) esprime per natura *Weltanschauungen* così profonde da «condensare» quelle *triplici istanze* dogmatiche, politico criminali e funzionali generalmente idonee, come si premetteva, a suggerire la scelta *tranchant* dell'«abbandono del confine».

In un'altra pur assai delicata «situazione di confine»[26], come quella relativa alla distinzione tra *ubriachezza abituale* (art. 94 c.p.) e *ubriachezza cronica* (art. 95 c.p.), una non trascurabile somiglianza delle manifestazioni tipiche dell'uno e dell'altro stato sintomatologico non dovrebbe far perdere di vista che nella prima «vi è ancora, dopo ogni episodio di intossicazione acuta, la completa *restitutio in integrum* del soggetto, che manca invece nell'intossicazione cronica, caratterizzata da alterazioni psichiche permanenti»[27]. Distinzione sintomatologicamente e probatoriamente ardua ma concettualmente dovuta e possibile, quindi.

Una *prima lezione* che si può trarre dalla cursoria esemplificazione qui proposta è che ipotesi di «confine conteso» sono assolutamente normali nell'ambito dello *ius criminale*: del resto, il diritto e la scienza penale hanno a oggetto una realtà *specialmente complessa* come quella del delitto e dell'uomo delinquente, ed è in buona misura fisiologico che i legislatori tipicizzino istituti e gli studiosi impieghino categorie concettuali non separabili immediatamente con un colpo d'accetta[28].

Per la precisazione circa il passaggio, nel panorama storico-comparato, «[d]a un soggettivismo a più soggettivismi», così come «[d]a un oggettivismo a più oggettivismi», S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 823-834.

[26] Delicatissima alla luce del trattamento profondamente diverso che ne consegue ai sensi degli artt. 94 e 95 c.p.

[27] M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, *Art. 85-149*, IV ed., Milano, 2012, 71.

[28] Sulla complessità del nostro settore di studi A. CADOPPI, *Simpatia, antipatia e diritto penale*, cit., 257: «Il diritto penale, in fondo, e (per certi versi) per fortuna, non è una scienza pura. Non ha a che fare con le leggi della fisica o della chimica. Ma con l'*uomo* e dunque anche coi suoi *sentimenti*». Vale dunque anche per chi fa ricerca il monito di H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967, 5: «Der Student vergesse […] niemals, daß es im Strafrecht nicht nur um Dogmen geht, sondern vor allem um den Menschen und seine praktischen Nöte».

Vero ciò, non si lasci l'interprete aprioristicamente intimorire dall'insussistenza di un criterio matematico di differenziazione tra descrittivo e normativo ovvero dalla presenza di anche rilevanti casi «grigi».

Un *secondo insegnamento* va nel senso che la «difesa del confine» non ha da essere tabuizzata perché potrebbero esserci motivi fondati – di taglio, si ripete, dogmatico, politico-criminale, tecnico-funzionale – per fare *tabula rasa* di una data tradizione legislativa e concettuale e incamminarsi su nuovi sentieri giuridici.

Occorre in ogni caso, per l'appunto, che sia ricostruibile una *sinergia di tali motivazioni*: sarebbe sensato abolire il divieto di analogia e la sua distinzione dall'interpretazione estensiva solo perché abbiamo scoperto che il ragionamento giuridico assume una vaga forma analogico-circolare?

Un tale interrogativo retorico non ci dice ancora nulla di assoluto riguardo al tema della nostra dimostrazione: se sia ancora argomentabile una distinzione nel seno della fattispecie tra elementi che assumono «un significato anche solo parzialmente diverso da quello che gli attribuisce il linguaggio comune»[29] ed elementi tecnicamente definibili come descrittivi; esso costituisce però, mi pare, un invito alla cautela prima di procedere a un eventuale abbandono.

4. Segue. *Casi (incerti ma anche casi) facili di inquadramento di un elemento come descrittivo o come normativo: il significato di questi secondi per la praticabilità della distinzione*

Quel «dolore del confine» di cui s'è tracciato uno schizzo nel punto precedente si manifesta peraltro, quanto alla distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi, *sotto molteplici forme*.

Una prima manifestazione di tali difficoltà è data da quella che potremmo definire «contingente storicità dell'appartenenza alla classe del descrittivo o a quella del normativo».

[29] Così contrassegna le «unità linguistiche qualificate» F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 256-257.

Il "cambiamento di casacca" può avvenire in via ermeneutica[30] o in via legislativa.

Con particolare riferimento a questa seconda ipotesi, ciò che con icastico giuspositivismo scriveva von Kirchmann circa la sufficienza di «tre parole di rettifica del legislatore perché intere biblioteche diventino carta da macero»[31] sembra essersi paradigmaticamente inverato in relazione al concetto di «morte», un tempo prototipo di elemento di tipo cognitivo-descrittivo (evidentemente, perché «comunicabile mediante il linguaggio comune» e non in quanto «percepibile con i sensi»); e oggi, nel nostro ordinamento, giuridicizzato attraverso la coincidenza con la «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» (art. 1 l. 29/12/1993, n. 578).

Si ammette cioè *per tabulas* una possibile non coincidenza di morte in senso biologico o clinico e morte in senso normativo (normativo-giuridico), stabilendosi per tali ipotesi la prevalenza della seconda nozione. Né si potrebbe plausibilmente negare una piena competenza del legislatore a interporre criteri «normativi» di «selezione» rispetto ai fatti «naturali» che lo precedono come dato di realtà, e nell'ambito di questi la stessa realtà «drammaticamente fattuale» della morte, o della malattia[32].

Una seconda ragione di criticità rispetto alla possibilità di tracciare un netto confine tra *deskriptive* e *normative Merkmale* viene individuata nella presenza di componenti descrittive in elementi pur «prevalentemente normativi» e di componenti normative in elementi «prevalentemente descrittivi».

---

[30] Cfr. G. BETTIOL, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco nella società italiana*, in *Quest. crim.*, 1981, 35: «attraverso le interpretazioni anche l'elemento più descrittivo può diventare normativo specie trattandosi di un'interpretazione finalistica».

[31] J.H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1938), in J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, cit., 18.

[32] Per quest'ultima osservazione, D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, 63-64. Sulla triplice alternativa teorica concetto normativo/concetto naturalistico (per es.: la mancanza di attività respiratoria, o l'arresto del battito cardiaco)/concetto culturale di morte (per es.: la morte come beneficio che elimina sofferenze insopportabili), F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, III ed., Torino, 2008, 35-36.

Il rilievo è diffuso soprattutto nella letteratura tedesca[33], ma anche in quella italiana si sottolinea come per esempio la stessa nozione di morte, a onta della sua «normativizzazione», non abbia perso un «substrato fondamentalmente descrittivo», fino ad assumere una «duplice natura "descrittivo-normativa"»[34]; o come il concetto di *habitat*, nell'art. 733-*bis* c.p. di recente introduzione («distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto»), presenti una natura

> normativa in relazione alle due direttive comunitarie […]; "naturalistica" rispetto alla formula "[…] habitat naturale", che parrebbe rimandare alla valutazione in concreto del giudice, anche a prescindere da atti amministrativi o definizioni/classificazioni legislative[35];

[33] Cfr. per es. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996, 269-270; C.J.M. SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Tübingen, 2008, 126-130; O. MORRIS, *Die normative Restriktion des Heimtückebegriffes auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen*, Berlin, 2010, 36-38; B. HEINRICH, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, in *Strafrecht als Scientia Universalis*, cit., 456-459; A. ZORN, *op. cit.*, 213 e 217; J. EISELE, *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesezbuch. Kommentar*, XXIX ed., München, 2014, 161; D. STERNBERG-LIEBEN, F. SCHUSTER, *§ 15*, *ivi*, 254 e 257-258; K. PAPATHANASIOU, *op. cit.*, 35-36, come opinione «più vicina alla realtà», data l'«artificialità» della distinzione descrittivo-normativo, non rinunciando comunque l'autrice a concettualizzare (119, 268-277) elementi «il cui contenuto significativo è ricavabile dai cinque sensi descritti da Aristotele» ed elementi «rispetto ai quali è necessaria una valutazione, ovvero un rispecchiamento della fondamentale decisione legislativa nell'orizzonte di comprensione dell'agente»; v. anche EAD., *Die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters. Vorschlag eines verfassungsbezogenen Kriteriums als Alternative zur Parallelwertung in der Laiensphäre*, in *Strafrecht als Scientia Universalis*, cit., 467-486.

[34] Cfr. L. RISICATO, *op. cit.*, 65-66. Il concetto di «morte» si presterebbe dunque a fungere da esempio sia di «trasformazione di elemento da descrittivo a normativo» sia, sotto diversa angolatura, di elemento «duplicemente descrittivo-normativo».

[35] C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, 6.

o anche come la nozione di «materiale pornografico» non sia soltanto affidata a un criterio valutativo «etico-sociale» ma possieda pure caratteristiche «empirico-fattuali»[36].

Un terzo epifenomeno viene infine ravvisato – in particolare, mettendo a frutto uno spunto di Ferrando Mantovani[37], da Antonio Vallini – nella categoria degli elementi «eventualmente normativi» (o, indifferentemente, «eventualmente descrittivi»), nel senso di elementi che «possono operare, *alternativamente ed in relazione alla fattispecie concreta*, come descrittivi o come normativi»[38].

Fra gli esempi portati, la nozione di «aiutare taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato» contemplata nel favoreggiamento reale (art. 379 c.p.), come riferibile ad attività sia di tipo materiale sia giuridicamente rilevanti (e infatti, si osserva, emerge nel secondo caso il problema di distinguere il favoreggiamento reale dalla ricettazione, quest'ultima espressamente comprensiva di condotte qualificate normativamente); o l'«artificio» nella truffa, laddove la «rappresentazione di una realtà diversa dal vero» potrà anche essere data da una «realtà legale»; o, ancora, la «distrazione» nella bancarotta fraudolenta [art. 216, n. 1) l. fallimentare], come ugualmente aperta a condotte di natura giuridica e a comportamenti materiali[39].

---

[36] L. RISICATO, *op. cit.*, 211.

[37] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2001, 386, ove, nel trattare dell'«errore sul fatto dovuto ad errore su legge extrapenale», si allude alla nozione dell'«elemento normativo, *implicito* o compreso in un'espressione linguistica più vasta». Si noti che a partire dalla V ed., Padova, 2007, 362 (v. ora la citata IX ed., 372), l'illustre autore ha a sua volta adottato la terminologia elementi «totalmente normativi»/«eventualmente normativi» suggerita da A. Vallini (v. testo che segue).

[38] L'a. precisa come la concettualizzazione proposta da un lato sia «parzialmente diversa» da quella (richiamata anche qui, immediatamente sopra) secondo cui la maggior parte degli elementi risulterebbe al contempo caratterizzata da momenti descrittivi e da momenti normativi, venendo piuttosto in rilievo «la possibile capacità di un medesimo elemento di una medesima fattispecie di assumere ora la funzione di elemento normativo, ora quella di elemento descrittivo»; dall'altro, come tale visuale, pur comportando una «relativizzazione» dei confini tra elementi descrittivi ed elementi normativi, non intenda «necessariamente sfociare in una "negazione" di quegli stessi confini».

[39] Cfr. A. VALLINI, *Errore di diritto e profili descrittivi del fatto: spunti per un ripensamento della categoria degli elementi normativi, nel contesto di un approccio*

Difficoltà di "tenuta" della distinzione tra descrittivo e normativo non possono né debbono essere dunque negate; esse sono anzi "scomponibili" nelle tre costellazioni problematiche ora ricordate.

Valgano tuttavia le segnalazioni già svolte più in generale nel paragrafo precedente quanto all'opportunità di «non drammatizzare il dolore del confine»: anche distinzioni che appaiono altamente problematiche, o legislativamente meritevoli di superamento, sotto altri versanti risultano fondatamente conservabili.

E valga, con diretto riferimento all'*an* della distinguibilità descrittivo/normativo nella composizione della fattispecie, la sussistenza di ipotesi che *non* danno luogo alle anfibologie sopra rilevate, e anzi rispetto alle quali attribuzioni di «identità differenziate» mantengono una precisa attendibilità.

Si pensi all'esempio classico e sempre vivo dell'«altruità» nel delitto di furto[40].

Se noi *eliminassimo mentalmente* le categorie interpretative del «normativo» e "a cascata" del «normativo giuridico», si aprirebbero due strade classificatorie: quella di considerare l'altruità come elemento descrittivo o quella di designarla *tout court* come «elemento della fattispecie».

La prima via peraltro si appalesa subito *gravida di incongruenze*, non risultando l'altruità afferrabile con i sensi; e del resto, per richiamare ancora una volta anche l'altro criterio più diffuso e attendibile nell'ottica dell'individuazione degli elementi descrittivi, non sembra l'altruità comunicabile con il linguaggio quotidiano, pena la perdita di ogni significato tecnico-specialistico del concetto. La seconda soluzione, per converso, per forza di cose impoverirebbe la ricostruzione di uno statuto dell'elemento altruità, *senza che* alla carenza di benefici definitori faccia da contrappeso l'eliminazione di rilevanti vizi concettuali.

Al di là del ricorso all'eliminazione mentale – procedimento che in ogni caso, sia detto per inciso, pare proficuamente valorizzabile nel

---

"problematico" all'art. 47, 3° co., c.p., in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, cit., 743-755, spec. 753-755.

[40] Sull'altruità quale «modello di elemento normativo, particolarmente chiaro» D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, cit., 98, nt. 65.

campo penalistico[41] – negli speculari termini positivi sembra corretto osservare come l'altruità di cui all'art. 624 c.p. sia puntualizzabile solo attraverso norme, *rectius* norme giuridiche e segnatamente norme civilistiche.

Un «caso facile» di elemento normativo, quindi (facile, beninteso, quanto all'inquadramento dogmatico; impregiudicate le difficoltà ermeneutiche che la lettura delle norme sui modi di acquisto della proprietà potrebbe generare)[42].

Anche per l'«osceno», quale prototipo di elemento normativo culturale (o etico-sociale), possiamo argomentare in chiave di eliminazione mentale[43].

---

[41] Notissimo è l'uso dell'eliminazione mentale per l'accertamento della *condicio sine qua non* nei reati commissivi. Ma si pensi anche a un suo impiego per il riscontro di elementi «accidentali» quali le circostanze la cui ipotetica eliminazione non «toccherebbe» l'esistenza del «reato-base» o preferibilmente, come è stato perspicuamente chiarito, del «titolo autonomo di reato»: v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 737-755, 774-775; o a un suo utilizzo per verificare il rilievo già tipico-oggettivo del dolo specifico: se si vuole, S. BONINI, *Doping e diritto penale*, cit., 270-271.

Mi richiamo dunque rispetto al nostro problema a una «eliminazione mentale», immaginando espunta dallo scibile penalistico la qualifica di elemento normativo. L'esito cui si giunge nel testo comunque non cambierebbe se ci si riferisse a una «sostituzione mentale», ipotizzando il rimpiazzo della qualifica di normativo con quella di descrittivo o di «semplice» elemento della fattispecie.

[42] V. infatti per una silloge delle questioni esegetiche originate dall'«altruità» della cosa H. OTTO, *Rechtsgüterschutz und Fremdheitsbegriff der §§ 242, 246 StGB*, in *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*, cit., 507-520, mostrando in ogni caso (511-512) come l'accoglimento di concezioni più sostanzialistiche del bene protetto dal furto – il «rapporto di dominio sulla cosa», anziché la «proprietà come formale posizione giuridica» – non implichi un abbandono della «aderenza» del concetto penalistico di altruità rispetto a quello civilistico.

[43] Il delitto di atti osceni (art. 527, co. 1, c.p.) è stato trasformato in illecito amministrativo dall'art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 15/1/2016, n. 8. L'esempio ci pare resti comunque rilevante, triplicemente facendo parte della storia (recentissima) del diritto penale, rientrando attualmente in un concetto ampio di «materia punitiva» [cfr. A. GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'riforma della disciplina sanzionatoria' (art. 2 l. 28.4.2014 n. 67)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2015, 19, nt. 122] e, con modulazioni, risultando estensibile ad altri illeciti pure coinvolgenti la persona (si pensi all'ingiuria).

Se noi «mettiamo fra parentesi» tale qualificazione, verrebbe astrattamente in discussione quella di concetto descrittivo: ma la «riduzione» dell'oscenità a «dato diretto di puro fatto»[44], legato all'esperienza sensoriale o alla comunicazione linguistica propria del *quivis de populo*, ne immiserisce *poco ragionevolmente* la caratterizzazione.

Così come euristicamente non pregnante sarebbe una designazione dell'osceno quale «concetto della fattispecie» senza ulteriori specificazioni: il *deficit* esplicativo di tale definizione farebbe aggio su *supposti pregi* legati alla rescissione del cordone ombelicale con il controverso mondo delle «norme».

"Positivamente", d'altro canto, è proprio a «norme sociali o di costume» che l'interprete teorico e il giudice dovranno rifarsi per definire l'«osceno» quale elemento di un illecito.

Si tratta certamente di un terreno normativo notevolmente vasto e fortemente valutativo, che secondo una diffusa critica traduce un «bilanciamento» privilegiante unilateralmente istanze di raccordo con la realtà sociale a scapito del principio di determinatezza[45].

E tuttavia non dovrebbe essere *de lege lata* in discussione che sia proprio entro il *perimetro delle valutazioni sociali dominanti* (e non nei «nudi fatti») che occorre ritagliare una lettura aggiornata delle «fattispecie con l'elemento dell'osceno».

In breve: riferimenti magari opinabili, quelli cui rimanda il concetto di «osceno», la cui natura normativa sarebbe tuttavia difficile negare[46].

Mutatis mutandis, la stessa argomentazione in forma di eliminazione mentale e successiva «riconversione» in locuzioni positive potrebbe

---

[44] In generale, per questa nozione di concetto descrittivo, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, 144.

[45] Per insuperate analisi in argomento, D. PULITANÒ, *Il buon costume*, in R. ODORISIO, M.C. CELORIA, G. PETRELLA, D. PULITANÒ, *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, 165-229; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984.

[46] Proprio dalla nozione di «comune sentimento del pudore» muove la rassegna di F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 132-144 intorno alla variegata «presenza, nel nostro ordinamento, di numerose ipotesi in cui la norma penale si 'appoggia' ad una norma culturale, al pari della vite che, per portar frutto, deve aggrapparsi al suo sostegno» (143-144).

essere ripetuta per gli «elementi tecnicamente specificati», le cui caratteristiche di elementi normativi pur contrassegnati da importanti peculiarità sono state dettagliate nel capitolo I.

Anzi, proprio in considerazione di tali specificità si potrebbe qui aggiungere come l'origine tecnico-scientifica dei parametri di definizione di tali elementi (si ripensi alle liste di sostanze stupefacenti, o dopanti) ne renda ancora più evidente una non assimilabilità a elementi «descrittivi» o a elementi *sic et simpliciter* tipicizzanti il *Tatbestand*.

E così, simmetricamente, se pensiamo quale paradigma esemplificativo di elemento «descrittivo» alla «rissa», sarebbe arduo proporne una "riconversione" in elemento normativo: quali norme giuridiche o culturali potrebbero orientare l'ermeneutica dell'art. 588 c.p.?

E quali reali benefici si avrebbero a designare la rissa come elemento della fattispecie senza ulteriori aggettivazioni?

Appare invece verosimile che la nozione di rissa sia sensorialmente e linguisticamente attingibile dall'agente *ex ante* e dal giudice *ex post*, *senza la mediazione* di norme o complessi di norme diverse da quella dell'art. 588.

All'evidenza, la designazione della rissa come elemento descrittivo lascerà aperta tutta una serie di problemi esegetici[47] – del resto, il concetto di rissa coincide singolarmente con il *nomen iuris* e con l'integrale messaggio precettivo –[48]; ma con un corretto incasellamento categoriale avremo fatto almeno un primo passo verso la chiarezza concettuale (cui si aggiungeranno i «corollari» funzionali e normativi che discendono da quell'inquadramento).

Se l'ipotesi della rissa non persuadesse, forse più esplicativo potrà essere un altro consueto esempio di concetto descrittivo, che merita di

[47] Per una rassegna sintetica dei quali, v. per es. M. MATTHEUDAKIS, *Art. 588*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 2024-2028; una disamina monografica in F. BASILE, *Il delitto di rissa (art. 588 c.p.). Teoria e prassi*, Roma, 2014.

[48] Della rissa come «fattispecie incriminatrice incentrata tutta su un *nomen* e su una disciplina» scrive F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 189-190; sul punto, F. BASILE, *Il delitto di rissa*, cit., 48-49.

essere confermato in base ai criteri che sto qui utilizzando: l'«uomo» quale soggetto passivo dell'omicidio (art. 575 c.p.).

Qui, norme a qualsiasi *species* appartenenti non sembrano ricoprire alcuno spazio.

Si tratta invece di una «realtà non descritta (ma descrivibile) dal legislatore»[49] e oltretutto di una realtà che, a differenza della rissa, non solleva particolari quesiti ermeneutici; apparendo le precisazioni sulla ricomprensione nell'uomo del maschio e della femmina, del maggiorenne e del minorenne, del soggetto normale e del c.d. mostro, più frutto di un'esigenza di chiarificazione didattica e manualistica relativa al significato dell'interpretazione estensiva che espressione di vere e proprie aree di incertezza sull'ambito semantico e applicativo del concetto[50].

Sintetizzando il nocciolo argomentativo di questo paragrafo.

È vero che si danno casi in cui la qualificazione di un concetto del *Tatbestand* come descrittivo o viceversa come normativo risulta *incerta od "oscillante*": tali difficoltà sono anzi sembrate articolabili in tre costellazioni tipologiche.

Ma da pur rilevanti situazioni di incertezza nell'assegnazione all'una o all'altra classe di elementi, non pare corretto desumere la *radicale impossibilità* di tracciare la distinzione in parola.

Si danno infatti anche *tradizionali* ipotesi di elemento descrittivo e di elemento normativo che possono anche oggi essere *convalidate* come tali, e che confermano la praticabilità in sé di quella bipartizione[51].

Questa *summa divisio* negli elementi della fattispecie può essere peraltro a mio avviso efficacemente dimostrata, se si vogliono evitare intuizionismi o apriorismi, solo attraverso un ricorso coordinato a più canoni argomentativi, nell'ambito dei quali dunque quanto evidenziato nel presente paragrafo riveste forse speciale significato ma ancora non rappresenta la "pistola fumante".

---

[49] Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, IX ed., cit., 67.

[50] In ogni modo, come si vedrà meglio in seguito – cap. V – la più o meno agevole interpretabilità di un concetto della fattispecie non ha necessariamente a che fare con la sua appartenenza alla classe del descrittivo o a quella del normativo.

[51] Breve: sarebbe paradossale che il *focus* giustamente dedicato agli *hard cases* facesse perdere di vista l'esistenza di casi (relativamente) facili e paradigmatici!

5. Segue. *La logica* fuzzy *come (superabile) fattore di crisi di una distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi*

L'idea che si possa parlare esclusivamente, a seconda dei casi, di una «prevalenza di normatività» o di una «prevalenza di descrittività» – fino a doversi negare la «rigidità» delle classi di «normativo» e «descrittivo»[52] – potrebbe peraltro trovare un nuovo addentellato anche in una forma di logica relativamente recente.

Si allude alla logica *fuzzy*, le cui caratteristiche salienti vale la pena qui quasi in forma di parole-chiave sintetizzare.

Fondamentalmente, si tratta di una logica «non-classica» o «deviante», che respinge i postulati aristotelici di «identità», «non contraddizione» e «terzo escluso»[53], quali principi forieri di risultati lontani dal senso comune e comunque incapaci di cogliere la realtà caleidoscopica del mondo: realtà «sfumata» o (stando all'etimologia di *fuzzy*) «lanuginosa», mai veramente «bianca» o «nera».

---

[52] O forse la stessa *costruibilità autonoma* del descrittivo e del normativo: dire che si possa ragionare soltanto in chiave di maggiore normatività *versus* maggiore descrittività non equivale teoreticamente a cancellare le categorie degli elementi normativi e degli elementi descrittivi; ma, in ultima analisi, la distanza dalle posizioni che negano *tout court* la distinguibilità delle due tipologie di concetti è solo questione «quantitativa».

Sotto un angolo visuale in qualche misura convergente, potrebbe comunque ammettersi che «[i]n termini di stretto rigore, tutti gli elementi del fatto presentano un certo grado di normatività: anche quelli descrittivi postulano pur sempre il riferimento ad un parametro, che in essi è dato dall'esperienza comune»; salvo poi riconoscere – l'esito coincide con quello cui si perverrà attraverso la dimostrazione qui in corso di sviluppo – che «negli elementi descrittivi il parametro è talmente diffuso nel contesto sociale, e talmente immedesimato nelle caratteristiche proprie dell'oggetto, da non determinare alcuna scissione tra momento percettivo e momento valutativo; mentre negli elementi normativi il momento percettivo resta muto se non è adeguatamente correlato al parametro che ne definisce il valore»: v. T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, 109.

[53] A riguardo, F. PUPPO (a cura di), *La contradizion che nol consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010, con introduzione di M. MANZIN, *Per un approccio multidisciplinare allo studio del principio di non contraddizione*, 9-20.

Centrale, nella *fuzzy logic*, è piuttosto il concetto di «vaghezza»: vaghezza del linguaggio, del rapporto linguaggio/oggetti o, forse, direttamente degli oggetti. In ogni caso, una costitutiva «imprecisione» o «sfocatura» definitoria che impedisce di esaminare la gran parte dei casi secondo la dicotomia vero/falso, o appartenenza/non appartenenza.

Ora, questo tipo di logica merita di essere considerata con interesse: anzi la «scommessa del *flou*» (o per l'appunto del *fuzzy*), come osserva il filosofo del diritto, «potrebbe risultare vincente, essendo finalmente capace di coniugare le più recenti acquisizioni della scienza, della logica e della tecnologia alla vita sempre cangiante del diritto»[54].

E, del resto, a me pare che la logica *fuzzy* sia tipicamente sottesa a istituti penalistici giocati su *profili di discrezionalità*, rispetto ai quali il legislatore non si aspetta dal giudice una risposta in termini di *Trennungsdenken*.

Si pensi alla *commisurazione della pena*: considerato che lo scopo di questa è calibrare la pena più adeguata alla luce di ogni possibile *nuance* rinvenibile nel fatto concreto e nella personalità dell'agente, è chiaro come tutti i sette complessivi sottoindici, nei quali ai sensi dell'art. 133 c.p. si articolano gravità del reato e capacità a delinquere, si presentino necessariamente «vaghi» o «sfumaturizzati», con il solo vincolo dell'orientarsi ad alcune idee-guida di rango costituzionale (il finalismo rieducativo, in affiancamento al principio di colpevolezza che si staglia quale primario argine garantistico).

Tuttavia: si spiega anche l'atteggiamento di chi reputa la *fuzzy logic* – in specie nella versione di «analisi computerizzata», o quando si spinge a riconoscere che «anche verità parziali sono verità» – *eccessivamente distante*, rispettivamente, dalle istanze, *umanistiche* e *di certezza* sostanziale e processuale, che governano la materia penale[55].

---

[54] Così F. PUPPO, *Logica* fuzzy *e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, nel concludere un bel saggio (631-656) cui si rinvia per approfondimenti; v. ora ID., *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica tra tendenze 'conservatrici' e 'innovatrici'*, Roma, 2013, 163-169.

[55] Cfr. G.P. DEMURO, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano, 2010, 53-58, spec. 56; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 12-13, nt. 28: «Ci piace la logica *fuzzy* per spiegare come le forme del dolo e della colpa non siano

E in particolare si comprende come il concetto di vaghezza che è perno della logica *fuzzy* sia investito dalla *diffidenza "professionale"* del penalista che tende, quasi istintivamente, a seconda dei casi a contrastare o a rimuovere simili nozioni.

In ogni caso, mi sembra che ci sia senz'altro un fondo di verità nell'«applicare» un approccio *fuzzy* a *deskriptive und normative Merkmale*: probabilmente, anche un Mayer o (soprattutto) un Mezger redivivi[56] ammetterebbero che un'esperienza vissuta in chiave di *fuzziness*, unitamente a positivizzazioni normative come in Italia si è avuto per la nozione di morte[57], possano far *scricchiolare definitivi spartiacque* tra l'una e l'altra categoria di concetti.

Il riconoscimento di un nucleo di validità nell'idea di una sfuocatura delle caratteristiche degli elementi del *Tatbestand* non implica peraltro l'abbandono della possibilità di *pensare autonomamente* quegli elementi.

Si paragoni questa problematica al distinguo che viene tracciato tra *principi «dimostrativi»* e *principi semplicemente «argomentativi»*: i principi, anche costituzionali, si dice, sono *Optimierungsgebote*, come tali inconciliabili con la logica del «tutto o niente» e risultano suscetti-

---

riducibili a un vero concetto di genere, formale e linneano, ma non ci serve più se vogliamo impedire che un giudice s'inventi una nuova fattispecie di parte speciale»; I. PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz* (1989), in EAD., *Strafrechtsdogmatische Analysen*, Göttingen, 2006, 93 ricordando come, nonostante i contorni fluidi che presenta la realtà, dal giurista ci si debba attendere «solo di rado una decisione in termini di più o meno e di regola una decisione in termini di sì o no»; S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 1024, che scrive di «concezioni di tipo relativistico, delle quali la logica *fuzzy* potrebbe considerarsi espressione», subito dopo peraltro (1024-1025) felicemente recuperando un *Kern* di validità a questa logica nel richiamare il compito della scienza penale di effettuare «delicati bilanciamenti tra libertà individuale e autorità statale, comunque evitando esiti talmente radicali da risultare estranei al comune senso giuridico e al 'diritto vivente' espresso dalla giurisprudenza». Chioserei osservando che il *bilanciamento* appare, per dir così, *fratello siamese* di un approccio *fuzzy*; si aggiunga anzi che la stessa *comparazione*, grande protagonista del libro di Seminara, è per definizione relativizzante (rispetto alla presunta ontologia di date soluzioni interne) e dunque, se vogliamo, essa stessa, in questo specifico senso, *fuzzy*.

[56] In particolare, sulla "commistione" di normatività e descrittività in Mezger v. *supra*, II.2 della sez. I.

[57] V. immediatamente *supra*, III.4.

bili di indefinite possibilità di perfezionamento, essendo plausibile e spesso auspicabile che, grazie all'evolversi della coscienza giuridica complessiva, si assista alla «promozione» di un dato principio da argomentativo/di indirizzo politico/informatore a un più vincolante statuto di principio assiomatico o deduttivo[58].

Ma ciò – si badi – *non esclude* la separabilità concettuale delle due *species* di principi: ché anzi tale separabilità è il prerequisito del «movimento delle frontiere».

Discorso simile può a mio avviso farsi per le categorie che qui ci interessano del descrittivo e del normativo: esse possono essere sì *fuzzy* e indefinite nei loro confini estremi, possono intersecarsi, ma ciò non parla necessariamente contro l'esistenza delle due tipologie di elementi.

Insomma: le sfumature, le frontiere mobili e i contorni vaghi *presuppongono logicamente* classi concettuali distinte cui ancorarsi.

6. Segue*. Non automatica deducibilità dal comune inserimento nel «fatto» di più generali «avvicinamenti» tra le categorie degli elementi normativi e degli elementi descrittivi*

Vale la pena considerare anche il seguente aspetto.

Abbiamo visto nella seconda sezione del capitolo precedente come svariate, ricche – anche se, sulla base della dimostrazione che è in corso, opinabili e specificatamente rintuzzabili – siano le argomentazioni che vengono portate a favore delle rispettive tesi del «tutti gli elementi sono normativi» e del «tutti gli elementi sono descrittivi»; tali argomenti rivestono anche un taglio filosofico, o possono essere riferiti a visioni ideali del sistema penale.

Fra le motivazioni del "tutto normativo" e del "tutto descrittivo" non trova invece *espressamente* posto un collegamento con le categorie proprie di un'analisi tripartita del reato.

[58] Sulla diversa «forza di legge» dei principi dimostrativi e di quelli argomentativi, e sulla loro necessaria concretizzazione in «regole», ormai un *tópos* il rinvio a M. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996, 25-47, che ha sviluppato in ambito penalistico R. Dworkin e R. Alexy.

E tuttavia, come solamente accennato sopra[59], a me pare che dall'*humus* della collocazione nel «fatto» *tanto* degli elementi descrittivi *quanto* degli elementi normativi possa discendere un cedimento nell'attenzione alle peculiarità strutturali e funzionali dei *normative Merkmale* fino, in ipotesi, all'«azzeramento» di tale classe per attrazione nella categoria-*omnibus* degli «elementi della fattispecie».

Intendiamoci: l'inquadramento nella «casella» del «fatto» degli stessi elementi normativi è operazione *correttissima e salutare* sotto molteplici profili. Di essi – di tanto in tanto si rinnova la promessa – daremo compiutamente conto nel capitolo che segue[60].

E tuttavia questa sistematizzazione può avere l'*effetto collaterale indesiderato* di indurre a un «accorciamento delle distanze» tra concetti normativi e concetti descrittivi.

Precisiamo ulteriormente, a scanso di equivoci: una simile riduzione di distanze (se non un vero e proprio "ricongiungimento")[61] potrebbe risultare esistente nei fatti e raccomandabile nella sua teorizzazione dogmatica se in tal senso spingesse un *univoco articolato argomentativo*.

Ma questa precondizione a chi scrive non sembra sussistente; dalla dimostrazione che stiamo svolgendo dovrebbe emergere anzi una combinazione di motivazioni che vanno nella opposta direzione del mantenimento di una dicotomia *relativamente rigida* descrittivo/normativo.

Seppure in via di ammissione eventuale e in forma non del tutto esplicita, il nesso fra inquadramento nel primo gradino del fatto e diminuzione della tensione teorica e funzionale tra elementi descrittivi ed elementi «non descrittivi» (*alias*: normativi) traspare dalle pagine di G. Ruggiero: proprio in virtù della comune («partecipazione alla realtà naturale ed umana» e successiva) tipicizzazione nel «fatto», anche elementi contrassegnabili *prima facie* come normativi risulterebbero «oggetto di rappresentazione concettuale attraverso gli ordinari strumenti della lo-

[59] II.1 della sez. I.

[60] Sembra infatti coerente *prima* mettere in campo gli argomenti che militano per il riconoscimento di una categoria degli elementi normativi, *poi* tematizzarne l'inserimento nel «fatto».

[61] Si tratterebbe a quel punto di vedere se sotto l'insegna del «tutto normativo» o sotto la bandiera del «tutto descrittivo».

gica descrittiva»; e, reciprocamente, elementi in prima battuta definibili quali descrittivi assumerebbero il carattere della normatività «a causa della identica rilevanza che la previsione normativa [attribuisce] a tutti gli elementi o, meglio, della eguale funzionalità che ad essi [viene] riconosciuta sul piano della causalità giuridica»[62].

Ora, bastino poche parole per sottolineare come quel procedimento di «massima astrazione generalizzatrice»[63] che si traduce nella «delineazione gradualistica» delle categorie basiche proprie di qualsiasi reato corrisponde alle *più nobili funzioni della dogmatica* quale creazione di un «sistema in senso stretto, […] un sistema di regole logicamente chiaro, privo di contraddizioni interne e, soprattutto, almeno in linea di principio, privo di lacune»[64]. Stabilire se, postulando l'accoglimento della logica tripartita[65], un elemento appartenga al fatto tipico, all'antigiuridicità o alla colpevolezza (ovvero se eventualmente rientri nella punibilità, per chi si "spinga" alla quadripartizione, o nella «responsabilità per il fatto», costruendo *à la* Maurach) rappresenta dunque non «mera diversa collocazione dei mobili nella stanza»[66], come fu scritto facendosi probabilmente trascinare dalla *vis polemica*[67], ma operazione di decisivo significato sostanziale (e di altrettanto costitutivo impatto processuale).

Peraltro – se è fondata l'ipotesi circa un *rilevante condizionamento* prodotto dall'inquadramento nel «fatto» sulla relativizzazione della diade descrittivo/normativo –, mette conto ribadire e "aggiornare" il *Leitmotiv* metodologico di questo capitolo: neanche un profilo dogmaticamente così qualificante come la ricomprensione degli elementi normativi nel fatto può rappresentare ragione sufficiente per «appiattire»

[62] G. RUGGIERO, *op. cit.*, 153-154.

[63] Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 189.

[64] Richiamando M. Weber, L. MENGONI, *op. cit.*, 7.

[65] Si è già notato del resto (*supra*, II.2 della sez. I) che un problema effettivo di esatta collocazione degli elementi normativi nell'antigiuridicità o piuttosto già nella tipicità può porsi solo all'interno di costruzioni tripartite (ovvero eventualmente quadripartite, o pentapartite) e non nell'ambito di tesi che distinguono bipartitamente solo tra «oggettivo» e «soggettivo».

[66] Nell'«antico appartamento», testualmente.

[67] Discutendo la *Schuldtheorie* welzeliana, R. LANGE, *Literaturbericht. Strafrecht – Allgemeiner Teil*, in *ZStW*, 1951, 476.

gli elementi normativi su quelli descrittivi (o viceversa): una simile scelta concettuale potrebbe esclusivamente reggersi su una *pluralità di indici convergenti*; avremmo altrimenti una *sovraesposizione* della teoria generale del reato, al più elevato livello di astrazione, rispetto a un «insieme integrato» di *altri* profili dogmatici, di profili logici e di profili funzionali.

7. Segue*. Proiezione esterna: le conseguenze negative sulla comprensione dei caratteri delle «norme in bianco» derivanti dall'abbandono delle classi autonome del normativo e del descrittivo*

In questo paragrafo che chiude gli argomenti logici e dogmatici a favore della distinzione tra concetti descrittivi e concetti normativi il fuoco cade, più brevemente, non più sui relativi «limiti interni» ma sulla pertinenza di quella distinzione rispetto ai suoi *limiti per dir così «esterni»*.

La "separazione" tra mondo degli elementi descrittivi e mondo degli elementi normativi deve infatti potersi reggere autonomamente, e cioè sul fondamento di *tòpoi* (logico-dogmatici e poi, come vedremo, funzionali e normativi) che confermino "immediatamente" *e* "internamente" l'utilità teoretica e pratica di quel binomio.

Ciononostante, può essere proficuo estendere lo sguardo sul significato che presenta la distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi in rapporto ad altre tipologie di «collegamento» fra diritto penale e diritto extrapenale, e segnatamente alla classe delle norme penali «in bianco».

Naturalmente, come da premessa di questo libro, presupposto di questa estensione riflessiva è l'incongruità di ricorrere al bianco come «concetto superiore» e conseguente necessità di *differenziare varie modalità* di «integrazione» fra fonti normative; fra le quali differenziazioni in primo piano sta quella tra elementi normativi e norme penali in bianco.

Ora, a me sembra che se abbandonassimo le classi degli elementi descrittivi e degli elementi normativi per abbracciare a seconda dei punti di vista la tesi del «tutti gli elementi sono normativi» o quella del

«tutti gli elementi sono descrittivi» non avremo fatto dei passi in avanti sul piano della *più precisa ricostruzione* dei generi tipologici e delle «specie-specificità» all'interno e all'esterno di essi (ché poi in qualsiasi campo è questa, se non mi inganno, la cifra di una "motivata" ricerca scientifica).

E così, nel caso di accoglimento del «tutto normativo», avremmo una macrocategoria che *assorbe* il descrittivo.

Sul piano dei "confini esterni" con le norme penali in bianco, la categoria «unitaria» non porterebbe tuttavia a una proficua «semplificazione» ma, tutt'al contrario, a un acuirsi delle difficoltà.

A ben vedere, pare infatti opportuno seguire un approccio *topico-sincretistico* per differenziare gli uni (gli elementi normativi) e le altre (le norme in bianco): malgrado gli sforzi acribici della dottrina, non si dà *il* criterio atto a distinguere una volta per tutte le due tipologie; la «consunzione» del descrittivo all'interno del normativo non farebbe allora che rendere *più labili* (la maggior parte de) i canoni argomentativi idonei a tracciare una distinzione tra norme in bianco ed elementi normativi.

Nel caso opposto di adesione al «tutto descrittivo», avremmo come noto un «inghiottimento» del normativo nel descrittivo.

In questo caso, in relazione al «confine esterno» con le norme in bianco, si verrebbe a creare il problema di un «salto troppo brusco»: dal descrittivo all'in bianco senza una *categoria-cuscinetto*, corrispondente alla *poliedricità di modulazioni della fattispecie penale* che rende *più vicine alla vita* le opzioni legislative.

Oppure ancora, per ovviare a questa eccessiva ampiezza della categoria del descrittivo e "sottrarre" il normativo all'area del descrittivo, l'interprete potrebbe essere indotto ad assegnare al *Blankett* ciò che è «solo» normativo e non meriterebbe, alla luce di un impiego coordinato di criteri topici, la qualificazione di «in bianco».

In definitiva, anche sul piano dei «limiti esterni» rispetto ad altre ipotesi di «rimando» del penale all'extrapenale, si conferma la persistente significanza delle due autonome categorie dei concetti descrittivi e dei concetti normativi.

8. Argomenti normativo-funzionali. Il combinato disposto dell'idoneità alla «economia legislativa» e della «capacità osmotica» quali contrassegni di elementi di taglio normativo

Se ci concentriamo ora sul profilo della funzionalità oggettiva, possiamo notare come vi siano *specifiche «finalità»* che, almeno nella loro «integrazione», sono assolvibili non da un qualsiasi elemento del *Tatbestand* genericamente inteso (*id est*: indifferentemente qualificabile come «descrittivo» o come «normativo»), ma da *una sola categoria* di elementi, ovvero da elementi che – se le definizioni intendono conformarsi alla sostanza dei concetti – appaiono contrassegnabili come «normativi»; sorprende dunque che tali peculiarità siano praticamente *pretermesse* dai rispettivi fautori della onnidescrittività e della onninormatività della fattispecie, o da altri autori comunque orientati a "mischiare" le classi del descrittivo e del normativo.

Sul piano della «tecnica legislativa», appare infatti corretto ricondurre alla presenza in fattispecie di dati elementi una rilevanza in termini di «normazione sintetica», quale strumento linguistico che consente al legislatore di astenersi dalle prolisse, a volte quasi interminabili, elencazioni cui darebbe luogo l'impiego di una *formulazione «casistica»* («analitica», «di dettaglio»).

Paradigmatico è il concetto di «reato» (oggetto di incolpazione) nella fattispecie di calunnia *ex* art. 368: esso funge da «espediente terminologico di comodo, che vale a riassumere le descrizioni di tutti i fatti penalmente previsti»[68].

Si favorisce insomma grazie alla qualificazione normativa una «grossa, decisiva semplificazione nella tecnica legislativa, e di riflesso nella maneggevolezza e comprensibilità del sistema»; come testimonia benissimo un'ipotetica espunzione dalla fattispecie di furto (art. 624 c.p.) dell'«abbreviazione» data dalla qualifica di altruità e sua sostituzione con

> commette furto chiunque si impossessa di una cosa mobile che altri abbia occupato, usucapito, ereditato, ricevuto in dono, acquistato, prodot-

[68] G. CONSO, *Falsa incolpazione di un fatto che per legge posteriore cessa dal costituire reato*, in *Giur. it.*, 1949, II, 34.

> to nella propria impresa – e così via con l'enumerazione di tutti i modi di acquisto della proprietà, previsti dall'ordinamento giuridico in un dato momento[69].

Con particolare riferimento alla costruzione dei *Rechtspflichtmerkmale*, "vicina" a quella dei concetti normativi, lo stesso Roxin aveva del resto già richiamato l'interesse su ipotesi di «circostanze costitutive dell'illecito così numerose, da rendere praticamente impossibile il farle entrare tutte a una a una nella norma»; con la conseguente «necessità per il legislatore di riassumerle attraverso contrassegni come la "competenza" […] e di introdurle nella descrizione del fatto "in forma legata in ceppi"» («in gebündelter Form»)[70].

Si obietterà come un'altrettanto accentuata laconicità/esigenza di brevità nella configurazione di un elemento di fattispecie caratterizzi talvolta gli stessi concetti afferrabili con gli organi di senso[71] o con il linguaggio (o il «senso», o l'«esperienza») comune[72], e dunque tradi-

---

[69] Cfr. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 224-225. Cenni già in F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II. *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, ristampa invariata della II ed. con l'aggiunta di una appendice, Milano, 1950, 20.

[70] C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, cit., 138. In questo senso da ult. V. HAAS, *Methodische, rechtstheoretische und materiell-rechtliche Anmerkungen zum normativen bzw. unbestimmten Rechtsbegriff*, in H.-U. PAEFFGEN e altri (a cura di), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 97 e 99: anche se a prima vista termini normativi e termini descrittivi sono equivalenti sotto il profilo «grammaticale» (con Wittgenstein, formando le regole che determinano l'uso di una parola, ovvero le regole per la sussunzione del *Sachverhalt* nel *Tatbestand*), va riconosciuto che l'impiego di concetti normativi è spiegabile con l'incapacità del legislatore di «anticipare» tutte le possibili configurazioni e costellazioni casistiche e di «annodarle» a una data conseguenza giuridica.

[71] Viceversa, elementi a contenuto normativo non risultano afferrabili con alcuno dei cinque sensi: l'«altruità» non può essere né vista, né udita, né toccata, né gustata, né odorata (per l'esplicitazione U.K. KINDHÄUSER, *Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale*, cit., 467).

[72] Al rinvio al «senso comune» come caratteristica di elementi descrittivi fa riferimento F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 284, nt. 112-*bis*. Sulla triade linguaggio comune/senso comune/esperienza dei sensi, in ambito giusfilosofico,

zionalmente definiti come «descrittivi»: in questa chiave di lettura, verrebbe meno una puntuale ragione di differenziazione funzionale tra ambito del descrittivo e ambito del normativo.

Gli esempi – tratti nello specifico dalla tradizione legislativa tedesca – sono quelli dell'«adulterio», dell'«ingiuria» e del «duello», come «ipotesi estreme» in cui il *Tatbestand* viene anzi a consistere di una sola parola ovvero del nome del delitto e diviene perciò «costitutivo» precisare o completare i *subintelligenda* mediante l'interpretazione[73] (ovvero mediante un «raccordo del segno con l'oggettività giuridica dell'incriminazione»)[74].

L'esemplificazione non può essere sottovalutata. Ma valga controsservare che, mentre la «definizione abbreviata» attraverso elemento descrittivo rappresenta *rara avis* – un'ipotesi, per l'appunto, estrema –, per elementi di stampo normativo la particolare rilevanza dell'ottica di economia espressiva costituisce *fenomeno regolare* e anzi autentico *quid proprium*.

Ma giovi soprattutto notare che *esclusivamente* in elementi (anche per questo) a buon diritto qualificabili come normativi, alla valenza di «criterio di raggruppamento per una più sintetica designazione del fatto» *si unisce*, sul terreno della politica legislativa, l'idoneità a «compenetra[re] tutte le disposizioni del sistema legislativo in un armonico insieme»: un prezioso servizio di «osmosi giuridica», quindi[75] (e di «osmosi fra diritto penale e realtà sociale» se ci riferiamo a elementi normativi culturali[76], o «normativi in senso ampio»[77]).

G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 148-151, spec. 150.

[73] Cfr., seppure in un diverso contesto argomentativo, H.-P. LEMMEL, *op. cit*., 135, riferendosi a E. Beling. A un'analoga totale «immedesimazione» della descrizione della rissa con la rubrica legislativa (art. 588 c.p. italiano) si era già fatto richiamo *supra*, III.4.

[74] Così ancora F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 284, nt. 112-*bis* (sul rapporto fra elementi descrittivi e principio di tassatività *infra*, cap. V, sez. I).

[75] Così, fra gli autori di manuali più profondi nella riflessione sulle diverse tecniche di rinvio, R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano. Parte prima. Diritto penale sostanziale*, I, Torino, 1958, 164.

[76] Ovvero, viene in gioco la realizzazione di un'intima connessione fra sistema penale e «norme e necessità» non immediatamente ancorate all'ambito del diritto: per il

È precisamente dunque dal rilievo combinato di sintesi tipicizzatrice e di capacità di favorire la «conciliazione tra la *ratio* della singola fattispecie penale e l'ordinamento nel suo complesso»[78] che emerge lo specifico funzionale dei *normative Merkmale*[79].

Gli elementi normativi fungono allora da «valvole di sfogo» (o «di sicurezza»), da «organi respiratori»[80], da «giunti elastici»[81] del sistema penale, la cui concretizzazione «è segnata non solo dallo spazio, ma anche dal tempo»[82]: locuzioni forse particolarmente chiare rispetto all'impiego di elementi normativi *di tipo culturale*, ma che esprimono puntualmente anche l'operatività di elementi normativi *giuridici* poi-

---

duplice riferimento virgolettato, G. ZUCCALÀ, *op. cit.*, 47. Di «completamento di una fattispecie legale rudimentale» («Ergänzung des rudimentären gesetzlichen Tatbestandes») – *scilicet*: volutamente, o inevitabilmente, rudimentale – assicurato attraverso elementi «etico-normativi», capaci di abbracciare la «immensa multiformità dei casi pensabili» («unübersehbare Mannigfaltigkeit der denkbaren Einzelfälle»), scrive F. SCHAFFSTEIN, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum*, in *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle. Zum 250jährigem Bestehen des Oberlandesgerichts Celle dargebracht von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen*, Göttingen, 1961, 194-195.

[77] Per questa terminologia N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 796.

[78] Così F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 257.

[79] Già in tal senso, con più generale riguardo alla tecnica del rinvio, H.-U. KARPEN, *op. cit.*, 11-14, 222-223; e, con particolare riferimento all'elemento normativo «segreto di stato», G. KOHLMANN, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses (§ 93 StGB und § 99 Abs. 1 StGB a.F.) und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (Art. 103 Abs. 2 GG)*, Köln-Marienburg, 1969, 13. Da ult., richiama la capacità degli elementi normativi di «rappresentare realtà fenomeniche, molto spesso complesse, che abbisognano di trovare un convenzionale significato per tutti i destinatari» e al contempo di permettere «un ampio respiro» alla fattispecie C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 175-176; v. anche L. STILO, *op. cit.*, 111.

[80] Cfr. P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (1940), a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari, 2008, 98: formulazioni di «voluta elasticità» consentono «di ringiovanire ininterrottamente il diritto positivo, e di mantenerlo, attraverso la interpretazione cosiddetta evolutiva, in comunicazione colle esigenze della società a cui esso deve servire».

[81] Quest'ultima terminologia è riferita da G. FORNASARI, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 249, come usata in sede convegnistica da Tullio Delogu.

[82] Cfr. L. STILO, *op. cit.*, 115.

ché, per esempio, è esattamente in virtù di un concetto come l'altruità che ogni introduzione o soppressione di modi d'acquisto della proprietà viene «registrata automaticamente» nella «norma madre» del furto, senza che di volta in volta risulti necessario un apposito intervento del legislatore penale.

Sotto questo profilo, è da condividere la conclusione che nella dinamica della prassi legislativa «l'equivalenza tra qualificazione normativa e sua riduzione descrittiva, se v'è, è solo teorica»[83].

Si badi: una cosa è individuare la funzione degli elementi normativi – *duplicemente*: di «economia» e di «raccordo»[84] – e per tale via aggiungere un altro tassello al *mosaico* dei criteri che rendono sensata e opportuna una distinzione tra ciò che nel *Tatbestand* è descrittivo e ciò che nel *Tatbestand* è normativo.

Altra cosa sarebbe tacere che la seconda funzione, quella di raccordo, funzione esclusiva degli elementi normativi, possa aprire *falle anche vaste* sul versante della determinatezza/tassatività: non tanto, di regola, rispetto a elementi normativi giuridici (l'altruità comporta un rimando «limitato» alle norme privatistiche che disciplinano la spettanza di una data cosa mobile; mentre nel campo dell'illecito civile, dove

[83] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 225. Osserva F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 36, che un analogo «adeguamento automatico» della norma base al mutare dei presupposti esterni può aversi anche rispetto a elementi «non normativi», ma in ogni caso con una minore «immediatezza» dovuta da un lato alla «lentezza con la quale normalmente muta il significato storico-sociale», dall'altro al «periodo più o meno lungo in cui gli interpreti dovranno rilevare ed accertare l'avvenuto mutamento di significato».

[84] Cfr. F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., 1896-1897, nt. 84, circa il significato di «elementi che, rappresentando la sintesi di svariate situazioni di fatto, non possono sciogliersi in tutte le loro componenti nel *Tatbestand* senza portare ad una ipertrofia di esso»; oppure di «elementi, la cui determinazione, essendo per natura affidata a fonti variabili nel tempo, si vuole affidare al giudice, che potrà tener conto dei mutamenti di esse ed adeguarvi la sua interpretazione». *Contra*, rispetto alla *duplicità* di ragion d'essere, G.L. GATTA, *op. cit.*, 66-67, che assegna agli elementi normativi «una *funzione* non già di sintesi dell'esistente, bensì di *elastico adattamento* della fattispecie all'*eventuale* mutamento della *realtà giuridica preformata*, sulla quale le fattispecie legali astratte riposano e vengono costruite». A me pare peraltro che anche una preminenza della funzione di «adattamento» non escluda il significato della pure essa notevole funzione di «abbreviazione».

non si pongono le stesse istanze di certezza, l'«ingiustizia» del danno *ex* art. 2043 c.c. copre tutte le norme attributive di specifici diritti soggettivi!)[85]; quanto, per regola opposta, in relazione agli elementi normativi culturali[86].

Ma di tutto questo si potrà trattare solo più avanti, ove peraltro la stessa diagnosi di scarsa tassatività di quest'ultima sottotipologia di elementi normativi meriterà di essere riconsiderata in un contesto problematico più ampio[87].

9. Segue*. La «valutazione parallela nella sfera laica» come specifico soggettivo di una classe «normativa» di elementi*

Vediamo perché il (coefficiente rappresentativo del) dolo è configurabile diversamente in elementi come «uomo», «cosa mobile», «animale» e in elementi come «documento», «altruità», «reato».

Solitamente, quando si discute di una «differenza soggettiva» tra concetti descrittivi e concetti normativi, l'accento viene posto sul *profilo «negativo»* dato dall'errore (che sarà esaminato nel prossimo punto, conclusivo della nostra dimostrazione); ma «già» in relazione al *versante «positivo»* dell'imputazione dolosa emergono più motivi per distinguere due fondamentali categorie di contrassegni tipici[88].

---

[85] La simmetria è instaurata da F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 180-181, 196-197, 200-201.

[86] Esemplare la prospettazione di un diverso «statuto di determinatezza» per elementi normativi giuridici ed elementi normativi socio-culturali in G. KOHLMANN, *op. cit.*, 258-268, spec. 259-260, 267-268. Distingue tra «giudizio di valore *proprio*» e «giudizio di valore *improprio*» come rispettivamente caratteristici di concetti normativi sociali e di concetti normativi giuridici G. ZUCCALÀ, *op. cit.*, 47. Sottolinea come gli elementi extragiuridici coinvolgano «l'orientamento ideologico del giudicante» L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Introduzione*, in R. ODORISIO, M.C. CELORIA, G. PETRELLA, D. PULITANÒ, *op. cit.*, 4.

[87] V. *infra*, cap. V, sez. I.

[88] Con più generale riferimento alle fattispecie in cui il penale è collegato all'extrapenale, sottolineava l'opportunità di ribaltare l'ottica per mettere nel dovuto risalto innanzitutto l'aspetto «positivo» del dolo M. DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Ind. pen.*, 1989, 158-159, nt. 18.

L'aspetto su cui, notoriamente, si insiste maggiormente è dato dalla c.d. *valutazione parallela nella sfera laica*, quale requisito soggettivo doloso caratteristico di *soli* elementi normativi.

A partire da uno spunto di Binding, e poi in chiave organica con Mezger[89], si ritiene che l'apparato concettuale (necessario ma anche) sufficiente per la comprensione di elementi «normativi» sia dato da «concetti sociali» ovvero da una consapevolezza della situazione materiale, sottesa alla norma qualificatrice, parametrata alla cultura dell'agente; agente da presupporre «profano» delle «segrete cose» penali, e in grado quindi di attingere una conoscenza esclusivamente «parallelo-laica»[90] rispetto a quella tecnico-giuridica conseguibile dagli esperti, «sacerdoti» del diritto.

Se per esempio dell'elemento normativo-«documento» si danno due distinte intensioni – quella «privata» tratta dal linguaggio dell'agente e quella «ufficiale» ricavabile dal linguaggio dei giuristi[91] – anziché richiedere ai fini del dolo una loro identità, ci si potrà accontentare che

[89] Per il profilo storico della teorica, F. EICHMANN, *op. cit.*, 46-56.

[90] O di effettuare una «sussunzione volgare» (quest'ultima, più insolita, terminologia si trova in R. COPPARI, *Errore su un elemento normativo del fatto e buona fede nelle contravvenzioni*, in *Giur. mer.*, 1971, II, 245).

[91] *Id est*, da un concetto tecnico-codicistico di documento: sulle «concordanze solo fenotipiche» che derivano dall'accostamento, *proposto talvolta nella stessa dottrina penalistica*, fra la nozione di documento emergente dai §§ 267 e 268 *StGB* e la nozione di «documento casuale» (*Zufallsurkunde*, canonicamente la lettera d'amore di regola priva di specifica rilevanza probatoria) V. ERB, *Die Unvereinbarkeit der "Zufallsurkunde" mit einem dogmatisch konsistenten Urkundenbegriff*, in *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, cit., 1107-1118; v. altresì G. KOHLMANN, *op. cit.*, 261-262, autore generalmente propenso a indicare la soddisfacente determinatezza di elementi normativi giuridici, senza tacere come la presenza di «due nozioni» di documento provochi una tensione rispetto al principio di calcolabilità delle conseguenze del proprio comportamento (*Berechenbarkeitsmaxime*); frizione peraltro felicemente stemperabile nel modo di cui si discute nel seguito del testo. Per una considerazione complessiva circa il problema del falso documentale G. FREUND, *Urkundenstraftaten*, II ed., Heidelberg, 2010.

esse siano «sufficientemente simili» (*ausreichend ähnlich*), e che tale sufficiente similitudine si rifletta nella coscienza dell'autore del fatto[92].

Una tale visuale sembra infatti costituire una *giusta via di mezzo* fra gli estremi della necessità della consapevolezza dell'illecito (posizione *eccessiva, e irrealistica*) e dell'adeguatezza della rappresentazione della materialità del fatto (opzione *penalisticamente poco pregnante*)[93].

Nell'ipotesi in cui il *Tatbestand* faccia riferimento alla violazione di una data pretesa giuridica – prototipo è la materia dei tributi – basterà che l'autore del reato conosca l'«esistenza nella vita sociale» di quella pretesa[94].

Nel furto, «a far distinguere il proprio dall'altrui, e l'altrui dalle *res nullius*, è sufficiente di regola la semplice constatazione empirica di sfere possessorie»[95]; sarà pertanto «decisiva la importanza sociale del rapporto, piuttosto che la sua qualificazione formale»[96].

Una simile forma di conoscenza appare altresì capace di assicurare una «corrispondenza» fra «percezione» dell'elemento introdotto in fattispecie e *co*-costitutività di quella «porzione» di fattispecie rispetto alla scelta legislativa circa tipo e misura della pena[97].

---

[92] M. HERBERGER, *Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, in H.-J. KOCH (a cura di), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, 1976, 137.

[93] A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., 490-491; sul punto, in chiave parzialmente critica, G. RUGGIERO, *op. cit.*, 273-276.

[94] H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 76; R.D. HERZBERG, *Tatbestands- oder Verbotsirrtum?*, in *Goltdammer's Arch.*, 1993, 447-448; K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 150-151.

[95] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 310, osservando (311) come si possa dunque «essere ladri dolosi […] ed ignorare del codice civile non solo il contenuto, ma addirittura l'esistenza».

[96] A. PAGLIARO, *L'altruità della cosa nei delitti contro il patrimonio* (1965), ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. IV*. *Altri scritti - II*, cit., 379.

[97] F. EICHMANN, *op. cit.*, 58.

Una particolare concezione è espressa da Art. KAUFMANN, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, München, 1982, 39-40 per i passaggi testuali. Per l'illustre studioso, «La "conoscenza parallela" si compie *presso il giudice* e non altrove». L'agente, in quest'ottica, può possedere solo una «*vaga* consapevolezza del significato *sociale* del fatto»; e una

Come ulteriore aspetto specifico della valutazione parallela nella sfera laica merita di essere segnalata la *speciale sintonia* di tale costruzione con la «natura stessa del *diritto penale sostanziale*, il quale non vive […] di per se stesso ma è sempre *diritto mirato alla realizzazione*»; tanto da apparire corretto tematizzare la «funzione probatoria del diritto penale» *non* come funzione autonoma, ma quale «necessità logica» sulla quale tutti potrebbero convergere[98].

---

simile consapevolezza ha perciò bisogno di «acquisire spessore» attraverso il «processo di comunicazione che si attua con la *precisa* consapevolezza che ha il *giudice* intorno al significato *giuridico* del fatto». In questa visuale, l'imputazione penalistica si comporrebbe pertanto di due piani: «il *piano oggettivo* del mondo afferrabile con il linguaggio corrente dall'agente e il *metapiano* del mondo afferrabile con il linguaggio tecnico dal giudice».

Nello stesso torno di tempo, ritiene che la «gerarchizzazione» di differenti gradi di consapevolezza dell'illiceità, e in particolare una focalizzazione della rappresentazione di elementi normativi sulla conoscenza parallela nella sfera laica, si rivelerebbe operazione priva di contenuto materiale («ohne sachlichen Gehalt») K. LÜDERSSEN, *Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum*, in *wistra*, 1983, 225-231: la distinzione tra elementi normativi ed «elementi che descrivono la violazione del bene giuridico» (nonché la stessa distinzione tra elementi normativi e norme penali in bianco) sarebbero dunque sul versante soggettivo – ma inevitabilmente già sul precedente piano oggettivo – così opinabili e sfuggenti da rendere preferibile una reimpostazione dell'intera problematica alla luce della «troppo in fretta abbandonata» costruzione dell'inesigibilità. Non si può che apprezzare lo sforzo compiuto dall'autore anche in termini di concretizzazione dei requisiti di *Unzumutbarkeit*. E tuttavia sembra svantaggiosa la simultanea rinuncia a una tesi così "mirata" come la valutazione parallela del profano [suggerita ora, sulla base di diversi argomenti, anche da C.J.M. SAFFERLING, *op. cit.*, 130-132, 138-139; alla «vaghezza» del criterio fa richiamo E. SCHLÜCHTER, *Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum – BayObLG, NJW 1992, 2306*, in *Jur. Schul.*, 1993, 17; dissacrante il giudizio di J. SCHULZ, *Parallelwertung in der Laiensphäre und Vorsatzbegriff. Skizzen zur Dogmengeschichte eines dogmatischen Kuriosums*, in ID., *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, a cura di G. Bemmann, G. Zwiehoff, Berlin, 2007, 223 e 235: valutazione parallela nella sfera laica quale «curiosità dogmatica», che «si addice solo al sistema di Binding»]: tale generale proposta di rinuncia essendo in Lüderssen nei fatti basata sulle difficoltà che storicamente pone un settore – il diritto penale tributario – peraltro *così peculiare* (come riconosce lo stesso a.) quanto a «montante marea di leggi» e debole differenziabilità delle violazioni penali rispetto ad altre «deviazioni».

[98] Così, nel presentare il rapporto fra dolo e «funzione probatoria» del diritto penale sostanziale, G.P. DEMURO, *op. cit.*, 193-201, spec. 194 e 197. Interessanti riflessioni su

Una simile priorità logica, pur trasversale all'intero diritto penale materiale, si presenta con particolare nettezza rispetto a elementi ipoteticamente da qualificare come normativi.

Utile cartina di tornasole è sempre quella dei delitti di falso: il proscioglimento per difetto di dolo di chi ha falsificato un documento ignorandone l'esatta nozione tecnica ma sapendo di avere fra le mani una «pezza di appoggio» rilevante nel traffico giuridico costituirebbe «un assurdo e una grave ipoteca per l'efficacia stessa del diritto penale»[99].

La *Parallelwertung in der Laiensphäre*, con il suo spirito realistico, evita conseguenze irragionevoli: sul piano della *prova*, e sul terreno della *giustizia sostanziale*.

Ma anche altri sono gli aspetti peculiari della valutazione parallela nella sfera laica.

Mentre infatti in rapporto a elementi come uomo e cosa mobile si ha una *piena simmetria* fra rappresentazione del fatto e sua esclusione per errore sul fatto «di fatto», lo stesso non può dirsi quando il profilo rappresentativo positivo si svolge nelle forme di una conoscenza «profana»; apparendo in questa ipotesi corretto ritenere che teoria della valu-

---

«sostanza/definizione e processo/accertamento» del dolo come «irrimediabilmente legati tra loro» da ult. in G. DE SANTIS, *Il dolo eventuale come adesione volontaria alla lesione del bene: le SS.UU. «Thyssen» e il commiato dalla formula dell'accettazione del rischio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 653 e nt. 39. Tematizzazione della – del resto «antica» – «dipendenza del reato e della pena dallo strumentario processuale e dalle categorie probatorie» (106) in A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in L. FOFFANI, R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, 103-131. Sull'apporto del diritto delle prove rispetto a una «comprensione più alta» della teoria del reato, che non disperda ma valorizzi il rigore metodologico proprio del sistema belinghiano, G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 409-436 (testualmente 435). Più in generale sull'esigenza di una legislazione che abbia l'*umiltà* di ricavare suggerimenti dalla prassi, nel contesto di una preziosa messa a fuoco dei «doveri di osservazione» della realtà incombenti sul legislatore penale, N. BOSCH, *Beobachtungspflichten des Strafgesetzgebers*, in *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*, cit., 15-28.

[99] F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 89.

tazione parallela e teoria dell'errore extrapenale siano invece «complementari», suscettibili di integrarsi, e di delimitarsi reciprocamente[100].

Il punto è il seguente: se dunque la conoscenza specialistica di elementi come altruità e documento non è richiesta ai fini dell'integrazione del dolo, *quid iuris* nel caso in cui il laico tenti di «leggere» la disciplina extrapenale e incorra in un errore sul significato «tecnico» di tale disciplina?

A tal proposito, com'è stato efficacemente scritto, mentre la conoscenza parallelo-laica «non ha bisogno per *esistere* della comprensione specialistica, non può di contro in alcun modo *persistere* in presenza di una erronea interpretazione (tecnica) dell'elemento in questione»[101].

È, questa, una conclusione che appare assolutamente condivisibile perché privilegia la concretezza dei problemi, per come possono porsi nel vivo dell'imputazione soggettiva, rispetto ad *astratte «geometrie»* relative ai rapporti dolo/errore.

E, nello specifico, perché mantiene fermo il ragionevole attestarsi del dolo su una conoscenza atecnica di elementi del fatto che rimandano a norme extrapenali; al tempo stesso, con altrettanto pragmatismo, e con sensibilità conforme al dettato costituzionale (art. 27, co. 1, Cost.), riconoscendo la «tollerabilità» ordinamentale e quindi la scusabilità (*ex* art. 47, co. 3, c.p.) di un errore riguardante il profilo «specialistico» di tali norme (dovendosi solo precisare[102] che per l'appunto di «errore» dovrà trattarsi e non di «mera ignoranza» circa le regole extrapenali, atteggiamento quest'ultimo che viceversa è compatibile con la comprensione «laica» del fatto tipico).

Vale la pena a questo punto soffermarsi sulle segnalazioni di un qualche "difetto di funzionamento" della conoscenza parallela nella sfera laica rispetto a elementi pur contrassegnati come normativi.

Da parte di G. Ruggiero, in particolare, si sottolinea come un «ampliamento» del dolo a una conoscenza tecnicamente ineccepibile delle relative norme rappresenti passaggio esegetico conseguenziale in rapporto a «norme tetiche o a definizione costitutiva» (es.: quelle identificative del «pubblico ufficiale»), che in funzione «di sostegno» cristal-

[100] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 312-313.

[101] L. RISICATO, *op. cit.*, 343-344 (v. anche 291).

[102] Con D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 312.

lizzano «il modo di essere sociale di un fatto o di un soggetto nelle relazioni giuridiche» (a differenza di «elementi normativi a carattere assiologico» rispetto ai quali – es.: la nozione di «impudico» – il linguaggio comune si presenta, almeno «astrattamente», sufficiente)[103].

E, così, F. Palazzo rileva l'esistenza di concetti di fattispecie – è il caso delle «armi» per come classificate dall'art. 585, co. 2 e 3, c.p. – i quali si riferiscono sì a un substrato reale ma presentano «una ulteriore qualifica difficilmente conoscibile da chi non conosca esattamente nella sua formulazione tecnica la norma di richiamo»[104].

Al di là della questione circa l'assimilabilità delle definizioni legislative agli elementi normativi, che sarà affrontata successivamente[105], l'autentico nodo interpretativo è posto in effetti da quegli elementi che Palazzo denomina «plurinormativi»[106] per il rimando che essi comportano a una «molteplicità di norme extrapenali»[107] e che sono esemplificati paradigmaticamente, nel settore dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, dai concetti di «reato», di «delitto» o di «contravvenzione» di cui agli artt. 361-365, 367-370, 378-379.

Ora, è probabile che la presenza in fattispecie di elementi di questo tipo ponga in crisi un piano ricorso alla conoscenza parallela nella sfera laica come base sufficiente per *ogni* concetto normativamente connotato.

Ma sarebbe *improprio* dedurre da queste difficoltà una ragione per *abbandonare* la costruzione dell'elemento normativo (esito cui certamente non giunge l'illustre a. in ultimo citato); e verosimilmente anche per sponsorizzare una *divisione dell'unitarietà* della categoria.

Valgano in tal senso le seguenti considerazioni.

---

[103] G. RUGGIERO, *op. cit.*, 163-165, 277.

[104] F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 195-196.

[105] *Infra*, V.6 della sez. II.

[106] A elementi della fattispecie «fortemente normativi» («hochnormative Tatbestandsmerkmale») si richiama G. JENNY, *Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, in *ZStrR*, 1990, 257-258.

[107] «[…] ciascuna delle quali può integrare la norma base ad esclusione di tutte le altre»: F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 186.

Il manifestarsi saltuario di *versanti di tensione* nell'individuazione dello «statuto» degli elementi normativi[108] (*rectius*: di una parte di elementi normativi) non appare dotato di forza argomentativa significativamente robusta per contrastare una *serie di indici*, come quelli che si è qui cercato di elaborare, e che invece spingono per un'autonoma isolabilità di una tale classe di elementi tipici.

Fra l'altro, come s'è visto[109], proprio le nozioni di «reato», e di «delitto», citate come fattore di crisi della «conoscenza laica», paiono per altro verso icasticamente impersonare un'altra delle *caratteristiche funzionali salienti* in elementi che pare corretto designare «normativi»: si allude, evidentemente, alla duplice funzione di «economia» e di «osmosi»[110].

Inoltre, si consideri come i casi di richiamo a un generico «reato» o «delitto» costituiscono comunque un'*esigua minoranza* nell'ambito di quella che per il resto può ragionevolmente apparire un'ampia area di elementi di segno normativo.

Infine, si possono ipotizzare casi in cui il richiamo al «reato» o al «delitto» (diverso in effetti il discorso rispetto a una più "artificiale" contravvenzione, richiamata *ex* art. 370 c.p.) risulti compatibile con la conoscenza parallela – anzi, con una *«facile» conoscenza parallela* – delle norme richiamate: non è certo impensabile che il soggetto cui si contesta una calunnia abbia avuto coscienza che truffa o violenza sessuale, oggetto di falsa incolpazione, rappresentino fatti penalmente sanzionati.

---

[108] Non ci si è nascosti *supra* (III.6) la comune iscrizione di descrittivo e normativo al «fatto» come primo profilo che, *in se stesso considerato*, potrebbe mettere in crisi la differenziabilità delle classi elementi descrittivi/elementi normativi.

[109] *Supra*, III.8.

[110] La valorizzazione dell'autonomia dogmatica e funzionale del reato-elemento del reato (con gli esempi di ricettazione, calunnia, favoreggiamento, associazione o istigazione a delinquere), in rapporto da un lato alla solo «limitrofa» figura dell'elemento normativo e dall'altro a «operazioni di dissolvenza nella materia del divieto» è per contro il *Leitmotiv* dell'indagine monografica di G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, cit., spec. 199-239.

10. Segue. *Motivi «universali» e motivi di diritto positivo interno per rimarcare la figura dell'elemento normativo nel contesto dell'errore sul fatto*

Dopo qualche riferimento incidentale nel paragrafo precedente, mi pare utile ora tentare di dimostrare come la costruzione dell'elemento normativo sia dotata di una specifica funzionalità in rapporto, prima di tutto, alla *teoria generale dell'errore* e, in seconda battuta, alla comprensione di una *disciplina positiva* che, quale quella italiana, «tripartisca» tra errore sul fatto di fatto, errore sul fatto derivante da errore su norma extrapenale ed errore sul precetto.

Riconoscere la concettualizzazione dell'elemento normativo appare infatti consigliabile in relazione all'esigenza di aprire *spazi effettivi*, plausibilmente ampi, alla rilevanza scusante dell'errore.

Tale «obiettivo intermedio» si pone a sua volta come strumentale – ed è anzi forse il più indicato «metronomo» – rispetto all'istanza di dare reale attuazione al principio di colpevolezza.

Il quale principio, per concludere il ragionamento di base, forma probabilmente, insieme a «diritto penale del fatto» e principio di legalità, il ristretto nucleo del diritto penale che interessa, per chi la ammetta[111], la competenza di una *scienza penale universale*: la quale si occupa di «problemi singolari paralleli» non rinserrabili come tali in steccati nazionali[112].

---

[111] V. in senso contrario C. FIORE, *Brevi note su limiti e funzioni della dommatica penale nel tempo presente*, in *Crit. dir.*, 2013, 498, per il quale, richiamando uno spunto di E. WOLF, *Il carattere problematico e necessario della scienza del diritto*, cit., 62, «l'elaborazione dommatica implica sempre il riferimento a un ordinamento giuridico *storicamente dato*».

[112] In argomento, H.J. HIRSCH, *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 387-402, spec. 396 e 397, nt. 23 per l'inserimento del principio di colpevolezza fra i punti di partenza scientifici «universali». Si osservi *per incidens* che la selezione di tali fondamentalissime linee-guida penalistiche risulta sempre "crudele", e necessariamente soggettiva: sono per es. frammentarietà, determinatezza e sussidiarietà a caratterizzare il «profilo del diritto penale materiale» secondo K. KÜHL, *Das Profil des Strafrechts*, in W. HASSEMER e altri (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 283-287. Vicino a concezioni universalistiche G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il*

In questa lente, la teorizzazione dei *normative Merkmale* vale «universalmente» a evidenziare che, pure in un Paese quale per esempio la Germania ove manca una disposizione assimilabile al nostro art. 47, co. 3, l'errore su nozioni come «altruità», «documento», «pubblico ufficiale» od «osceno» venga a riguardare una circostanza oggettiva appartenente al fatto, e non al precetto, e debba dunque vedersi ascritta la *più estesa* rilevanza scusante caratteristica dell'errore sul fatto[113].

Ma, paradossalmente, forse ancor più in un ordinamento come quello italiano ove l'«errore su una legge diversa dalla legge penale» assume peculiare rilievo positivo, il riconoscere l'esistenza autonoma di una categoria di elementi normativi appare in grado di favorire una *tendenziale armonia sistematica* del complessivo assetto di disciplina.

L'ammissione di una classe di elementi normativi distinta dagli elementi descrittivi (e dalle «norme penali in bianco»), dall'angolo visuale della disciplina italiana sull'errore (e della sua controversa interpretazione), sembra in particolare poter produrre un *triplice beneficio*.

Innanzitutto, questo riconoscimento amplia lo strumentario garantistico in grado di contrastare la nota *interpretatio abrogans* dell'art. 47, co. 3, c.p. offrendo alla dottrina un proficuo materiale concettuale attraverso il quale «dialogare» con il «diritto vivente», si spera nel futuro non in termini inani: così da avviare un progressivo superamento di

problema penale (1964), in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, cit., 686, ove scrive: «c'è nella materia stessa del diritto penale una vocazione metastorica, un'aspirazione, per così dire, a valere, e a lasciarsi giudicare, al di là delle contingenze mutevoli»; e, fondamentalmente, D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 20-21. Sottolinea come la *conditio humana* consenta di dedurre una *struttura* unitaria delle norme penali (non però un *contenuto* – anche solo nucleare – universalizzabile) E.-J. LAMPE, *Inwieweit ist ein globales Strafrecht wissenschaftlich begründbar?*, in *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, cit., 815-829, e *ivi* (820) il rilievo circa la speciale esportabilità di un concetto "nato tedesco" come quello di bene giuridico.

[113] Cfr. H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., 65 (si rammenti la pur «posteriore» ammissione degli elementi normativi da parte dell'illustre autore: *supra*, II.5 della sez. II e III.2).

quelle «discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale» che in tema di errore conoscono uno dei punti di maggiore emersione[114].

Nello specifico, la rilevazione di elementi propriamente normativi (e dunque, né descrittivi né in bianco) consente di individuare un *campo di applicazione certo* dell'art. 47, co. 3, ovvero di mettere in discussione gli esiti finali dello schema-base ricorrente in giurisprudenza, alla stregua del quale sarebbero da distinguere norme extrapenali che «integrano» e norme extrapenali che «non integrano» il precetto: distinzione *in sé sensata* posto che la formula «quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato», contenuta nel co. 3 dell'art. 47, suggerisce l'esistenza di errori su norma extrapenale riconducibili non al fatto ma al precetto[115]; ma fortemente criticabile per il *risultato pratico* di «tacitazione» dello stesso art. 47, co. 3, cui si perviene col ritenere nella stragrande maggioranza delle ipotesi che la norma extrapenale «sia integrata» o «faccia corpo» con il divieto (*ergo*: «spostamento» della rilevanza scusante dell'errore su norma extrapenale nei felicemente

[114] Cfr. *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, cit., e *ivi* in particolare lo scritto di A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale,* dolus in re ipsa *ed errore su legge extrapenale)* (1991), ora in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, Milano, 2009, 605-613.

[115] Fra le principali posizioni *dottrinali*, si ricorda la differenziazione tra errori ricadenti rispettivamente sulla «esistenza», sulla «struttura» o sulla «ampiezza» del precetto: i primi due riconducibili all'art. 5, il terzo all'art. 47, co. 3 (F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 132-146); il criterio che guarda al peso della norma extrapenale nella «definizione del tipo d'illecito»: se la norma extrapenale non risulta «garante» del «senso del divieto» si applicherà l'art. 47, co. 3, viceversa verrà in questione l'art. 5 (M. ROMANO, *"Repressione della condotta antisindacale"*, cit., 126-145; ID., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 496-498); la distinzione tra errore sul «nucleo invariabile», rinvenibile in ogni concetto normativamente connotato, ed errore sui relativi «criteri estrinseci di applicazione»: l'uno da ascrivere all'art. 5, l'altro all'art. 47, co. 3 (D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 262-279); la partizione tra fattispecie munite e fattispecie prive di «significatività paradigmatica»: solo nelle seconde l'errore su norma extrapenale, così come lo stesso errore sul precetto, sarà atto a elidere il dolo (E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, cit., spec. 230-234). Per ulteriori riferimenti, sia consentito il rinvio a S. BONINI, *Art. 47*, in *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., 330-332.

«flessibili» rispetto al pre-Corte cost. 364/1988 ma sempre, in concreto, angusti termini di cui all'art. 5 c.p.).

In secondo luogo, la sottolineatura di contrassegni «normativi» come «documento» o «altruità» quali componenti del «fatto» cui riferire il settore d'azione dell'art. 47, co. 3, evita di incorrere, *anche sul versante dell'errore*, nel diffuso e più generale vizio logico di identificare le «fattispecie fondate sul rinvio» con «fattispecie puramente in bianco», quando invece la varietà tipologica delle tecniche di «collegamento» fra penale ed extrapenale si presenta, già *prima facie* («intuitivamente») e con successive conferme analitiche, *significativamente più articolata*.

Infine, e quasi «riassuntivamente», la «sistemazione» e anzi la valorizzazione dell'elemento normativo nel contesto e ai fini dell'art. 47, co. 3, contribuisce a ristabilire i principi di una corretta imputazione soggettiva, spesso *indebitamente sacrificati* sull'altare della sicurezza di decisione dei giudici, verosimilmente (e forse eccessivamente) preoccupati da pretestuose allegazioni di errori extrapenali[116].

Si tratta peraltro in questo caso di un rilievo che torna a congiungere l'osservazione della regolamentazione del codice penale italiano con le aspirazioni proprie di una scienza penale universale, che vede nel principio di colpevolezza un irrinunciabile caposaldo.

La replica a un simile ordine di considerazioni potrebbe suonare in questi termini[117]: la rinuncia a tematizzare una classe specifica di elementi normativi non comporterebbe un'automatica irrilevanza dell'errore sull'«altruità», o sulla «violazione di norme di legge» (nell'abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p.); avremmo piuttosto un generico e "normale" errore su un elemento «descrittivo» o su un elemento *tout court* del «fatto», rilevante senza bisogno di tanti distinguo ai sensi del *co. 1* dell'art. 47, norma che (ancor prima, non solo topograficamente, del co. 3) costituisce diretta «filiazione» dei principi comuni sul dolo. In quest'ottica, l'art. 47, co. 3, non sarebbe in ogni caso *inutiliter datum* perché

[116] Per quest'ultimo rilievo, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 306.

[117] Si formula questa obiezione in termini sostanzialmente "immaginari" perché quasi mai le più incallite posizioni "tuttodescrittiviste" (così come orientamenti "tuttonormativisti") pongono al centro del discorso la problematica dell'errore.

esso abbraccerebbe pur sempre l'errore su(lle regolamentazioni che riempiono i)l precetto in bianco.

Una simile argomentazione andrebbe però incontro, a mio parere, a una *quadruplice controreplica*: essa infatti non si dà carico di inserire la tematica dell'errore in un più ampio ventaglio di motivazioni *pro* e *contra* la distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi, operazione metodologica che per contro appare imprescindibile; tradisce lo spirito esplicitamente innovatore dell'art. 47, co. 3, norma di raro riscontro nel panorama europeo[118] e la cui «forza» di «disciplina speciale o di settore» non merita di essere trascurata; accolla un poco arbitrariamente all'agente un regime comunque potenzialmente più gravoso, per la previsione di una residua responsabilità colposa che testualmente figura nel co. 1 e non nel co. 3 dell'art. 47[119]; finisce per affidare al co. 3 dell'art. 47 il solo errore sul «riempimento» del «bianco», tipologia di errore che però, nei fatti, giurisprudenza quasi unanime e importante dottrina hanno «sottratto» a quell'alveo per ricondurla all'art. 5: eliminando concettualmente gli elementi normativi, avremmo insomma un art. 47, co. 3 concretamente scritto (almeno ad accogliere queste posizioni)… per nulla.

Anche da questi pur cursori riferimenti alla tematica dell'errore – problematica che, come quella «anteriore» del dolo, esula dal fuoco di questo studio[120] – sembrano perciò ricavabili ulteriori e rilevanti spunti per la «separazione» tra elementi descrittivi ed elementi normativi su cui si è lavorato in questo terzo capitolo.

[118] Cfr. G. FORNASARI, *Il reato*, cit., 75-76.

[119] Al di là del fatto che interpretativamente sia sostenibile una sanzionabilità per colpa pure nell'ambito dell'art. 47, co. 3: sul punto, anche per i richiami alla diffusa opinione secondo cui si tratterebbe di analogia *in malam partem*, S. BONINI, *Art. 47*, cit., 332-333.

[120] V. *supra*, nella *Idea di questo libro*.

CAPITOLO IV

L'APPARTENENZA DEGLI ELEMENTI NORMATIVI AL «FATTO»

SOMMARIO: *1. Ragioni di segno negativo. Offensività, dolo, errore ed esclusione dell'inquadramento nell'antigiuridicità. 2. Ragioni di segno positivo. Pertinenza degli elementi normativi a un «fatto in senso stretto» arricchito dai principi costituzionali. 3.* Segue*. Concetti di taglio normativo e calibrata «anticipazione» di raccordi valutativi all'interno della tipicità. 4.* Segue*. Argomento strutturale: l'indefettibile «realità fattuale» dell'elemento normativo. 5.* Segue*. La funzione di «economia dialogica» come* quid proprium *degli elementi normativi assolvibile all'interno di un* Tatbestand *«descrittivo». 6.* Segue*. La presenza del «normativo» in ogni possibile "sezione" del fatto tipico.*

Per alcuni decenni, l'*onda lunga* del pensiero mayeriano sulla collocazione degli elementi normativi nell'ambito degli «elementi dell'antigiuridicità in senso proprio» e fra gli «elementi della tipicità (*solo*) in senso improprio»[1] ha persistito nell'emanare fascino sulla letteratura penalistica.

Già quasi contestualmente rintuzzato dalla riflessione di Mezger, che inserì i *normative Merkmale* nella fattispecie, peraltro intesa nella peculiare accezione di *vertypte Rechtswidrigkeit*[2], quell'inquadramento sistematico è stato via via definitivamente scalzato in forza di una *reazione collettiva*[3], tale per cui sarebbe difficile indicare l'*inventore* del contrapposto inserimento dei concetti normativi nel "precedente" gradino del «fatto»; forse a Karl Engisch, con il suo essenziale «festeggiamento per Mezger» del 1954, potrebbe essere attribuita tale primazia, che si unirebbe dunque a quella relativa alla «definizione» degli elementi normativi e a quella concernente la tematizzazione su nuove

[1] V. *supra*, II.1 della sez. I.

[2] *Supra*, II.2 della sez. I.

[3] Di superamento peraltro spesso esclusivamente «implicito» parla a ragione G. RUGGIERO, *op. cit.*, 118.

basi del rapporto fra elementi normativi e principio di legalità[4]; ma anche l'illustre studioso dell'«Idea della concretizzazione» ha lasciato in ombra due rilevanti passaggi argomentativi.

Quali vizi riscontrabili nella vieppiù condivisa ascrizione degli elementi normativi alle note costitutive ed essenziali del fatto di reato[5] appare infatti corretto diagnosticare da una parte l'inclinazione a sorvolare su una *previa stipulazione definitoria* circa la nozione «a monte» accolta del fatto medesimo; dall'altra, la tendenza a sottolineare ora l'uno ora l'altro addentellato argomentativo pro-inserimento nel *Tatbestand*, senza sviluppare una *visione globale e sinergica* dei *molteplici* canoni discorsivi utilmente sfruttabili (analogamente, *mutatis mutandis*, a quanto occorso in rapporto a sensatezza e praticabilità di una differenziazione elementi descrittivi/elementi normativi)[6].

Vale dunque la pena teorizzare gli aspetti che sollecitano un inserimento dei contrassegni normativi nella "casella" del *Tatbestand*.

Vengono in rilievo a riguardo da un lato argomenti *di segno «negativo»*, tratti cioè da difficoltà o incongruenze che discendono dall'originaria sistematizzazione nell'antigiuridicità.

Dall'altro, profili *di taglio «positivo»* in forza dei quali non ci si arresta all'insoddisfazione derivante dal collocare gli elementi normativi nella *Rechtswidrigkeit*, ma autonomamente e originariamente si apprezza l'"accasamento" del normativo «già» sotto il "tetto" del fatto tipico.

«Ragioni positive», queste, che a loro volta sembrano riconducibili a basi politico-criminali (proprio da questo versante vedremo di chiarire la nozione stipulativa di «fatto» alla quale conviene accedere); dogmatiche; strutturali; funzionali; di *ius conditum*.

Naturalmente, rispetto a queste singole considerazioni, che pure spingono nella medesima direzione sistematica, non potrà essere attribuita – com'è piuttosto normale che sia in ogni argomentazione – una consistenza identica o praticamente coincidente, e diverrà pertanto necessario dedicarsi a opportuni distinguo.

---

[4] Per questa problematizzazione, *infra*, V.1 della sez. I.

[5] Scrive della riconduzione degli elementi normativi al «fatto» come «saldamente acquisita» L. RISICATO, *op. cit.*, 22 e 102-103.

[6] V. *supra*, cap. III.

1. Ragioni di segno negativo. Offensività, dolo, errore ed esclusione dell'inquadramento nell'antigiuridicità

Quanto alle considerazioni prima definite *di tipo «negativo»*, il percorso che porta a escludere l'appartenenza degli elementi normativi all'antigiuridicità si è andato snodando, con particolare riferimento alla nostra dottrina, secondo consimili passaggi.

Solo in via provvisoria e generica, è stato argomentato da Francesco Palazzo, gli elementi normativi potrebbero ascriversi all'antigiuridicità, nella misura cioè in cui essi contribuiscono all'integrazione dell'offesa penalmente rilevante.

Ma tale meccanismo di «presuntiva essenzialità» in rapporto all'offesa non si atteggia diversamente a seconda che l'elemento sia da considerare normativo o sia viceversa annoverabile fra quelli descrittivi: «ogni elemento, normativo o non normativo, contribuisce a costituire l'antigiuridicità penale *solamente insieme* a tutti gli altri»[7].

Né, del resto, una distinzione tra elementi normativi che «contribuiscono» all'antigiuridicità ed elementi normativi che la «esauriscono» potrebbe fondarsi sulla «natura» dell'elemento, ma esclusivamente su criteri di stampo quantitativo[8].

Su un piano concorrente, si evidenzia come la nozione di antigiuridicità – e quella simmetrica di liceità giuridica – implichino indefettibilmente un giudizio «formale» di divergenza o corrispondenza dell'oggetto qualificato rispetto a una certa norma; il quale a sua volta presuppone una valutazione «sostanziale» negativa in chiave di «dannosità», «pericolosità» o «antisocialità».

Ora: gli elementi normativi, o almeno quelli «giuridici» – ovvero «tetici», contrapposti agli elementi «assiologici» in quanto dotati di una preminente valenza definitoria, e che rappresentano l'ambito più corposo nel campo del «normativo» (esempi: «pubblico ufficiale», «possesso», «prossimo congiunto», «armi») –, non paiono implicare *alcuna valutazione sostanziale* di ciò che definiscono, limitandosi a indicare i

[7] F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 43-44 (corsivo aggiunto).
[8] F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 44-45.

requisiti in forza dei quali «un dato della realtà possa considerarsi rilevante ed operante anche nel mondo del diritto»[9].

Infine, si è sottolineato come l'espressa dizione dell'art. 47, co. 3, c.p., nel momento in cui contempla l'errore su legge extrapenale, «cioè su un presupposto in definitiva della qualificazione normativa, come una via per arrivare all'errore "sul fatto"», faccia «ragionevolmente pensare che anche la qualificazione normativa sia considerata come parte del fatto»[10].

Al contrario, l'assegnazione degli elementi normativi al terreno dell'antigiuridicità sarebbe foriera di «delicatissime conseguenze» se non di «insormontabili difficoltà» in materia di elemento soggettivo e di errore (a meno, si aggiunge, di non "ripescare" una distinzione tra elementi normativi che rispettivamente contribuiscono alla/esauriscono l'antigiuridicità, differenziazione tuttavia già respinta per le osservazioni sopra esposte)[11].

Il combinato disposto di queste riflessioni porta a concludere per un'«anticipazione» degli elementi normativi dall'antigiuridicità al fatto tipico.

Del resto, la fattispecie astratta risulta composta da categorie logiche, introdotte a loro volta da segni linguistici: in questa prospettiva, dunque, «anche l'elemento normativo è prima di tutto un segno linguistico, portatore di un suo significato logico, che contribuisce a formare la fattispecie inserendosi nella trama che la costituisce»[12].

---

[9] Ancora F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 45-46. Similmente, in riferimento alla distinzione tetico/assiologico, già G. RUGGIERO, *op. cit.*, 216: gli elementi tetici, infatti, «si sottraggono ad ogni diretta qualifica favorevole o sfavorevole, di approvazione o disapprovazione». V. ora G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, cit., 16 e 21, per la quale l'originaria, netta, affermazione circa la valutatività/appartenenza all'antigiuridicità degli elementi normativi sarebbe conseguenza di «una considerazione statica dell'elemento normativo medesimo, riguardato nella sua anatomia»; d'altra parte, a escludere l'inquadramento dei concetti normativi nell'antigiuridicità varrebbe anche l'affermarsi di una «concezione autonomistica del diritto penale nella sua versione "liberale" emergente dall'elaborazione di un volto "costituzionalmente orientato" e "realistico"».

[10] F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 42.

[11] F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 33 e 47.

[12] F.C. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit., 34-35.

Uguale, pur seguendosi un percorso in gran parte diverso, la conclusione cui si era pervenuti nel lavoro monografico di Giuseppe Ruggiero.

Gli elementi normativi non appartengono all'«antigiuridicità vera e propria», né tantomeno all'«antigiuridicità materiale», e neppure all'«illiceità speciale»: in particolare, l'utilità di quest'ultimo inquadramento potrebbe in astratto ravvisarsi in una, per l'appunto, «speciale» (*id est*: più ampia) estensione dell'oggetto del dolo; ma a meglio vedere «proprio a tal fine, è opportuno porre l'accento sul correlato reale dell'elemento normativo anziché su quello, certamente più incerto e problematico, della sua qualificazione».

Se ciò vale sul piano «funzionale», sul terreno «strutturale e dell'accertamento» l'a. ribadisce[13] il rigetto degli assunti circa il carattere soggettivo e discrezionale della ricostruzione concernente la qualifica normativa; o circa la percepibilità spirituale dei concetti normativi e solo sensibile degli altri; o, ancora, intorno alla «bidimensionalità» fenomenologica di ciò che è normativo.

«Altrettanto evidenti» appaiono a Ruggiero i motivi per asserire

> la razionalità intrinseca dell'accertamento valutativo e la percepibilità sensibile e spirituale degli elementi normativi, come di tutti gli altri, a seconda che li si consideri nel loro correlato reale o nelle modificazioni subbiettive cui danno luogo gli atti di conoscenza e di valutazione di essi;

così come, d'altra parte, un'essenziale «unidimensionalità caratteristica di ogni dato di realtà»[14].

Coglie del resto un'importante verità di massima un criterio prospettato da Klaus Tiedemann, nel pionieristico *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht* edito nel 1969:

> L'introduzione di elementi normativi nella fattispecie obiettiva, mentre di regola nel diritto penale in senso stretto mira soltanto a una più precisa delimitazione del campo del punibile, già previamente circoscritto attraverso l'indicazione delle modalità della condotta, nel diritto penale

[13] V. *supra*, II.1 della sez. I, nell'esporre la critica di Ruggiero a talune acquisizioni di Mayer; e II.7 della sez. II, in rif. a Kunert.

[14] G. RUGGIERO, *op. cit*., 215-217.

accessorio assume per lo più una valenza autenticamente costitutiva dell'antigiuridicità di condotte altrimenti socialmente usuali[15].

Lo spunto – che l'a. valorizza ai fini di una tendenziale apertura alla *Vorsatztheorie* nel diritto penale complementare – merita di essere còlto, implicitamente pungolando alla necessità di riaggiornare canoni ermeneutici idonei a separare quel che è solo normativo e quel che è tecnicamente in bianco.

Peraltro, se preso alla lettera, quel criterio parrebbe troppo rigido: non può essere la *scansione topografica* intra/extracodicistica a far propendere per l'una o per l'altra prospettazione sistematica, avendo quella ripartizione un *significato relativo (contingente)* o comunque legato a valutazioni "specialistiche" sui rispettivi benefici della collocazione di una fattispecie nel codice o nell'extracodice[16].

Il criterio in parola potrebbe anzi, nel suo tenore testuale, essere tacciato di *petitio principii*; della qual cosa sembra avvedersi lo stesso illustre studioso, quando aggiunge i *caveat* «di regola» e «per lo più».

Resta in ogni caso confermato dall'analisi tiedemanniana quantomeno che gli elementi normativi non appartengono *sempre* all'antigiuridicità; come invece opinava nella sua magistrale enucleazione Max Ernst Mayer.

---

[15] K TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., 332: «normativen Tatbestandselemente […]. Deren Einführung in den objektiven Tatbestand bezweckt im engeren Kriminalstrafrecht regelmäßig nur nähere Umgrenzung des durch Handlungsspezifikationen bereits umschriebenen Strafbaren, während sie im Nebenstrafrecht meist überhaupt erst die Strafbarkeit sozial üblicher Handlungen konstituieren»; più di recente, per una ripresa di queste distinzioni, ID., *Generalklauseln im Wirtschaftsstrafrecht – am Beispiel der Unlauterkeit im Wettbewerbsstrafrecht* –, in T. FISCHER, K. BERNSMANN (a cura di), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*, Berlin, 2011, 685-686.

[16] Per un quadro molto equilibrato su tale delicata questione tecnica (e «simbolica») v., in rif. a un settore da questo punto di vista nevralgico, per tutti, C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, 5, 238-241; nella manualistica, D. CASTRONUOVO, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 23-28.

2. Ragioni di segno positivo. Pertinenza degli elementi normativi a un «fatto in senso stretto» arricchito dai principi costituzionali

Con questo secondo punto, già entriamo nel campo delle considerazioni *di taglio positivo* a favore della rubricazione dei concetti normativi nel «fatto».

E ci pare opportuno esordire con osservazioni *inclinate alla politica criminale*, se è vero che da un lato *Dogmatik und Kriminalpolitik* sono per lo più riconosciute come strette da un *rapporto indissolubile*[17]; e che dall'altro l'*accordo stipulativo* intorno alla nozione di «fatto» che possa fungere da "contenitore" per i *normative Merkmale* appare meritevole di precisazioni e "aggiustamenti" soprattutto in relazione al significato e ai contorni politico-criminali.

Già a un primo sguardo della letteratura in argomento, appare corretta l'impressione che «la moderna dottrina della tipicità offre il quadro di una sconcertante molteplicità dei più diversi concetti di fattispecie»[18].

---

[17] C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1973), a cura di S. Moccia, Napoli, 1986; ID., *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008; S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'*Alternativ-Entwurf *e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli, 1984; F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1988), in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I, cit., tomo II. *Dal 1973 al 1993*, Milano, 1997, 1585-1623.

Sulla fecondità di tali nessi, e per una rilettura di Bricola a cinque lustri dal lavoro ora citato, M. ROMANO, *Dogmatica e politica criminale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 783-798, pur legato a una visuale in cui «l'edificio concettuale della dogmatica […] tende quasi "istituzionalmente" a resistere alle nuove sollecitazioni della politica del diritto» (spec. 786). Rileva come, guardando alla dimensione sovranazionale della penalità, la dialettica fra dogmatica e politica criminale si vada sviluppando secondo una logica «anti-Roxin», nella misura in cui «i principî di politica criminale trovano una loro coerenza se ricondotti a unità sistematica, ma il sistema multilivello appare *per se privo* di una capacità ordinante» C.E. PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., 1128-1129.

[18] P. BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht. Programmatische Vorüberlegungen zu einer funktionalen Methode der Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1974, 85, il quale richiama la notoria immagine di F. SCHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, in *ZStW*, 1960, 369 circa la moderna teoria del *Tatbestand* quale «giungla».

Si lamenta in particolare come il dibattito scientifico relativo al *Tatbestand* si sia

> articolato su punti di vista e spunti metodologici del tutto eterogenei, tali da pregiudicare il più delle volte la possibilità di discussioni critiche circa un medesimo aspetto problematico o la medesima categoria sistematica[19].

Basti pensare alle variegate accezioni e funzioni su cui si sofferma Engisch proprio all'interno del saggio dedicato agli elementi normativi.

Si va dal *Tatbestand* nel significato della teoria del diritto («im rechtstheoretischen Sinne»); alla nozione, analogamente "globale", di *Verbrechenstatbestand*, che esclude dalla tipicità le sole condizioni di punibilità, unitamente alle condizioni di procedibilità; dal concetto di «fattispecie di garanzia» (*Garantietatbestand*), riferito agli elementi cui si estende il vincolo del giudice alla legge; all'accezione di *Unrechtstatbestand*, che comprende gli elementi costituenti fondamento del giudizio di antigiuridicità; per arrivare alla nozione di *gesetzlicher Tatbestand*, punto di riferimento della teoria dell'errore[20].

Nell'ambito di questo amplissimo ventaglio di prospettive, ulteriormente arricchito in specie nella dottrina tedesca, fino invero a toccare punte di esasperante concettualismo[21], si staglia per *nettezza di confini* e *rigore metodologico* (e per la conseguente capacità di fungere da *piattaforma discorsiva condivisa*)[22] la nozione di fatto «in senso stretto» o «proprio», squadernata[23] in Germania con Beling e Mayer e che in Ita-

[19] A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand, cit., 469.

[20] Cfr. K. ENGISCH, *op. cit.*, 153-163.

[21] Per una rassegna sintetica di tali svolgimenti v., da noi, A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand, cit., 470-471, nt. 421. Più datato il vasto studio di H. SCHWEIKERT, *op. cit.* Ricorda la qualificazione nietzschiana della «volontà di sistema, tipica del pensiero tedesco, come una malattia del carattere» J.L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, cit., 146, nt. 2.

[22] Di questa nozione si lasciano apprezzare nel dettaglio *specificità*, nel senso di non sovrapponibilità ad altre figure, e *modernità*, perché costruzioni alternative rischiano di implicare, in differente misura, un… ritorno al passato, ovvero a un impreciso e irrazionale concetto del *Tatbestand* = reato come tutto.

[23] Si dovrebbe dire «inventata», se è vero che l'elemento dell'antigiuridicità rappresenta una «scoperta», mentre quello del fatto tipico costituisce un'«invenzione», nei

lia nessuno come Giacomo Delitala ha saputo attestare e perfezionare: il «fatto» quale

> somma degli elementi materiali attribuibili all'agente, e cioè l'azione delittuosa con tutte le note che la caratterizzano e la costituiscono come tale, e che variano col variare dei diversi reati, e il verificarsi dell'evento, che è con l'azione causalmente connesso[24].

In questo senso, una visione «materiale» e «oggettiva» del fatto *à la* Delitala ha rappresentato la base più congrua per innestare successivi "svolgimenti", anche profondi, su quella categoria (visuale oggettiva del fatto certo più agevole in Italia che in Germania, date le rispettive impronte *tendenzialmente oggettivistica* e *tendenzialmente soggettivistica* delle tradizioni culturali e codicistiche di quei Paesi).

Ecco dunque che nel «fatto», così come scolpito da Delitala, sono entrati da un lato gli *elementi soggettivi*[25], con l'opportuna avvertenza che una loro considerazione diviene ragionevole solo se «l'interpretazione della singola fattispecie incriminatrice la lasci apparire indispensabile ai fini della determinazione dello stesso fatto tipico»[26]; dall'altro, e soprattutto nella prospettiva che si intende avvalorare in questo paragrafo, sono "apparsi" i *principi costituzionali*, che vanno a contrassegnare in senso politico-criminale il «volto» attuale di quel concetto. E mentre nel 1930 il giurista sardo conosceva, senza aderirvi, Hegler e Mezger, ignorava, per ragioni "biografiche", la Costituzione repubblicana.

---

termini in cui «è carico di esigenze garantiste, "serve" a uno scopo di garanzia, ha finalità molto pratiche, prima che conoscitive»: valorizza la distinzione tra scoperte e invenzioni nell'ambito giuridico e in specie penalistico M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, cit., 123-125.

[24] G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., 11-162, spec. 85-86.

[25] Per alcuni riferimenti a riguardo, v. *supra*, II.1 della sez. I. Sull'ingresso degli elementi soggettivi nel fatto tipico, con particolare chiarezza il manuale di C. FIORE, S. FIORE, *op. cit.*, 153-155.

[26] Cfr. G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, Torino, 1991, 156; simile esito ermeneutico in G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 537-538, con la precisazione secondo cui, in rapporto a quelli oggettivi, «gli elementi soggettivi presentano una tipologia infinitamente più ridotta, specialmente nei reati a puro dolo generico».

Anche in quel decisivo legato spirituale che sono i manuali e le voci enciclopediche, il «fatto» è oggi «costitutivamente» imbevuto dei principi costituzionali.

Si abbia a mente non tanto il «Diritto penale» di Ferrando Mantovani, che è un manuale tutto basato su «*una sistematica di principi*, e *non di categorie*» (in questo senso, l'espressione più paradigmatica a livello di opere generali della rifondazione del diritto penale in ottica costituzionale propugnata da Franco Bricola)[27]; nel quale dunque, per così dire, il fatto quasi «scompare» consumato dalla fitta trama dei principi.

Ma si ragioni fra gli altri sull'omonimo testo di Giovanni Fiandaca ed Enzo Musco, che resta un più tradizionale libro «di categorie» peraltro «invaso» dai principi della Carta fondamentale.

E qui allora, agli scopi del nostro discorso vale la pena ricordarlo, il fatto è disegnato in ragione di implicazioni «politico-ideologiche» e «politico-criminali», che muovono dal rapporto *Tatbestand*/*nullum crimen sine lege* («la categoria dogmatica in esame assolve la funzione garantista di indicare ai cittadini i fatti che essi devono astenersi dal compiere per non incorrere nella sanzione penale»); proseguendo con l'indicazione del fatto quale «precipitato tecnico di un diritto penale ispirato all'idea della protezione dei beni giuridici» (venendo in gioco «scelte non solo relative alla meritevolezza e necessità di tutela del singolo bene, ma non di rado risolutive di conflitti tra il bene predetto e eventuali controinteressi da contemperare nella concreta conformazione della tutela penale»); per giungere al nesso fra il fatto e il criterio – o meglio: a sua volta, il principio – di frammentarietà (che impedisce di punire fatti «solo sostanzialmente offensivi»); e vedere infine nel fatto l'«equivalente funzionale» dei principi di materialità e di tassatività (*sub specie* dell'esigenza di «ancorare le forme di offesa a tipologie *empirico-criminologiche* il più possibili afferrabili e definite»)[28].

---

[27] Così M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 2/2012, 56.

[28] G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 193-195; G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, cit., 155, 159-160.

Sulla frammentarietà, probabilmente la meno frequentata in dottrina delle ideeguida da raccordare al «fatto», v. il classico studio di M. MAIWALD, *Zum fragmentari-*

Emerge dunque un *complessivo afflato teleologico*, che esalta la plurima valenza del fatto in chiave di *politica costituzionale*.

Se è vero, con particolare riguardo all'esperienza italiana, che «non c'è questione di diritto penale che non abbia avuto una rilettura costituzionalizzante», il fatto, come primo momento della (oggi) prevalente analisi tripartita, non poteva certo sottrarsi a una simile «nuova fondazione»[29].

---

schen Charakter des Strafrechts, in F.-C. SCHROEDER, H. ZIPF (a cura di), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 9-23; e ora, limpidamente a sua volta, T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1-34; sul nesso frammentarietà/sussidiarietà, in particolare, K. KÜHL, *Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 29-46. V. altresì F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 53, che chiarisce benissimo come la frammentarietà sia «esigenza garantista primaria del sistema penale, poiché in sua assenza le esigenze di tutela potentemente espresse dalla realtà dei casi concreti premerebbero così fortemente (e naturalmente) sul giudice da dilatare alla fine senza confini lo spettro applicativo delle incriminazioni» (per l'immagine del necessario «assetto insulare» dell'ordinamento R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1783).

[29] Cfr. M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo*, cit., 63-64, precisando come, nonostante il rapporto sistema penale/Costituzione sia largamente tematizzato nel panorama internazionale, «un vero orientamento costituzionalistico al diritto penale, quale esperienza collettiva, come esiste in Italia, non è dato riscontrarlo né in Germania, né in Spagna, né in America latina». In questo senso, potrebbe parlarsi di «pensiero giuridico costituente e militante» della dottrina italiana, *allieva di Beccaria*: l'espressione è mutuata da L. FERRAJOLI, *Cesare Beccaria: un pensiero giuridico costituente e militante*, in *Antigone*, 3/2014, 11-22: si tratta in particolare della costruzione di un «insieme di limiti, separazioni e bilanciamenti che fanno del potere punitivo un *potere limitato*»; sul movimento ormai approdato della «nuova penalistica civile», le belle pagine di M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 542-546. Beninteso: se è vero che i principi costituzionali, oltre ad aver guidato la «rielaborazione» della parte generale da parte della dottrina, sono ampiamente penetrati nella stessa giurisprudenza italiana, va riconosciuta una loro minore influenza nei confronti della produzione legislativa, per cui un bilancio a riguardo probabilmente non potrebbe dirsi ancora davvero soddisfacente: v. L. PICOTTI, *Il «volto costituzionale» del diritto penale ed il contributo della dottrina penalistica italiana*, cit., 639-657.

Ha scritto Antonio Pagliaro che «la meritevolezza di pena – nozione non formale, ma teleologica – non trova, dal punto di vista linguistico, espressione adeguata nel termine "fatto"» (ma nell'«azione illecita»)[30].

Il rilievo dell'illustre studioso sembra però felicemente "smentito" dall'*incipit* metodologico di un suo più recente lavoro trattatistico (e, beninteso, da singole soluzioni ivi contenute):

> la teoria del reato deve costituire una sintesi tra dogmatica e principi costituzionali. Meglio ancora, la dogmatica, come edificio concettuale, deve essere costruita su principi penalistici visti come principi culturali ineliminabili della nostra civiltà e del nostro attuale sentire giuridico e tra essi, in primo luogo, i principi costituzionali[31].

Nello specifico, la *Strafwürdigkeit*, come tende a riconoscersi attualmente, sembra "passare" innanzitutto ed essenzialmente per quella ponderazione di interessi e controbeni che trova sede sistematica esattamente nel «luogo» del fatto[32].

E gli elementi normativi? Una loro considerazione quale *tassello o "porzione" del fatto* pare, nel contesto qui descritto, assolutamente pertinente: il fatto può essere correttamente posto dal legislatore e ricostruito dall'interprete come legalitario, afferrabile, offensivo, frammentario e tassativo *se ed esclusivamente se* gli elementi normativi, qualora nello specifico campo di disciplina richiesti ai fini della definizione della materia del divieto, siano "pensati" come necessariamente apparte-

---

[30] A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato* (1985), in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, cit., 573. L'a. accoglie dunque una nozione «solo strutturale» del fatto, quale «punto di imputazione delle conseguenze giuridiche» [ID., *Fatto (diritto penale)* (1967), *ivi*, 529]. Già nel suo capitale studio monografico (ID., *Il fatto di reato*, cit., 80-81), Pagliaro ammetteva che si potesse parlare del fatto giuridico penale come concetto teleologico, ma soltanto in un senso «implicito» e «improprio», data la «cecità» del concetto rispetto a «quell'altro momento teleologico, proprio di ogni sorta di norme giuridiche, la considerazione del quale determina la trasfigurazione del fatto giuridico in fatto lecito o illecito».

[31] A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, 1.

[32] Sul tipo astratto del reato come sintesi per eccellenza di «meritevolezza *e bisogno* di pena», M. ROMANO, *«Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39-53, spec. 41-42 e 49-50.

nenti al fatto stesso, e viceversa non lasciati *sospesi* in posizione «nomade» o «extravagante» oppure *rinviati* al momento più spiccatamente valutativo e incerto dell'antigiuridicità.

Solo il «descrittivo» dovrebbe altrimenti corrispondere a quelle caratteristiche «fattuali» di legalità, materialità, offensività, modalità di lesione e determinatezza?

3. Segue*. Concetti di taglio normativo e calibrata «anticipazione» di raccordi valutativi all'interno della tipicità*

Dopo quelle politico-criminali, ma strettamente connesse a esse, intervengono, a favore della sistematizzazione degli elementi normativi nel «fatto», ragioni di carattere *più squisitamente dogmatico*.

È significativo che un autore quale Nuvolone, come visto avversario della classe degli elementi normativi, quando (dubitativamente) ne recupera l'operatività[33] ne accrediti comunque la capacità di concorrere a «conferire alla condotta ipotizzata la sua fisionomia tipica» con riferimento, si precisa,

> alla strumentalità lesiva (p. es. abuso di qualità o violazione di doveri, nella rivelazione di segreti d'ufficio, art. 326 c.p.; abuso di funzioni [oggi: di poteri] nella concussione, art. 317), all'oggetto materiale del reato (p. es. altruità della cosa nel furto) etc.[34].

Si rifletta del resto sul *significato basico della tipicità*: che è duplice, rappresentando questa da un lato «il modo con cui si prospetta l'individuazione normativa delle condotte penalmente rilevanti», così da consentire ai consociati di orientare il proprio comportamento; dall'altro, «l'esito del processo di sussunzione di un fatto concreto nella fattispecie incriminatrice, quando il primo sia conforme al modello delineato dalla seconda»[35].

---

[33] V. *supra*, II.6 della sez. II.

[34] P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 295.

[35] T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 107, cui *adde* G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, cit., 537-538 e A. VALLINI, *op. cit.*, 752.

E si trarrà la conseguenza che gli elementi normativi, *al pari* di quelli descrittivi – dai quali peraltro meritano di essere sotto altri versanti chiaramente differenziati –[36], ben assolvono un simile *ruolo fattuale-tipico*.

Certo, un «taglio netto» della tipicità rispetto all'antigiuridicità non è sempre possibile, né auspicabile, non foss'altro perché la prima riveste una funzione «di indizio», «di richiamo», «di appello» nei confronti della seconda[37].

Inoltre, come si è scritto con grande misura, occorre essere consapevoli che «fatto» e «antigiuridicità» non potranno mai dare risposta a tutte le questioni di fondo che si agitano nello *ius criminale*:

> "fatto" e "antigiuridicità" non sono realtà preesistenti, distinguibili sulla base di un dato ontologico […]. Piuttosto, si tratta di una coppia concettuale "dialettica" di cui ci si serve per introdurre un certo ordine in un dato dell'esperienza: il reato[38].

Con Engisch si tocca con mano un *ordinato confronto dialettico* fra tipicità e antigiuridicità laddove per esempio rileva, in relazione al concetto di «fattispecie d'illiceità» (*Unrechtstatbestand*), come meriti di essere ermeneuticamente ridimensionata l'«invadenza valutativa» di quegli elementi che *prima facie* sembrano «anticipare» (e quasi «cristallizzare») nel *Tatbestand* il giudizio d'illiceità: ci si riferisce agli

[36] V. *supra*, cap. III, la proposta di un apparato argomentativo orientato alla «separazione».

[37] V. l'icastica immagine di F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., 1897: fatto e antigiuridicità quali «facce colorate di un unico prisma di vetro, da ciascuna delle quali è possibile guardare il tutto (reato) e che, essendo suscettibili di rifrazioni, possono ciascuna rifrangere su se stessa elementi propri di un'altra faccia»; fenomeno di rifrazione che è avvertibile, nota Bricola, oltre che rispetto ai «momenti soggettivi dell'antigiuridicità», esattamente in «elementi a carattere normativo». Pionieristico, dal versante soggettivo, il breve scritto di Y. NAKA, *Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes*, in *Juristenzeitung*, 1961, 210-211; sulla funzione di appello della tipicità e del dolo, nel laboratorio del «progetto alternativo» di riforma del codice penale tedesco (*AE* 1966), Art. KAUFMANN, *Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962*, in *ZStW*, 1964, 559.

[38] E.R. BELFIORE, *Errore sul fatto (dir. pen.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 2248.

«elementi dell'antigiuridicità in senso proprio» di Mayer e agli «speciali contrassegni del dovere giuridico» di Welzel (più precisamente: del «terzo», o del «quarto», Welzel)[39].

Non può d'altro canto sostenersi, scrive ancora Engisch, che il *Tatbestand*, quando composto di tali elementi e contrassegni, sia semplicemente «oggetto» della valutazione, secondo quanto vorrebbe in particolare Welzel, il quale «interpreta erroneamente il rapporto causa-effetto».

E così l'«altruità» della cosa risulta per Engisch «fondamento» dell'antigiuridicità del furto, ma non è «identica a» («sinonimo di») questa («ciò che specialmente parla contro M.E. Mayer»)[40]. Ugualmente, il dovere giuridico nei delitti omissivi impropri rappresenta sì un

> contrassegno giuridico-normativo costitutivo e con ciò base del giudizio di antigiuridicità, ma non si identifica con la finale antigiuridicità del delitto omissivo improprio semplicemente espressa con un segno opposto[41].

Con i distinguo di cui sopra, è una compagine del «fatto tipico» resa più valutativa (ma *non ancora necessariamente* antigiuridica) dalla presenza di elementi normativi quella che si staglia in Engisch[42].

La promessa di un'antigiuridicità sostanzialmente capace di condensare l'universo delle valutazioni giuridiche non poteva a ogni buon conto essere mantenuta; ed ecco che siamo oggi verosimilmente nel pieno di una «nuova fase», iniziata con «uno svuotamento progressivo del capitolo dell'antigiuridicità», nella comune rappresentazione scientifica praticamente spogliato del «momento valutativo» e «ridotto» alle cause di giustificazione; e ciò sembra attribuibile, su un piano intrasistematico, esattamente alla progressiva consapevolezza per cui «è il fatto tipico che ha ereditato, dopo la valorizzazione degli elementi normativi del

[39] Per questa aggettivazione, *supra*, II.5, della sez. II.

[40] Si è detto sopra, II.1, della sez. I, di Beling quale «idolo polemico» nel dibattito a lui seguito; lo stesso, si noti ora, potrebbe dirsi sostanzialmente per Mayer: è il *destino dei grandi*, «ripresi» da altri grandi.

[41] K. ENGISCH, *op. cit.*, 157-158.

[42] Sulla «mera apparenza» del richiamo che gli elementi normativi fanno all'antigiuridicità v. anzi A. CANCINO, *op. cit.*, 57-62.

fatto, le "funzioni" di contenere gran parte del discorso relativo ai diritti e alla valutazione giuridica»[43].

Un *"nuovo", moderno, fatto tipico, dove il normativo fa aggio sul descrittivo*.

4. Segue. *Argomento strutturale: l'indefettibile «realtà fattuale» dell'elemento normativo*

Più brevemente per quanto riguarda i *motivi «strutturali»* che spingono all'inserimento degli elementi normativi nel «fatto».

Non senza qualche passaggio filosofico onestamente complesso, il punto risulta del resto analizzato solo nella per tanti aspetti *frappant* indagine di G. Ruggiero; va aggiunto che il privilegio assegnato a un approccio dogmatico e politico-criminale rispetto a un esame *tout court* strutturale appare vieppiù in sintonia con la *koinè* penalistica dei nostri tempi.

Si sottolinea dunque – riportandosi qui il nocciolo dell'argomentazione – che

> se è vero […] che gli elementi normativi non possono che partecipare dell'elemento soggettivo o oggettivo o di ciascuna delle altre categorie di elementi della fattispecie e che queste sono caratterizzate dalla nota di realtà, naturale ed umana, della quale partecipano, non si può, per il principio di non contraddizione, non riconoscere tale realtà agli elementi in questione[44].

[43] M. DONINI, *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, 233-239; più di recente un richiamo anche in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 66, nt. 4.

[44] G. RUGGIERO, *op. cit.*, 143-148, spec. 147, osservando (146) come «se […] la verifica razionale autorizza la conclusione che gli elementi della fattispecie *sono* certamente dati di realtà, il profilo ulteriore legittima l'affermazione che quegli elementi *non possono che essere* dati di realtà» (l'ulteriore profilo cui si allude è legato all'idea che un «ordine normativo non sarebbe […] né concepibile, né necessario se non per l'esi-

Ora, al netto di una possibile diversa qualificazione di tale argomento non semplicemente quale strutturale ma «contenutistico-strutturale» – come si ricava da altra «definizione» dello stesso Ruggiero[45], e da altre classificazioni proposte in dottrina –[46]; e al di là, come detto, di una certa complicazione del linguaggio proposto, nonché dell'esistenza di qualche (fisiologica) ipotesi esemplificativa controvertibile[47], la notazione che ha preceduto resta utile «puntello» per un'*assegnazione «multifattoriale»* degli elementi normativi al (solo) contesto del *Tatbestand*.

5. Segue*. La funzione di «economia dialogica» come* quid proprium *degli elementi normativi assolvibile all'interno di un* Tatbestand *«descrittivo»*

Ulteriore considerazione «con il simbolo più» che indirizza verso la collocazione degli elementi normativi nel «fatto» attiene al *piano funzionale* in senso stretto inteso.

Si è insistito in una precedente sezione del lavoro sulla combinata proprietà di «economia legislativa» (o di «sintesi tipicizzatrice») e di «interrelazione dialogica» (fra sistema penale e diversi ambiti sociali e

genza di disciplinare, indirizzare, modificare il concreto fluire degli accadimenti storici»).

[45] G. RUGGIERO, *op. cit.*, 147: l'assegnazione dei concetti normativi al fatto coglie «un'esigenza sistematica sì, ma non astratta perché suffragata dall'effettivo contenuto strutturale di quegli elementi».

[46] Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 108, che scorpora all'interno del «fatto» tre (sovrapponibili) punti di vista: «*strutturale*, che, guardando al modo con cui vengono espressi, nella fattispecie, distingue gli elementi a seconda ch'essi assumano carattere *descrittivo* o *normativo*; *contenutistico*, che, guardando alla natura del dato espresso, distingue gli elementi in *obiettivi* (e cioè di consistenza materiale-esterna) e *soggettivi* (e cioè di consistenza personale-interna); *funzionale*, che, badando al ruolo che gli elementi svolgono nella fattispecie, distingue gli elementi del fatto in *presupposti*, *condotta*, *evento* e *nesso di causalità*».

[47] V. i riferimenti fatti dallo stesso G. RUGGIERO, *op. cit.*, 147 e 233 a «concetti di valore» quali «Dio» e «defunti»: secondo l'a., si tratta peraltro o di «entità ideali considerate come reali, anche se non sensibilmente percepibili» o di «astrazioni dagli atti spirituali in forza dei quali sono concepibili».

giuridici) quale specificità funzionale di elementi qualificabili tecnicamente come «normativi»[48].

Si rinnova qui la considerazione, e non sembri la riproposizione del rilievo un "doppione argomentativo".

In precedenza, si trattava infatti di isolare un profilo che – insieme ad altri – risulta *identificativo* di una categoria e così della «bipartizione» tra concetti descrittivi e concetti normativi.

Qui invece stiamo affrontando il tema della più appropriata *iscrizione sistematica* di una categoria *già* dimostrata meritevole di autonomo spazio.

E dunque diviene opportuno anche «sistematicamente» evidenziare come elementi quali «possesso», «altruità», «parentela», «bilancio», «reddito», in virtù della peculiare *funzione di «economia osmotica»* (volendo coniare una formula che funga da crasi di quel duplice aspetto finalistico), finiscono, come è stato scritto, per «svolgere la funzione *tipicamente descrittiva* propria di tutto il 'fatto', che dovrebbe servire ad indicare in maniera il più possibile immediata e tassativa l'oggetto dell'incriminazione, del comando o del divieto»: un ricorso a nozioni "sintetiche" e "dialogiche", pertanto, che

> non ha la funzione di consentire al giudice di risolvere problemi di sussunzione giuridica mediante giudizi di valore, né costituisce un surrogato della valutazione di antigiuridicità […] ma serve piuttosto, mediante il "rinvio" a fonti normative extrapenali, a descrivere il comportamento illecito o il fatto di reato, e non a qualificarlo come illecito[49].

[48] *Supra*, III.8.

[49] M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 226-227. Sottolinea G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, cit., 19, come non venga qui in gioco un'improvvisa «reificazione» dell'elemento normativo quanto la «funzione dinamica» che la norma extrapenale assume nella fattispecie richiamante; analogamente C. KUNZE, *Das Merkmal "unbefugt" in den Strafnormen des Besonderen Teils des StGB*, Berlin, 2014, 103-104. Rileva anzi K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 152 che «il trattamento di un elemento di fattispecie "come" una parte dell'antigiuridicità viola il divieto di analogia, a svantaggio dell'autore».

6. Segue*. La presenza del «normativo» in ogni possibile "sezione" del fatto tipico*

Nel *diritto vigente*, l'appartenenza di elementi normativi al «fatto» non costituisce dato «sporadico» o, per dir così, «concentrato» in una sola componente o comunque in specifiche componenti del fatto medesimo.

Al contrario, come è stato efficacemente rilevato, termini normativi sono variamente rappresentati in tutte le categorie che concretizzano il primo momento dell'analisi tripartita: conosciamo elementi normativi riferiti alla *condotta* (es.: «condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie», nella violazione degli obblighi di assistenza familiare *ex* art. 570 c.p.); elementi che fungono da *presupposto normativo* (l'essere «venuto abusivamente a cognizione del contenuto di una corrispondenza», nella rivelazione del contenuto di corrispondenza ai sensi dell'art. 618 c.p.); elementi-*circostanza normativa* («l'avere commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio», nell'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 9, c.p.); elementi normativi nella veste di *evento* («ingiusto profitto con altrui danno», nella truffa, art. 640 c.p.); elementi normativi nel *«lato» soggettivo* del fatto («negligenza o imprudenza o imperizia» e «inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline» nella nozione di colpa alla stregua dell'art. 43 c.p.)[50].

In talune ipotesi, elementi normativi figurano fra *più* contrassegni del fatto: così, sempre nell'art. 570 c.p., oltre alla condotta, è normativo

[50] G. RUGGIERO, *op. cit.*, 67 e 142-143, che ne astrae la regola: «il loro [degli elementi normativi] inserimento in una di queste categorie è necessario ed assoluto: essi non possono partecipare alla fattispecie se non attraverso la sussunzione in una delle sottocategorie delineate»; sulla "variegata" frequenza di concetti normativi nella delineazione della fattispecie anche D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, cit., 97 (qualificazione relativa a «cose, persone, eventi o altro») e M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, cit., 177-178. La presenza degli elementi normativi nel tipo difficilmente potrebbe quindi dirsi «anomala»: sulla questione, A. CANCINO, *op. cit.*, 53-56, 81-82, che giudica «illogica» tale qualificazione.

anche l'evento di «sottrazione agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale o alla qualità di coniuge»[51].

È rilevante, in particolare, che elementi normativi integrino l'evento, concetto profondamente connesso a quello di *bene giuridico*, a sua volta «riassuntivo» del significato lesivo «globale» del fatto[52].

Come sempre, il profilo codicistico vigente, con tutta la sua "schiettezza", dona certezze anche a chi diffidi di (forse) più "fumose", *e tuttavia concordanti*, motivazioni politico-costituzionali, logico-dogmatiche, strutturali e funzionali.

[51] Ancora G. RUGGIERO, *op. cit.*, 132, che scrive dell'art. 570 c.p. come fattispecie «normativa nel suo complesso non già perché qualificata alla stregua di un unico riferimento normativo, ma per il fatto, ben diverso, che ciascuno dei suoi elementi costitutivi si determina in base ad un particolare criterio normativo».

[52] Uno spunto in questo senso in M. DONINI, *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, cit., 236, nt. 3.

CAPITOLO V

ELEMENTI NORMATIVI E PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

SOMMARIO: SEZIONE I: REVISIONISMI IN TEMA DI DESCRITTIVO, NORMATIVO E DETERMINATEZZA. *1. K. Engisch: agli albori di una problematizzazione della contrapposta determinatezza di elementi descrittivi ed elementi normativi. 2. T. Lenckner: una sottolineatura arciconvinta intorno ai pregi degli «elementi bisognosi di riempimento valoriale» (e ai difetti degli elementi descrittivi). 3. L'accreditabilità di una determinatezza solo «relativa» in E. Schmidhäuser. 4. Le incertezze del «linguaggio naturale» nella riflessione di W. Hassemer. 5. Elementi elastici ed elementi vaghi nello studio di S. Messina. 6. Le «regole» di F. Bricola per la costruzione e l'interpretazione della fattispecie in chiave tassativa. 7. Elementi descrittivi, elementi normativi e «determinatezza sociale» nel pensiero di A. Pagliaro. 8. L'indicazione in M. Spasari di una «legislazione penale per principi». 9. «Indeterminatezza semantica», «indeterminatezza costituzionale» e differenti «ordini delle preferenze tassativo-tipiche» nelle ricerche di F. Palazzo. 10. Le due classi di elementi descrittivi traditrici della determinatezza nella diagnosi di S. Moccia. 11. L. Risicato: l'acme del riconoscimento intorno all'«ubiquità» della «questione determinatezza». 12. La «parità» tra elementi descrittivi ed elementi normativi nella dialettica testo/contesto. 13. Tipi e fonti dell'equivocità dei testi normativi nella più aggiornata riflessione giusfilosofica. La sostanziale «equidistanza» di elementi descrittivi ed elementi normativi rispetto a queste problematiche. 14. Risemantizzazione ed elementi "aperti" in un saggio di G. Mannozzi.* SEZIONE II: FATTORI DI PERSISTENTE MINORE DETERMINATEZZA DEL NORMATIVO. *1. L'applicazione analogica dell'elemento normativo come strumento (in potenza) «eversivo». 2. La più frequente verificabilità di errori di sussunzione relativamente al «normativo» che al «descrittivo» (e riflessi oggettivi). 3. Profili di tensione tra elementi normativi giuridici e afferrabilità della valutazione precettiva mediante comportamenti non linguistici. 4. L'«artificialità» di «fatti istituzionali» (J.R. Searle)/elementi normativi come possibile fattore di tensione rispetto alla determinatezza/rimproverabilità personale. 5. Elementi normativi e «rinvii multipli». 6. Inadeguata tipicizzazione di elementi normativi e compromissione della determinatezza della definizione legale che li contiene.*

Scopo del presente capitolo è, *in una prima sezione*, quello di seguire la «progressione» storica con cui si è affermata la consapevolezza di una «vicinanza» fra elementi descrittivi ed elementi normativi (quantomeno giuridici) in fatto di determinatezza/tassatività.

Fin dal 1915 – data della scoperta mayeriana dei *normative Merkmale* – sull'intera classe del «normativo» (non solo sul «normativo extragiuridico») ha infatti pesato l'*ombra di un'accentuata «valutatività»* e perciò di una scarsa compatibilità con le istanze di certezza e uguaglianza proprie dello Stato di diritto[1].

Per contro, elementi percepibili con i sensi (o comunicabili con il linguaggio comune, o frutto di comune esperienza) venivano reputati *immuni da tali vizi* e dunque, anche se magari giudicati carenti su altri versanti[2], certamente preferibili sul piano di un diritto penale rigorosamente determinato[3].

Entrambe queste speculari, radicate convinzioni sono state oggetto di un *fecondo «revisionismo»* e oggi si può quindi considerare dominante l'idea di un'impossibilità di dichiarare *in partenza*[4] l'una o l'altra tecnica *più*[5] determinata e più tassativa[6]; con il solo *gap* di determina-

[1] L'annosa accusa di «'rottura' del modello di reato illuministico e positivista» rivolta agli elementi normativi è rammentata da M. ROMANO, *"Repressione della condotta antisindacale"*, cit., 182.

[2] Si allude fra le altre cose all'inettitudine dei *deskriptive Merkmale* a «fare sistema» con l'intero ordinamento: sulla «capacità osmotica» dei contrassegni normativi v. invece *supra*, III.8.

[3] Per rilievi in questo senso, v. *passim* la «galleria» storico-dogmatica somministrata nel capitolo II, sez. I. e II.7 della sez. II.

[4] Ovvero, a prescindere dal contesto normativo di intervento.

[5] Si chiarirà il senso dell'avverbio, nell'esaminare il ragionamento di Schmidhäuser (*infra*, V.3, della sez. I).

[6] Ancora all'inizio degli anni '80 del secolo scorso, nel porsi il quesito «se gli elementi del tipo, quando sono normativi, costituiscano fattore di sicurezza e garanzia o, al contrario, amplino pericolosamente l'arbitrio del giudice», la risposta prevalente poteva invece considerarsi in questo secondo senso: così A. CANCINO, *op. cit.*, 47-51, rilevando per parte sua (83-84) l'impossibilità di far dipendere *a priori* il problema dell'arbitrio giudiziale dall'esistenza di elementi normativi o di richiami all'antigiuridicità, almeno là dove vigono «principi costituzionali di assoluto rigore»; «l'importante è che il legislatore strutturi il tipo mirando a finalità di sicurezza e di garanzia, così come di sistematicità, dentro al contesto generale di riferimento». Circa l'opinione in precedenza

tezza che si ritiene ancora scontato dagli elementi normativi extragiuridici, «etico-sociali», la cui stessa legittimità peraltro, come vedremo, viene sovente salvata sotto condizione.

In una seconda sezione del capitolo, tuttavia, prenderò l'abbrivio dallo scioglimento dei rispettivi «matrimoni forzosi» contratti dal normativo con l'indeterminato e dal descrittivo con il determinato, e dunque muoverò da un impianto dogmatico decisamente più sgombro da vincoli pregiudiziali, per mettere in fila le ragioni di *persistente maggiore problematicità* che a mio avviso continuano a gravare sugli elementi normativi (anche su quelli giuridici!): lungi da chi scrive l'intenzione, anche solo «provocatoria», di tornare alle considerazioni in termini di «soggettivismo del normativo» che leggevamo esemplarmente nelle pagine di Mezger; credo però che la dottrina più recente, perseguendo la lodevole aspirazione di un «superamento del passato» ovvero delle sue ipoteche dogmatiche e costituzionali, abbia finito con il *mettere fra parentesi* taluni aspetti che ancora giustificano una differenziazione tra «descrittivo» e «normativo» in punto di determinatezza.

SEZIONE I: REVISIONISMI IN TEMA DI DESCRITTIVO, NORMATIVO E DETERMINATEZZA

1. K. Engisch: agli albori di una problematizzazione della contrapposta determinatezza di elementi descrittivi ed elementi normativi

Storicamente, l'equazione elemento descrittivo=elemento determinato/elemento normativo=elemento indeterminato viene inizialmente revocata in dubbio, da parte della dottrina d'oltralpe, all'interno del saggio pubblicato nel 1954 da Karl Engisch, di mirabile precocità anche sotto questo aspetto.

---

dominante, v. per tutti G. BETTIOL, *op. cit.*, 35: «bene è che gli elementi normativi […] abbiano tendenzialmente da allontanarsi dalla scena del diritto penale in quanto mettono in pericolo la correttezza e sicurezza giuridica e possono finire per scavalcare il principio stesso di legalità».

L'autore sta esponendo le varie concezioni del *Tatbestand*[7] occupandosi in particolare del *Garantietatbestand* ovvero, con Hellmuth Mayer, dell'esigenza, imposta dall'art. 103 II GG, di

> evitare quelle formulazioni indeterminate della legge penale nelle quali la descrizione della fattispecie è così ampia da far residuare un dubbio insopportabile ("*unerträglicher Zweifel*") su cosa è permesso e cosa è vietato[8].

Se risulta da confermare la diagnosi circa la «tipica incertezza» che accompagna gli elementi «soggettivo-normativi» (con altra terminologia: «normativo-culturali»), si ammette che una «intollerabile indeterminatezza» – e i relativi «corollari» di «insicurezza», «ambiguità», «soggettivismo» e «necessità di completamento valoriale» – possano segnare la vigenza degli stessi elementi descrittivi (si insiste sull'esempio del «tempo di notte»); e che viceversa elementi normativi giuridici (si ragiona su «minore» e «matrimonio») possano introdurre nel *Tatbestand* contrassegni di una quantomeno «relativa» determinatezza.

Una generale «conversione» degli elementi normativi in elementi descrittivi non sarebbe perciò in quanto tale da sottoscrivere, considerato come *rispetto agli stessi elementi* in linea di massima suscettibili di «accertamento di fatto» e trasmissibili con il «linguaggio comune» – e dunque «descrittivi» – non sia da escludere un'indeterminatezza triplicemente «interpretativa, definitoria e applicativa», tale da

> far sorgere specifici problemi nel caso singolo e rendere più difficoltosa la realizzazione del principio *nullum crimen sine lege*, provocare errori di sussunzione e condurre alle aporie a questi connesse, esattamente come può accadere con elementi normativi[9].

---

[7] In proposito, *supra*, IV.2.

[8] V. nell'edizione successiva H. MAYER, *op. cit.*, 35, che icasticamente allude ai rischi di elasticissime previsioni-caucciù (*Kautschukbestimmungen*).

[9] K. ENGISCH, *op. cit.*, 142-143 e 156-157: «soll nicht ausgeschlossen sein, daß dergleichen „deskriptive" Begriffe angesichts ihrer Normbezogenheit und relativen Unbestimmtheit der Auslegung, der Definition, der Anwendung auf den Einzelfall besondere Probleme stellen, daß sie weiter den Grundsatz nullum crimen sine lege in der Durchführung erschweren können, daß sie schließlich zu Subsumtionsirrtümern und den mit

Engisch omette *ulteriori delucidazioni*, saltando forse l'occasione per offrire il suo punto di vista intorno alle ragioni che spingono i legislatori a un largo impiego di elementi etico-culturali (spiegazione che verosimilmente non avrebbe lenito il *vulnus* da essi arrecato in termini di determinatezza, ma pur sempre desiderabile).

Eppure il suo scritto, a distanza di sessant'anni, rimane un *gioiello* per profondità di analisi e per capacità precorritrice.

2. T. Lenckner: una sottolineatura arciconvinta intorno ai pregi degli «elementi bisognosi di riempimento valoriale» (e ai difetti degli elementi descrittivi)

Ben oltre Engisch andrà Theodor Lenckner, in un articolo del 1968 che rappresenta al contempo una «difesa» a tutto tondo degli stessi elementi normativi *extragiuridici* e un «attacco» alla diffusa convinzione circa la piena determinatezza degli elementi *descrittivi*.

Se in rapporto alla valorizzazione «oltranzista» di elementi etico-sociali questo contributo non riuscirà ad attecchire nella dottrina successiva (fino anzi a risultare condannato al destino di una citazione «veloce» e in termini marcatamente contrari), i rilievi sulla possibile indeterminatezza dello stesso «descrittivo» diverranno un autentico *Leitmotiv* della letteratura in punto di *Bestimmtheitsgebot*.

In ogni caso, si tratta di uno di quegli scritti che, nonostante gli innegabili profili di opinabilità, hanno la virtù di saper muovere le acque e *sorprendere il pensiero critico*.

Lenckner lavora in particolare sulle *clausole generali*, delle quali si evidenzia una duplice differenza strutturale rispetto agli elementi normativi posto che esse potrebbero per un verso, secondo un criterio di grado, risultare ancora più indeterminate dei contrassegni normativi; e, per l'altro, sottendere elementi di taglio descrittivo.

---

ihnen verknüpften Aporien führen können – ganz wie die normativen Tatbestandsmerkmale» (143). Intorno a costruzione della fattispecie e determinatezza l'autore riflette anche in *Einführung in das juristische Denken*, VIII ed., Stuttgart, 1983, 106-137, 109-111 specificatamente sugli elementi normativi.

E tuttavia si dà atto di una fondamentale comunanza tra *General-klauseln* e *normative Elemente*[10] riferibile all'«ampia generalità in grado, diversamente dal metodo casistico, di abbracciare il maggior numero possibile di situazioni di fatto»; nonché al dato per cui

> da un punto di vista pratico, in diritto penale vengono in rilievo solo quelle clausole generali che in uno specifico senso sono "normative" ovvero che nel singolo caso possono essere concretizzate esclusivamente tramite una valutazione.

L'a. non si nasconde le variegate obiezioni cui va solitamente incontro la previsione di clausole generali/elementi normativi: collocazione del giudice nello scomodo ruolo di «servitore delle concezioni sociali, etiche e culturali dominanti», in bilico tra reazionarismo e rivoluzionarismo (la citazione è di Engisch; con il triplice rischio, chiosa Lenckner, che, al di là di tutto, una opinione dominante non sia rilevabile, sia «falsa» o sia fatta coincidere con quella del gruppo sociale più forte); in termini ancora più soggettivistici e anzi irrazionali, elevazione della morale personale del giudice a pretesa norma obiettiva o a «fonte di rivelazione metafisica» (E. Spranger); compromissione finale delle istanze di uguaglianza, di sicurezza giuridica e di calcolabilità delle conseguenze delle proprie azioni.

Peraltro, ritiene Lenckner che queste sottolineature critiche da un lato deprezzino gli specifici benefici di una formulazione potenzialmente «onnicomprensiva» delle norme penali; dall'altro, trascurino i difetti simmetricamente manifestati dalla stessa descrizione casistica; e che

[10] Per una definizione degli elementi normativi quali «clausole generali in piccolo» K. TIEDEMANN, *Zur Gesetzgebungstechnik im Wirtschaftsstrafrecht*, in A. HOYER e altri (a cura di), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, 644; nello stesso senso K. PAPATHANASIOU, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, cit., 224 e T.C. KNIERIM, *Zivil- und verwaltungsrechtliche Akzessorietät der Vermögensdelikte im Kreditwesen*, in H. SCHÖCH e altri (a cura di), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 629, che estende l'accostamento a quelle «figure-parametro» (*Maßfiguren*: es. il «commerciante onesto») cui accade che si rimandi, anche solo implicitamente, nel diritto penale dell'economia.

innanzitutto non prestino sufficiente attenzione alle matrici del processo normativo del quale si discute.

Partendo proprio dal *profilo storico*, osserva Lenckner come in effetti la «versione originaria» del codice tedesco (1871) contemplasse un minor numero di concetti normativi o posti sulla falsariga della clausola generale. La «fuga nelle clausole generali» rilevata nel 1933 da Hedemann quale «pericolo per il diritto e per lo Stato» si svilupperà più avanti; ma non necessariamente costituirà prodotto di degenerazione giuridica ovvero di «snaturamento della tecnica legislativa»[11].

Nello specifico, Lenckner individua cinque vettori di un crescente ricorso a «clausole bisognose di riempimento».

Innanzitutto, *sul piano del Tatbestand*, lo sviluppo della teorica welzeliana dell'«adeguatezza sociale». L'esigenza (interpretativa) di «tagliare fuori» dal dettato della previsione normativa quei segmenti di vita sintonici all'evoluzione della comunità sociale conosce come più idoneo «precipitato tipico» proprio lo strumento della clausola generale.

Sempre nell'ambito del primo gradino della tripartizione, la scelta (compiuta con il «progetto ufficiale» del 1962, e poi accolta nella «novella» del 1975) di definire l'omissione impropria *ex* § 13 *StGB* (anche) in forza della «corrispondenza» tra omettere e agire, non poteva che riflettersi, osserva Lenckner, attraverso un'ipotesi di *Generalklausel*.

Sul versante dell'antigiuridicità, si dà conto del fatto che «il nocciolo di una causa di giustificazione può essere delimitato solo in termini relativamente netti» (evidentemente, Lenckner allude alla funzione di «dialogo con l'intero ordinamento» propria delle scriminanti); così come si dà atto di una propensione alla «rinuncia a criteri legislativamente fissi» indotta dall'affiancarsi all'impostazione «formale» di una lettura

[11] Su questa linea, «aperture» alle clausole generali per esigenze di funzionalità del sistema in W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973, che non manca di collegarvi un più consistente «rischio penale di interpretazione» (24), ritenuto peraltro oculatamente gestibile in sede giurisprudenziale (attraverso istituti quali errore di sussunzione, errore su elementi normativi, valutazione parallela nella sfera laica, colpa soggettiva, inesigibilità: 23-24); sulla «rinunciataria» posizione di Naucke M. ROMANO, *"Repressione della condotta antisindacale"*, cit., 180-184 nonché C.E. PALIERO, *«Minima non curat praetor»*. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985, 632 e *ivi* nt. 18.

«materiale» dell'antigiuridicità (affermazione questa ovviamente accettabile solo se per antigiuridicità materiale si intenda un'ermeneutica delle esimenti capace di valorizzare il «bilanciamento di interessi» che è loro proprio, e non la concessione di una cambiale in bianco a considerazioni *praeter/contra legem*).

L'esemplificazione è fra l'altro relativa allo stato di necessità giustificante ai sensi dell'attuale § 34 *StGB*, ove figurano gli elementi «aperti» della «decisa prevalenza del bene salvaguardato su quello leso» e del «fatto come mezzo adeguato a sventare il pericolo».

Nell'ambito della Schuld, Lenckner nota un evidente «affinamento» nel passaggio dalla visuale psicologica a una concezione normativa, che ha recato con sé «una apertura del diritto penale verso concetti in diversa misura valutativi, che come tali si sottraggono a una rigida e definitiva positivizzazione».

Si cita in particolare l'esigibilità che sarebbe assai arduo «sciogliere» in una regola astratta e che del resto espande la sua portata esegetica "già" ai «momenti» della tipicità e dell'antigiuridicità[12].

Sul crinale dell'oggetto di tutela, evidenzia Lenckner un moto crescente volto a salvaguardare penalmente beni non altrettanto saldamente scolpiti, nella «sede» pre-legislativa, di quanto non siano le «originarie» vita e integrità fisica.

«Più il bene da proteggere è "afferrabile", più i suoi contorni si manifestano con nettezza, più il legislatore potrà far ricorso a un metodo puramente descrittivo»; ma questa scansione logica fallisce, rileva l'autore, allorché il diritto penale si interessa di valori che non sono profilati nella loro meritevolezza con la stessa chiarezza «fisica» e che tuttavia reclamano un ragionevole «riparo» mediante la «sanzione più incisiva».

Infine, una quinta ragione dell'incrementato impiego di clausole generali/elementi normativi (extragiuridici) viene vista nella *eticizzazione del diritto penale* e nella conseguente previsione di *Gesin-*

[12] Si noti in ogni caso che talvolta il richiamo del *Tatbestand* all'«esigibilità» viene puntualizzato dallo stesso legislatore tedesco, come avviene nell'omissione di soccorso *ex* § 323c *StGB*, ove il soccorso esigibile viene duplicemente tipicizzato come quello che non esponga il soggetto a rilevante pericolo e che non comporti la violazione di altri importanti doveri.

nungsmerkmale: aderendo a Schmidhäuser, Lenckner fa qui riferimento (invero, con una terminologia compromessa che potrebbe fomentare un "reclamo" nel lettore) a elementi

> che hanno lo scopo di esprimere una valutazione riassuntiva circa situazioni di fatto che per la loro varietà il legislatore potrebbe non conoscere anticipatamente, e che sono rilevanti in parte per l'illecito, in parte per la colpevolezza.

Così, stabilire se l'autore ha colpito la vittima con un unico colpo o se l'ha torturata lentamente e con gusto (e abbia dunque agito in questo secondo secondo caso *grausam*, crudelmente) è rilevante per decidere se sia rispettivamente applicabile il § 212 («omicidio») o il § 211 («assassinio») *StGB*.

Sotto questa lente gli stessi *Gesinnungsmerkmale*, per quanto espressi con clausole generali, potrebbero, solo a prima vista paradossalmente, favorire «raffinate sfumature nel campo dell'illecito e della colpevolezza, nella misura in cui dipenda da essi la (più elevata) meritevolezza di pena del comportamento che viene in questione».

In chiave di sintesi, per Lenckner elementi normativi o accostabili a una clausola generale finiscono spesso per essere «l'unico mezzo con il quale è possibile dominare legislativamente una materia complessa, così da evitare nel caso singolo asprezze e iniquità»[13].

Gli elementi normativi come fattore di avvicinamento al *ius aequum*, dunque; ma anche come riflesso del fallimento cui andrebbe incontro persino il più avveduto legiferatore nel redigere un catalogo «fattuale» e nelle intenzioni privo di lacune riguardo a «bassi motivi», «esigibile», «riprovevole», «immorale».

Argomenta l'autore: quando si discute di clausole generali o normative,

> sarebbe unilaterale la sottolineatura dei soli pericoli per la certezza giuridica e l'uguaglianza applicativa, dal momento che l'idea dello Stato di

[13] «Generalklauselähnliche, normative Begriffe […] sind das einzige Mittel, mit dem es möglich ist, eine komplizierte Materie gesetzgeberisch so zu bewältigen, daß Härten und Unbilligkeiten im konkreten Fall vermieden werden» (255).

diritto non si esprime esclusivamente in questi valori ma anche nell'aspirazione alla giustizia materiale.

Anzi, «è una vecchia esperienza che niente più scuote la coscienza giuridica dell'essere testimoni di una punizione (ed eventualmente anche di una non punizione) avvertita come ingiusta»: «a ciascuno il suo», quindi, se non si vuole che lo Stato di diritto esca screditato.

Qui Lenckner si spinge a sostenere che «il giudice non sarebbe un vero giudice, se non tentasse di correggere una decisione del legislatore palesemente ingiusta»: ne va della complessiva «credibilità» dell'ordinamento giuridico.

In ogni caso, rimarca l'a., l'assioma di Montesquieu sul giudice «automa della sussunzione» ovvero «bouche qui prononce les paroles de la loi» mostra l'usura del tempo tanto più che, unitamente a Larenz, e riprendendo Heck, si può parlare di un «nucleo concettuale» (*Begriffskern*) e di un (talvolta vistosamente ampio) «alone marginale» (*Begriffshof*) anche a proposito degli elementi descrittivi.

Fra gli altri esempi, il concetto di «sottrarsi attraverso la fuga» (*sich durch Flucht entziehen*) nella vecchia formulazione del § 142 *StGB* («allontanamento non consentito dal luogo di un incidente»); la condotta del «danneggiare» nel «comunissimo» danneggiamento ai sensi del § 303; il grado di «vicinanza» al danno nelle numerose norme che fanno riferimento a un «pericolo».

Più in generale, si segnala come sia soprattutto nelle fattispecie contenenti un «momento» quantitativo che diventa difficile prevedere se l'alone marginale sia riducibile tramite un'interpretazione da contrassegnare come «cognizione conseguita secondo un metodo» e non come «pura decisione»[14].

[14] Su quanto precede, T. LENCKNER, *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege"*, in *Jur. Schul.*, 1968, 249-257. A criticare la tesi del «vuoto»/necessità di integrale riempimento valoriale degli elementi normativi sarà qualche anno dopo anche M. HERBERGER, *op. cit.*, 144-147, "tradizionalmente" confermando peraltro (148-150, 154) le tendenziali maggiori «componenti emotive» di questa categoria di concetti e relative più consistenti preoccupazioni sul piano dei principi dello Stato di diritto (ritiene invece «semplicistica» l'indicazione di una maggiore emozionalità insita negli elementi normativi H. GARSTKA, *Generalklauseln*, in *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, cit., 104; sottolinea come la frase

Con la considerazione sulla possibile indeterminatezza degli stessi *deskriptive Merkmale* si chiude il cerchio del ragionamento lenckneriano.

Non tutto può essere condiviso, nella forma e nella sostanza. Il termine *Gesinnungsmerkmale* evoca accenti da «diritto penale d'autore» sui quali la vigilanza non è mai troppa. Sorge l'impressione globale di una «legittimazione dell'esistente» (*rectius*: di una sua decisa «sponsorizzazione»!), fatto di clausole (troppo) generali affette da probabilmente intollerabile indeterminatezza[15]. L'assimilazione fra clausole generali ed elementi normativi merita di essere strutturalmente e contenutisticamente rimessa in discussione: consistente è infatti la duplice differenziabilità «di principio» rilevata inizialmente dallo stesso Lenckner. Il passaggio sul giudice «correttore» delle scelte parlamentari, anche comprensibile nello spirito che lo anima, non può non destare preoccupazioni legalitarie.

Ma *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege"* rimane uno scritto, come si suol dire, densissimo – semplicemente: uno scritto «vivo» –[16]. Un contributo che, sulla scorta dell'«anticipazione» di Engisch, è capace in nove sole facciate di «risvegliare dal sonno di Rosaspina» una letteratura tedesca

---

«questo scritto è un documento» possa essere pronunciata con la medesima impassibile espressione con cui si afferma «questo tavolo è una cosa mobile» U.K. KINDHÄUSER, *Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale*, cit., 474). Sull'ambiguità che affligge gli stessi «concetti di esperienza» (descrittivi), il cui significato può non coincidere per tutti gli appartenenti a una data cerchia giuridica, presentando margini incerti a fronte di un nucleo centrale pacifico, H.-L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, 1976, 225.

[15] Lenckner accenna invece soltanto a «singoli casi» in cui, «forse», si avrebbe una patologica «fuga nelle clausole generali» ovvero una rinuncia preventiva del legislatore ad assolvere il compito di tracciare i confini della punibilità.

[16] Cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht?*, in A. ESER e altri (a cura di), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, 179: «a distanza di trent'anni [*Wertausfüllungsbedürftige Begriffe*] è un contributo ancora meritevole di lettura e riflessione». Ora di lustri ne sono passati altri, ma come detto il saggio di Lenckner continua a stimolare!

pigramente adagiata sul tradizionale binomio normativo=indeterminato/descrittivo=determinato.

3. L'accreditabilità di una determinatezza solo «relativa» in E. Schmidhäuser

Quella di Eberhard Schmidhäuser su *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie* rappresenta un'*analisi mordace* sulla realtà della determinatezza, ma anche lo *sforzo propositivo* di suggerire nuovi contorni per un'idea-guida che, se intesa in termini sostenibilmente «relativi» (vedremo il significato che l'a. attribuisce a questa locuzione), potrebbe *progredire* dallo "statuto" di bella utopia al rango di principio finalmente difendibile nelle plurime sedi di sua rilevanza (divenendo un principio "effettivamente dimostrativo": poiché i principi, per dir così, "non nascono dimostrativi", e nella prassi possono persino regredire nel rango acquisito, occorre ogni giorno lottare per il loro consolidamento).

La realtà interpretativa – osserva Schmidhäuser – offre infatti esempi su esempi di come la giurisprudenza assurga spesso a un «decisionismo» che frustra le plurime *rationes* del principio di determinatezza, e fra queste su un piano ordinamentale la divisione dei poteri e sul versante endopenalistico il collegamento fra chiarezza normativa e prevenzione generale-deterrenza.

In non rare pronunce – alcune glossate da Schmidhäuser con la punteggiatura, insolita nella letteratura penalistica, «?!?» – il richiamo a «senso e scopo» della legge diviene non già integrativo bensì di fatto *sostitutivo* del dettato testuale (e del linguaggio corrente); ciò che in una sentenza viene «linguisticamente escluso», anche a distanza di poco tempo viene ammesso come dato pacifico: un vero e proprio caso di «trasformazione della parola» (*Wortverwandlung*) che «rende possibile l'impossibile» e disorienta soprattutto se ci si mette nei panni dello straniero, privo di familiarità con il vocabolario prima ancora che con il codice tedesco. Ma «un comportamento contrario al diritto non diviene legittimo per il solo fatto che accade, e ciò vale anche per gli organi della giurisdizione» non infrequentemente «rassicurati», aggiunge Schmidhäuser, dall'avallo teorico della dottrina.

Davanti a questo stato delle cose, sarebbe però «costruttivamente» infecondo (limitarsi a) indignarsi o stracciarsi le vesti, come farebbe una matricola di giurisprudenza o uno studioso ammalato di «solipsismo giuridico»: inclini l'uno e l'altro a pensare che i confini della fattispecie rispondano alla logica del «sin qui e non oltre!»; altrettanto poco produttivo sarebbe spingersi a ritenere che una «grande quantità» (la totalità?) delle pronunce sia costituzionalmente censurabile, per il fatto che espressamente o implicitamente non si fonda sul solo possibile significato letterale.

In chiave propositiva, Schmidhäuser muove invece dalla considerazione secondo cui per lungo tempo il principio di determinatezza è stato, quanto a fiducia nelle sue virtualità attuative, «sovraesposto» (*überspannt*) e di conseguenza «non potrà essere preso sul serio fintantoché sarà proposto in una versione incondizionata».

Al contrario, il grado di determinatezza sul quale non si può transigere può essere esplicitato (non «in generale» ma) in relazione alle singole fattispecie ovvero al materiale linguistico che le compone nonché, «a monte», alle situazioni sociali che portano all'intervento legislativo.

Nell'ottica poi della divisione dei poteri (spesso evocata per «bloccare» un legislatore troppo «concessivo» verso la giurisprudenza, oltre che per frenare una giurisprudenza a sua volta «protagonistica») qualora il legislatore voglia «reagire» agli effetti di una pronuncia persino proveniente dalla Corte costituzionale avrà la facoltà di «riprendere la parola» tramite una nuova legge «migliorativa» e che si inserisca nella cornice dei principi dello Stato costituzionale di diritto.

In questo senso, e alla luce di quanto Schmidhäuser ancora precisa, si può parlare di un'accezione «relativa» (ma questa sì irrinunciabile!) della determinatezza[17].

[17] L'aggettivo «relativa» aveva fatto capolino con Engisch: v. *supra*, V.1 della presente sez. I. Nei risultati non distante da questa posizione F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 52, che in quanto a statuto colloca peraltro la determinatezza «per così dire a mezza via tra il tendenziale relativismo della riserva e il carattere universale della irretroattività»; del resto, come opportunamente puntualizza ID., *Legalità fra* law in the books *e* law in action, cit., 1, «tutti i principi, proprio in quanto tali per il fatto di essere appunto *principi*, presentano una sorta di "eccedenza

Il diritto penale vive infatti di un (perenne) «conflitto valoriale» (*Wertkonflikt*).

Da una parte (*einerseits*) sta il valore di una «relativa» giustizia (ricorre l'aggettivo), che comporta il «superamento» del primo dato di base, quello letterale, per salire su un secondo e poi su un terzo «gradino» consistenti nell'interpretazione «obiettiva» e teleologica.

Dall'altra parte (*andererseits*) si staglia il «valore della sicurezza giuridica», ovvero della «prevedibilità» del nesso condotta umana/effetto giuridico[18]: ne discende l'esigenza di prendere la legge penale in ogni caso «il più possibile alla lettera»; dopo una serie di verifiche e controverifiche sistematicamente e teleologicamente orientate, la «prova finale» sarà comunque quella del «ritorno» all'originaria comprensione testuale[19].

---

assiologica" che fa sì che la loro attuazione rimanga sempre indietro e sia ridotta rispetto alla loro potenziale capacità espansiva».

[18] Efficacemente in proposito I.-S. KIM, *Der Gesetzlichkeitsgrundsatz im Lichte der Rechtsidee*, in B. SCHÜNEMANN e altri (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, 122-123: il rispetto del principio di determinatezza permette al cittadino, anche se in forma «laica», di comprendere ciò che è vietato; viene perciò in rilievo una «funzione di appello» o «di guida» («*Appel- Steuerungsfunktion*») ascrivibile alla norma penale, tassativamente formulata, nei confronti dei consociati, che potranno indirizzare il proprio comportamenti in precisi binari (*in bestimmte Bahnen*).

[19] In tema di «insufficienza del comunque prioritario dato testuale», approfondimenti in E. FELDER, *Rechtsfindung im Spannungsverhältnis von sprachlicher Vagheit und Präzision. Der Sprachhandlungsansatz der juristischen Textarbeit*, in R. CHRISTENSEN, B. PIEROTH (a cura di), *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht. Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller*, Berlin, 2008, 73-92; O. LAGODNY, *Strafrechtsdogmatik und Strafrechtsdidaktik auf der Suche nach dem Wortlaut des Gesetzes*, in M. BÖSE, D. STERNBERG-LIEBEN (a cura di), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2009, 51-66; H. KUDLICH, *"Gesetzesumgehung" und andere Fälle teleologischer Lückenschließung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Ermittlung der sog. "Wortlautgrenze"*, in M. JAHN e altri (a cura di), *Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2010, 93-116; ID., *"Regeln der Grammatik", grammatische Auslegung und Wortlautgrenze*, in *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, cit., 123-135; U. SCHEFFLER, *Von Pilzen, die keine Pflanzen, von Kolibris, die Dinosaurier, und von Walen, die Fische sind. Zu biologischer Fachsprache und Wortsinngrenze im Strafrecht*, *ivi*, 215-241; M. KLATT, *Die Wortlautgrenze*, in

Compito dell'interprete, sintetizza Schmidhäuser, è «rinnovare» di volta in volta un simile conflitto valoriale (fra due istanze, dunque, entrambe «relative») in relazione a ogni concreta applicazione del diritto; è certo sottile l'equilibrio fra esigenza di evitare i «rischi da fissità» del dettato legislativo da un canto e rispetto dell'opzione politico-criminale compiuta dal Parlamento/astensione dall'arbitrio giudiziale dall'altro: ma la battaglia per il raggiungimento di una simile «compensazione», ci conforta l'a., potrà essere combattuta con speranze di successo[20].

Secondo Schmidhäuser sono quattro, in conclusione, i piani che dovrebbero essere interessati da una visione «relativizzata» delle prestazioni del *Bestimmtheitsgebot*.

Dal punto di vista della *ricerca scientifica*, la differenziazione del livello di determinatezza esigibile a seconda del fenomeno empirico-sociale, dello strumentario linguistico disponibile e del settore normativo di volta in volta coinvolti, assicura una non-dispersione delle forze intellettuali in chimerici obiettivi di determinatezza assoluta, per converso favorendo un'accresciuta attenzione critica su istanze più «circoscritte» e soprattutto conseguibili.

H. KUDLICH e altri (a cura di), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, 2012, 121-142; U. NEUMANN, *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsgerichtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot). Überlegungen im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum "Präzisierungsgebot„ (BVerfGE 126, 170)*, in *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*, cit., 207-209.

[20] Circa la complessa ma ineludibile coesistenza di legalità e giustizia v. le limpide pagine di F. PALAZZO, *Il diritto penale tra giustizia e legalità*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, cit., 589-597. Sulla giustizia «erma dalle molte fronti», ma utopia irrinunciabile perché il giurista non decada a «equilibrista della dialettica che ingegnosamente si esercita sui trapezi delle pure formule», già P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 64-65 (conferenza dall'autore «nascosta in una 'cartellina'» e dopo molti anni felicemente strappata all'oblio: G. ZAGREBELSY, *Una travagliata apologia della legge*, in P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 3). Al di là delle immagini iniziali con cui si paragona la giustizia a un'appassionata ma inconcludente storia d'amore o a un passaggio in un *fast food* – mentre la legalità soddisfa quanto un leale e felice matrimonio o un pranzo di otto portate –, mette sul tappeto «l'interazione tra logica, principi, morale e giustizia» G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale* (1998), trad. ed ed. it. a cura di M. Papa, Bologna, 2004, 323-335.

Dal punto di vista dell'*insegnamento universitario*, una presentazione della determinatezza come meta fondamentale ma «relativa» eviterebbe quella cocente disillusione cui vanno incontro gli studenti quando, nell'approfondire la materia, e nel «viverla» poi da laureati, scoprono un abissale «scarto» tra teoria e prassi.

Dal punto di vista della *prassi legislativa*, la direttiva che ne consegue è che il legislatore si faccia carico della necessità di coniare fattispecie «*il più possibile* determinate».

Dal punto di vista della *prassi dei Tribunali*, il monito suona: «non allontanare troppo la fattispecie risultante dall'interpretazione (*Auslegungstatbestand*) dalla fattispecie testuale (*Wortlauttatbestand*)»[21].

[21] Cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in P. SELMER, I. VON MÜNCH (a cura di), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin-New York, 1987, 231-247. Similmente in taluni esiti già H. STÖCKEL, *Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht*, Neuwied, 1966, che capillarmente prende in rassegna plurimi contesti di «aggiramento» della legge, senza nascondersi (spec. 138-142) come il mirino vada sostenibilmente puntato verso la «misura di indeterminatezza intollerabile»: posto che a praticamente tutti gli elementi di fattispecie – normativi e, si rimarca, descrittivi – sarebbe connaturale un coefficiente di insicurezza, si tratterà di valutare quando «nonostante l'impiego di ogni strumento interpretativo non sia raggiungibile con chiarezza una significativa delimitazione della fattispecie». Criterio *minimalista* ovvero, come sembra, *realisticamente garantista*? V. ora L. KUHLEN, *Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes*, in *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, cit., 429-443, che vede nell'«indeterminatezza del concetto di "determinatezza"» un concetto fisiologico, tanto da dichiarare di «collocarsi dalla parte della giurisprudenza» a proposito della sufficiente determinatezza di fattispecie come l'ingiuria (§ 185 *StGB*) o di singoli presupposti come la «riprovevolezza» nell'ambito della fattispecie di coercizione (§ 240, co. 2, *StGB*); il legislatore non potrebbe certo scrivere «lettere aperte» al giudice, e tuttavia al quesito se una data norma penale sia in linea con le istanze della determinatezza potrebbe rispondersi solo tipologicamente, con l'ausilio cioè di una pluralità di criteri graduabili, e nell'interazione fra dottrina e giurisprudenza [si cita V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin, 1983, 137-138 per l'idea secondo cui la fissazione di ciò che è punibile può derivare solo da una «cooperazione basata sulla divisione del lavoro» (*in arbeitsteiligem Zusammenwirken*) legislatore/studiosi/giudici; in Krey (138), all'esito di una profonda indagine storico-dogmatica, si trova del resto già l'assunto, poi sviluppato da Schmidhäuser, per il quale «non si dà una determinatezza assoluta»]. Testualmente sull'impossibilità di «comprimere» (*pressen*: 69) una condotta meritevole e bisognosa di sanzione penale nelle maglie di una fattispecie chiu-

Pur non tematizzando direttamente Schmidhäuser elementi descrittivi, normativi o altre classi di contrassegni della fattispecie, il discorso globale da lui svolto crea sicuramente un *milieu* propizio a una riflessione più disincantata e «differenziata» sulle rispettive virtualità delle variegate unità linguistiche di cui il *Tatbestand* può comporsi.

L'inquadramento del principio di determinatezza come «relativo»[22] non sembri poi distonico rispetto al *trend* vieppiù convinto teso ad as-

---

sa all'apporto della giurisprudenza K. KÜHL, *Anmerkungen zum Bestimmtheitsgrundsatz*, in *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, cit., 61-79 [il che non vuol dire sponsorizzare clausole generali: v. infatti già ID., *Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht*, in W. KÜPER (a cura di), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin-New York, 1987, 815-861, spec. 839-840]. Sul «pari peso» ricoperto da «funzione di garanzia» e «funzione di protezione» nella questione circa il grado necessario e sufficiente di determinatezza delle previsioni penalistiche A. ZOLL, *Der Grundsatz der Bestimmtheit von Straftatbeständen in der Rechtsprechung des polnischen Verfassungsgerichtshofes*, in F. HERZOG, U. NEUMANN (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 657-658. Sulla perfetta tassatività di un codice come «semplice ideale», quantomeno in relazione alla parte generale, T. MANSO PORTO, *Cuestiones paradójicas del principio de legalidad*, in E. MONTEALEGRE, J.A. CARO JOHN (a cura di), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, 2008, 132-133; ampia analisi ed esemplificazione, partendo dal convincimento che il «se» dell'operatività della legalità/determinatezza è fuori discussione anche rispetto alla parte generale, mentre controvertibili sono il «come» e la «misura», in F.A. KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs*, Berlin, 2014. In tema di «determinatezza come utopia?» v. le considerazioni di A. RAABE, *Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Blankettstrafgesetzen am Beispiel der unzulässigen Marktmanipulation*, Berlin, 2007, 18-20; nonché D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Studi in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 486-489, che scrive peraltro (487) di «paradosso» o forse «ossimoro» insiti nell'idea, sintetizzata con garbata ironia, secondo cui «la tassatività non è poi da intendersi in maniera troppo tassativa». Per un autorevole punto di vista "esterno" al penale (ma sempre attento allo specifico di questa disciplina) R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013: è proprio la dialettica potere di emanare le leggi/potere di interpretarle e applicarle a generare «l'equilibrio di forze che sostiene lo Stato di diritto e che dà senso alla separazione dei poteri» (107).

[22] Si noti che, un poco stranamente, mentre la dicotomia assoluta/relativa viene frequentemente discussa in tema di riserva di legge, essa è raramente affacciata in materia

segnare rango primario a quel principio, sino al riconoscimento dello statuto di *principio «dimostrativo»*.

Diverso è il *focus* nella coppia di aggettivi relativo/dimostrativo: il primo sintetizza una serie di considerazioni concernenti le realistiche e irrinunciabili *performance* che ci si può aspettare da quel principio; il secondo pone l'accento sulla sufficienza di (anche solo) quello stesso principio a fondare una declaratoria di incostituzionalità[23].

Ma *comune* a quella diade è l'obiettivo di una *difesa/valorizzazione* dell'istanza di determinatezza: potrà sembrare paradossale che si parli di difesa, o addirittura di valorizzazione, in riferimento all'espressa «relativizzazione» di un concetto; ma la sensazione di stravaganza viene probabilmente meno se si condivide l'idea che un atteggiamento consapevole e problematico, capace di cogliere la complessità delle questioni, costituisce il *primo passo* verso un più avanzato atteggiamento di *allerta/sensibilizzazione*, nel nostro caso sul grado di realizzazione/realizzabilità di un principio costituzionale[24] (raccontare la «favola bella» del principio «assoluto» non pare del resto abbia giovato al concreto affermarsi della determinatezza)[25].

---

di determinatezza: si dà forse per scontato che la determinatezza non possa «ontologicamente» che essere assoluta?

[23] I principi «dimostrativi» (e «argomentativi») sono stati già richiamati *supra*, III.5.

[24] Sottolinea L. KUHLEN, *op. cit.*, 439 come la prospettazione di un quadro più realistico sia «di per sé un progresso».

[25] Al di là, poi, di un certo nominalismo proprio di questo genere di (auto)aggettivazioni: anche in tema di riserva di legge, «i propugnatori della "riserva relativa" talvolta sono più esigenti circa i requisiti di legittimità costituzionale, di quanto non lo siano i sostenitori della "riserva assoluta"», come notava A. PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali* (1977), in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, Milano, 2009, 389; ridimensiona ora la questione definitoria della riserva D. NOTARO, *op. cit.*, 83-86.

Efficacemente R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1770-1771: «Partire dalla realtà quale essa è e non quale si crede che sia è il presupposto fondamentale per dare forza ordinante al diritto, perché o il diritto governa la realtà o non governa. Un diritto che prescinde dalla realtà è un diritto magari perfetto e rassicurante nella sua ideale costruzione astratta, ma è anche un diritto debole, perché spesso non è in grado nemmeno di lambire il fenomeno che si vorrebbe ordinare. Un diritto basato sulla real-

Quello che mi pare possa ragionevolmente esigersi, parafrasando Schmidhäuser, è che il legislatore «faccia bene il suo mestiere» e non affligga l'interpretazione della fattispecie di limiti *ulteriori* rispetto a quelli «fisiologicamente» discendenti dal necessario «passaggio» attraverso il linguaggio, e attraverso quello giuridico in specie.

4. Le incertezze del «linguaggio naturale» nella riflessione di W. Hassemer

Vale la pena richiamare le considerazioni in tema di determinatezza del linguaggio giuridico distillate da Winfried Hassemer in una recente opera di ampio respiro sul «perché punire è necessario».

Se il diritto penale è per antonomasia «ambito settoriale formalizzato di controllo sociale», alcune *regole minime* rappresentano la *condicio sine qua non* per un legislatore felicemente «pressato», fra gli altri, dal «sacro» principio di determinatezza.

Evitare «l'ingenuità di precisare oltre misura e di complicare eccessivamente» giacché, «se l'intento può sembrare corretto, alla fine, anziché facilitare la comprensione, la renderà più difficile».

In collegamento a ciò, il Parlamento dovrebbe costantemente rammentare che «il suo interlocutore, cui deve rivolgersi in modo comprensibile, è in primo luogo il cittadino, e non la Corte di Cassazione»[26].

---

tà, con ogni probabilità è un diritto molto più fragile, ma senza dubbio è anche un diritto più forte perché capace di attagliarsi ai fenomeni dando loro razionalità e forma».

Peraltro, il fatto che la realtà risulti diversa da come idealtipicamente raffigurata e auspicata *non* implica che con l'«insistenza» su quei concetti ideali «si divenga ridicoli o addirittura truffaldini», come puntualizza (anche se con specifico riferimento alla questione degli scopi della pena) W. HASSEMER, *op. cit.*, 107. Per una tematizzazione del diritto penale idealizzato, o ideale, S. STÜBINGER, *Das "idealisierte" Strafrecht. Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozessrechtslehre*, Frankfurt am Main, 2008.

[26] Analogo richiamo in S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 19: esigenza di costruire le norme penali «utilizzando il linguaggio del comune cittadino e non secondo le locuzioni peculiari di una teoria o di un particolare ceto professionale».

E a questo punto essere consci che previsioni determinate «al cento per cento»[27] non rientrano nella natura delle cose, con l'eccezione dei dati numerici («cinque tassi giornalieri» nel § 40, co. 1, *StGB*) e dei dati relazionali («fratelli di sangue» nel § 173, co. 2, seconda frase, *StGB*)[28].

Del resto, la legge e quella penale in specie «è come il nostro linguaggio, e il nostro linguaggio è come il nostro mondo: vivo, multiforme e aperto»[29].

Senza però che il legislatore possa «farsi scudo» di questa apertura: l'istanza di determinatezza non si estrinseca in «consigli amichevoli».

C'è infatti un grado di *indeterminatezza inaccettabile*, come quello che affliggeva l'incostituzionale pena patrimoniale *ex* § 43a *StGB*, per il suo porre come tetto il valore del patrimonio del reo: prevedere quale sarebbe stata la decisione giudiziale era come «sparare al buio contro un oggetto in movimento».

Ma un'indeterminatezza insopportabile (o, chiosando Hassemer, probabilmente sopportata *solo a motivo* delle sottostanti esigenze di tutela) può riguardare anche elementi di matrice descrittiva, come gli «atti sessuali», in particolare quando «pateticamente» definiti secondo quanto tenta di fare il § 184h, n. 1, *StGB* parlando di atti che «in considerazione del bene corrispondentemente protetto, sono dotati di una certa rilevanza».

E così, anche il concetto di «ingiuria» previsto dal § 185 *StGB* sottostà alle incertezze proprie del «linguaggio naturale». Ma almeno, rispetto a una tale figura pur «sospettabile di indeterminatezza», la mancanza di un (inevitabilmente "arbitrario") intervento legislativo volto a incanalarne l'interpretazione ha consentito e consentirà a giurisprudenza e

[27] Su possibili matematizzazioni della determinatezza H. MÜLLER-DIETZ, *op. cit.*, 190.

[28] Così anche, da noi, F. GIUNTA, *I contorni del «disastro innominato» e l'ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3540: «la precisione espressiva assoluta, essendo prerogativa del linguaggio dei numeri, è un'aspettativa destinata a rimanere delusa nel campo del linguaggio legislativo».

[29] Sulle «connessioni» linguaggio giuridico/linguaggio quotidiano/mondo reale E. FELDER, *op. cit.*, 87-90.

scienza penale di «imparare» dai casi: «limando», «ordinando», «distinguendo», «dando forma a un sistema ben visibile»[30].

Che un autore fra i più osannati e stimolanti nella criminalistica contemporanea, nell'ambito di un capitolo su «formalizzazione», «trasparenza» e «sindacabilità» quali «sigilli di qualità del diritto penale nello Stato di diritto», scelga di dedicare spazio ai vizi della tecnica «descrittiva» come fattore di compromissione di quelle istanze garantistiche, è aspetto notevolmente significativo ai fini del percorso ricostruttivo che stiamo qui svolgendo.

5. Elementi elastici ed elementi vaghi nello studio di S. Messina

Anche la dottrina italiana non ha fatto mancare rilevanti contributi nella direzione del processo di «accostamento» fra concetti descrittivi e concetti normativi dal «lato» della determinatezza.

La monografia pubblicata nel 1947 da Salvatore Messina e dedicata a *La discrezionalità nel diritto penale* presenta probabilmente il difetto di una qualche

> confusione tra i casi di discrezionalità relativi all'*an* ovvero al *quomodo* delle conseguenze giuridiche in genere, e particolarmente di quelle penali, e i casi di apprezzamento svolto intorno agli elementi elastici o indeterminati della fattispecie[31].

E tuttavia, almeno rispetto ai profili oggetto di questa fase della nostra ricerca, il lavoro di Messina, già attentamente vagliato nell'indagine monografica in argomento di Bricola, merita di essere "recuperato" e valorizzato per la modernità nello scorgere un *appagante livello di tassatività* in elementi *normativi «in senso proprio»*; e, reciprocamente, nell'osservare un possibile *vizio di indeterminatezza* in elementi *di taglio naturalistico*; accompagnando tali intuizioni con il corredo di una ricca rassegna esemplificativa.

---

[30] W. HASSEMER, *op. cit.*, 121-189, spec. 123, 126-131.

[31] G. CARUSO, *op. cit.*, 20-24, spec. 22.

Dal *mare magnum* dei concetti «elastici» (o «indeterminati» o «di valore»)[32] Messina chiama infatti tendenzialmente fuori gli «elementi normativi (in senso proprio)», ricostruibili mediante «un procedimento puramente interpretativo che non dà luogo a discrezionalità» (pur se non si intendono negare «difficoltà di interpretazioni»).

Gli esempi di concetti che rimandano a criteri «di valutazione legale» sono tratti, con Mezger, da altruità, matrimonio, parentela, impiegato, documento; ma pure da elementi che implicano «un giudizio in riferimento a un *dovere giuridico*» (oggi discuteremmo in chiave di illiceità espressa/speciale): «indebitamente», «arbitrariamente», «senza giusto motivo», ecc.

Vi sono però concetti, nota l'a. con finezza analitica, la cui tassatività non può essere affermata *una volta per tutte*.

Fra questi, si insiste sulla nozione di abuso. Al di là della condivisibilità delle singole conclusioni esegetiche, ciò che appare significativo è l'idea di «una graduazione che ci fa cogliere come dal concetto normativo si passi al giudizio di valore».

Per questa via, in talune ipotesi l'abuso integrerà un autentico elemento normativo non implicante una valutazione giudiziale (es.: abusivo esercizio di una professione alla stregua dell'art. 348 c.p.).

Altre volte l'abuso, come «cattivo uso di una cosa», richiederà «un giudizio in rapporto a una situazione concreta» (es.: «deficienza psichica per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti» nell'art. 579, co. 3, n. 2, c.p.).

Nell'abuso come «uso di un potere per un fine divergente da quello per il quale è autorizzato dalla legge», sarà ancora indispensabile «una valutazione giudiziale» (es.: «arresto illegale» *ex* art. 606 c.p.).

E analogamente il giudice sarà, «più o meno ristrettamente», chiamato in causa allorché vengano in rilievo poteri di soggetti privati (es.: «abuso dei mezzi di correzione o di disciplina», art. 571 c.p.); o il superamento del limite all'attività del privato nell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.).

Viceversa, di una piena, «astratta determinatezza» dell'abuso potrà tornare a parlarsi quando siano in questione violazioni di obblighi o

[32] L'a. ricorda anche le definizioni di concetti «complessi» o «mobili».

facoltà legali (es.: «abuso di un foglio firmato in bianco», art. 486 c.p.)[33].

Come in ogni modo «tutto il diritto penale sia disseminato da una fioritura di concetti di valore» è spiegato da Messina con il fatto che «le norme penali sono tutela di valori, di beni, di interessi»: quando la illiceità, come lesione di interessi e valori, «non giunge a precipitare sul piano descrittivo abbiamo il permanere dei concetti di valore che sono appunto il riflesso del valore che la norma tutela».

È certo che il «nesso» tutela di valori/previsione di elementi valutativi soffre spesso il prezzo di una *tassatività «ridotta» o*, in taluni casi, *«mancante»*.

Come esempio della prima situazione si riportano gli «atti osceni» (art. 529, co. 1, c.p.): né il concetto di «sentimento» del pudore, né la qualificazione di «comune» valgono a chiarirne in via definitiva la dimensione applicativa.

Come paradigma della seconda ipotesi si citano i «motivi abietti o futili» di cui all'art. 61, n. 1, c.p.: rispetto ai quali la discrezionalità (e la conseguente indeterminatezza), oltre ad avere a oggetto un «bene immateriale», si focalizza su una «qualità del reo»[34].

Ma l'indeterminatezza non riguarda solo concetti di valore: se questa è la «regola», «non può escludersi che essa si riscontri anche […] in relazione a elementi naturalistici».

A questa situazione Messina preferisce anzi riservare uno specifico termine: concetti «vaghi», come quelli «espressi in maniera generica per cui coi soli mezzi della logica non è determinabile quali casi si debbano comprendere e quali escludere».

Gli esempi di elementi in questo senso «vaghi» del resto non mancano: si menzionano la rissa; il pubblico scandalo nell'incesto; il vilipendio; una serie di concetti colpiti da vaghezza «pur facendo riferimento a discipline esplicative»: ubriachezza, stupefazione, infermità di mente, premeditazione; l'abitualità nei maltrattamenti in famiglia e nel-

[33] L'art. 486 c.p. è stato abrogato dall'art. 1 lett. b) d.lgs. 15/1/2016 n. 7 e, con modifiche, trasformato in illecito civile sottoposto a sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 4, co. 4, lett. b) del medesimo decreto.

[34] S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, s.d. (ma 1947), 178-235.

lo sfruttamento della prostituzione; la molestia o il disturbo alle persone; il richiamo ai casi concreti nella nozione di reati della stessa indole; la gravità del danno o del pericolo, l'intensità del dolo e il grado della colpa nell'ambito della commisurazione della pena; il danno patrimoniale di rilevante gravità o viceversa di speciale tenuità come circostanze nei delitti contro il patrimonio; il grave nocumento alla produzione nazionale nella distruzione di materie prime o di prodotti agricoli o industriali; la proporzione nella legittima difesa e nello stato di necessità; l'eccesso nelle scriminanti; lo sfregio permanente o la deformazione del viso nelle lesioni gravissime. Infine, una folta serie di elementi che si rapportano al fattore tempo: l'attualità del pericolo nella legittima difesa e nello stato di necessità; l'immediata successione rispetto al parto nell'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale; la frequenza dello stato di ubriachezza nell'ubriachezza abituale, ecc.

Tutti casi, questi di elementi vaghi, in cui l'indeterminatezza letterale non appare «compensata» dall'interpretazione teleologica la quale, se in via di principio «esclude la discrezionalità perché serve a fissare una regola generalmente valevole, e precisare il senso di un comando legislativo», nelle ipotesi enumerate sembra fallire il compito, almeno «per un certo settore» del concetto che occorre definire[35].

Ora, bisogna ammettere – *absit iniuria verbis* – una certa *inclinazione iconoclasta* di Messina nel passare al setaccio una vastissima serie di concetti tipici e concludere con l'accomunarli in forza dell'eccessiva «apertura» alla discrezionalità giudiziale: il rilievo *omnibus* di indeterminatezza che abbraccia motivi abietti o futili e vilipendio, deformazione del viso e attualità del pericolo, ubriachezza abituale e intensità del dolo, si potrebbe probabilmente ritorcere contro la presa di posizione dell'autore, denotandola come… affetta da indeterminatezza.

Ma da un lato una simile propensione alla critica generalizzata emerge *nella sola parte* dedicata agli elementi «vaghi», e non in quella sugli elementi (semplicemente) «elastici», dominata dall'acribia ricostruttiva (si abbiano a mente le specificazioni sull'«abuso»).

[35] S. MESSINA, *op. cit.*, 235-240.

Dall'altro, rispetto al dibattito italiano, va riconosciuta a Messina una *primazia storica* nell'aver provato a sovvertire convinzioni tralatizie circa determinatezza, vaghezza e costruzione del fatto tipico.

6. Le «regole» di F. Bricola per la costruzione e l'interpretazione della fattispecie in chiave tassativa

Ne *La discrezionalità nel diritto penale*, Franco Bricola porta il tema «classificazione degli elementi della fattispecie sotto il profilo della tassatività» a ulteriore sviluppo e perfezionamento sistematico: l'uno e l'altro giocati, secondo il timbro proprio già della sua attività di ricerca giovanile, sul piano costituzionale e politico-istituzionale.

Lo studioso di Novi Ligure ribalta il tradizionale ordine di trattazione e indaga subito i caratteri problematici *non* degli elementi normativi ma di quelli descrittivi.

Quattro situazioni appaiono all'a., in diverso grado, questionabili.

Nella prima, «la realtà naturalistica descritta non balza evidente dal segno linguistico»: non trattandosi peraltro di «elementi valutativi in senso stretto», ovvero di autentica «etero-integrazione», nella misura in cui la ricostruzione giudiziale possa giovarsi da una parte del «significato che il dato assume all'interno della fattispecie e del sistema penale» e dall'altra dello «scopo per cui la disposizione che lo racchiude è stata dettata»[36].

Una seconda situazione, suscettibile per l'autore del medesimo esito interpretativo, si ha quando «malgrado l'univocità con cui il segno linguistico esprime una realtà naturalistica, vi sia motivo di ritenere che il legislatore abbia inteso usarlo in una accezione differente».

Segnano più radicalmente l'«abbandono della tassatività» *due ultime ipotesi*.

Da una parte, il caso di elementi che, pur (ipoteticamente) «stemperati in una più intensa descrittività, non riuscirebbero ad acquisire maggiore determinatezza»: parafrasando Bricola, elementi «refrattari alla

[36] Incidentalmente, Bricola anticipa quei nessi fra testo e contesto di cui diremo *infra*, V.12, della presente sez. I.

tipicizzazione descrittiva», per una esemplificazione dei quali viene citata la nutrita rassegna di Messina, dal pubblico scandalo al grave nocumento in poi.

Dall'altra, la costellazione in cui «il segno linguistico esprima più realtà naturalistiche, fra loro magari in contrasto».

Rispetto all'*elemento normativo*, il discorso viene da Bricola *differenziato* a seconda che questo riguardi «un singolo momento della fattispecie» o la «esaurisca tutta».

Nella prima ipotesi, «un problema di tassatività non ha neppur ragione di porsi, per lo meno in via diretta, quanto agli elementi normativi strettamente giuridici»[37] (es.: l'«altruità» della cosa nel furto); nel secondo caso, «natura del parametro» ed «elasticità o mutevolezza» delle regole richiamate[38] ostacolano l'individuazione delle regole «vigenti» al momento del fatto – facendo anzi sfiorare la soglia dell'autentica «folgorazione intuitiva» – e creano tensioni con il principio di legalità (es.: le «regole pedagogiche che offrono all'interprete il limite dell'uso lecito dei mezzi di correzione, al di là del quale subentra l'abuso penalmente rilevante *ex* art. 571 c.p.»; o anche il rimando all'ordinamento «interno» delle regole cavalleresche nell'oggi abrogato duello)[39].

Notevolmente variegate sono per Bricola le origini delle accresciute previsione e applicazione di elementi elastici: negli ordinamenti democratici, la fruibilità nella chiave della «funzione *propulsiva* che connota indubbiamente il diritto penale» (l'a. avrà modo di levigare un certo ottimismo su tale funzione)[40]; negli «ordinamenti *eterogenei* di tipo

[37] Per la terminologia «elementi normativi *legali*» F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., 1898.

[38] Che può derivare, si precisa, da sostanziale «tautologia» definitoria, come nel caso della nozione di «atti e oggetti osceni» di cui all'art. 529, co. 1, c.p.

[39] Cui *adde*, sul terreno dei «limiti scriminanti», la proporzione nella legittima difesa, per il riferimento alla «graduazione gerarchica [degli] interessi implicita nell'ordinamento»: così già in F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., 1899, nt. 91.

[40] Cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale* (1981), in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, cit., 1409-1413, critico anche qui sulle propensioni a «relegare il diritto penale ad un'esclusiva funzione di tutela, ed a una matrice di conservazione senza un possibile avanzamento ed una possibile emancipazione rispetto ai canoni individualistici del

instabile», l'uso quale veicolo di trasformazione dell'ordinamento in «omogeneo» (*id est*: «autoritario») da parte di un gruppo divenuto dominante; e infine, più in generale, la (apparente) capacità di soddisfare le istanze «personalistiche» proprie della prevenzione speciale dimenticando, chiosa l'a., che una «tecnica normativa imperfetta» si pone in antitesi con ogni tipo, anche il più nobile, di finalità della pena[41].

Dato ciò, possono stabilirsi due regole.

La prima va nel senso che

> allorché l'elemento normativo è contrassegnato da un segno linguistico che lascia aperto il dubbio se esso vada inteso in senso rigorosamente giuridico o genericamente normativo, l'interprete *deve* propendere – e la matrice di questo dovere è […] anche di natura costituzionale – per la soluzione restrittiva, se quella estensiva sia tale da dilatare in misura *indeterminata* la portata del dato.

Regola, questa, che conosce comunque un'eccezione, relativa alla situazione in cui sia presente in fattispecie un «aggancio ermeneutico» idoneo a contenere l'ampia accezione del contrassegno normativo, che potrà perciò essere inteso in simile ipotesi anche in un significato non giuridico (es.: l'«ingiustizia del fatto» negli artt. 62, n. 2, e 599 c.p., la cui latitudine è «temperata» dalla previsione dello stato d'ira che essa deve causare).

La seconda regola, e si tratta in questo caso di regola inderogabile, si incentra sull'idea di fattispecie astratta quale connotazione tipica di «un comportamento qualificato da un disvalore *necessariamente* specifico» (che a sua volta, si precisa, trova espressione attraverso la deter-

---

garantismo di tipo liberale»; e tuttavia mettendo in guardia dalle «sopravvalutazioni» di potenzialità promozionali assegnate al diritto penale con l'intento di «supplire alle carenze di intervento di altri settori "organizzativi e di disciplina", necessariamente preliminari alla tutela penale». Rinvierei, per una prospettazione in tema di diritto penale «promozionale», a S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, cit., 522-529.

[41] È estremamente significativa l'analisi sulle possibili ragioni del ricorso a elementi elastici circa le quali, come notato (*supra*, V.1 di questa sez. I), non si era espresso, una decina di anni prima, il fondamentale scritto problematizzante di Engisch.

minazione di una sanzione penale contenuta entro margini edittali non eccessivamente dilatati):

> quale che sia la posizione o il ruolo che il concetto assolve nel quadro della fattispecie, in ogni caso il campo di valori da esso richiamato non può essere tale da togliere al *Tatbestand* la possibilità di significare un disvalore specifico[42].

Le assunzioni in parola sono penetrate a fondo nella letteratura "specializzata" sul tema degli elementi normativi; e, grazie all'intermediazione del diffuso Manuale di Fiandaca e Musco, echeggiano, con la loro forza testuale, nelle menti degli studenti, o almeno di quelli fra i più preparati.

Bisogna ammettere che qualche indicazione rimane fluida, in sé non risolutiva: questa glossa riguarda in particolare la distinzione riferibilità dell'elemento a un singolo momento della fattispecie/all'intera fattispecie.

Ma l'*acribia* nella denuncia del diritto vigente e la *tenacia* nella proposizione di quello a venire sono quelle che solo un'incrollabile e "dimostrata" fiducia nel lume costituzionale può assistere.

7. Elementi descrittivi, elementi normativi e «determinatezza sociale» nel pensiero di A. Pagliaro

In uno scritto di Antonio Pagliaro su *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale* si trova un chiaro invito ad allargare il raggio della riflessione sulla determinatezza: lo sforzo di tipicizzazione penalistica non può risolversi in «formule matematiche», perché in tal caso otterremmo sì una fattispecie *determinatissima* in rapporto al principio di legalità ma facilmente, e nella sottolineatura dell'a. gravemente, «indeterminata riguardo alle esigenze sociali»[43].

---

[42] Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 157-203.

[43] Fa eco a Pagliaro, oltralpe, K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, II ed., Heidelberg, 1968, 78, laddove scrive di «adattamento alla realtà» (*Anpassung an die Realitäten*) quale (forma di) «concretizza-

In quest'ottica, non si nega la capillarità della previsione di elementi «vaghi»[44]: «partecipazione a una rissa» (art. 588), «folla in tumulto» (art. 62, n. 3), «artifizi o raggiri» (art. 640 c.p.).

Né si disconosce un'inclinazione legislativa verso elementi normativi[45] – consueto bersaglio dei rilievi di indeterminatezza – i quali anzi «sono assai più diffusi di quel che generalmente si pensi», se è vero che

> persino la fattispecie di omicidio doloso, comunemente indicata come il prototipo di fattispecie priva di elementi normativi, cela nel termine "cagiona" almeno il rinvio all'obbligo giuridico di impedire l'evento di cui all'art. 40 cpv. c.p.

Ma gli elementi normativi, in linea generale (cioè quando non essi stessi «vaghi») e in relazione a determinati settori di intervento caratterizzati da accentuate esigenze di raccordo ordinamentale, si sottraggono a censure in termini di indeterminatezza risultando non di rado le espressioni normative «più valide a indicare il contenuto del fatto» in confronto a (solo teoricamente ipotizzabili) alternative formulazioni descrittive: a loro volta inevitabilmente incomplete e anche, singolarmente, imprecise.

La stessa «indeterminatezza naturalistica» propria degli elementi vaghi peraltro «non contrasta […] con il principio di legalità, ma ne costituisce, piuttosto, la naturale espressione»: il giudice, di fronte a un elemento pur caratterizzato da latitudine descrittiva, non deciderà infatti a capriccio ma effettuerà «una normalissima opera di interpretazione», orientata a cogliere nell'elemento di fattispecie di volta in volta in gioco

---

zione», ovvero di «determinazione non specializzante» (*nichtspezialisierende Bestimmung*).

[44] Intesi come «quei contrassegni che definiscono il fatto non in maniera perfettamente netta, né secondo linee determinabili con sicurezza, ma si giovano piuttosto di modi di pensare o di esprimersi che sono propri dell'uso comune».

[45] Definiti dall'autore come «quelle parti della fattispecie penale le quali indicano il fatto non attraverso una diretta descrizione dell'accadimento […] ma attraverso il rinvio alla valutazione posta da una norma diversa»; nel furto, si esemplifica, a tre elementi descrittivi – l'«impossessarsi», il «sottrarre», il «fine di trarre profitto» – fa da contraltare l'elemento normativo «altruità della cosa».

l'autentico «significato umano e sociale, che è il solo che conti per il diritto»[46].

Ora, bisogna dire che in relazione alle considerazioni dell'illustre autore siciliano si potrebbe formulare una *replica in termini simmetricamente opposti* rispetto a quanto fatto poco sopra per le osservazioni di S. Messina[47]: se quest'ultimo studioso «avvicina» elementi descrittivi ed elementi normativi rilevando per entrambi, nell'impiego fattone nel codice italiano, ampi e intollerabili margini di indeterminatezza; Pagliaro per converso riduce o annulla le distanze tra «descrittivo» e «normativo» promuovendo, per le finalità e alle condizioni date, un tendenziale «salvataggio» in punto di determinatezza di ambedue le classi.

E tuttavia si rimarchi da un lato la perfetta *coerenza sistematica* dell'autore, che anche quando affronta il tema particolare degli elementi normativi non perde di vista la propria costante tensione verso un «diritto che guarda agli uomini nella loro società» (attenzione alla rilevanza umana e sociale del fatto di reato che, come già ricordato, vede quale punto di fuga la costruzione dell'evento «significativo», *tertium genus* fra evento «naturalistico» ed evento «giuridico»)[48]; e che preferisce dunque pagare un prezzo sull'altare della «determinatezza penalistica» per non sacrificare l'istanza della «determinatezza sociale».

Dall'altro, si colga anche qui il *vento di novità* che spira dalle proposizioni citate: se per una lunga fase di storia dogmatica si era attribuita agli elementi normativi una così intensa carica di soggettività da sospingerli verso un "necessario" inquadramento nella categoria valoriale per eccellenza (*id est*: l'antigiuridicità), dobbiamo riconoscere di essere debitori di quelle posizioni che rimescolano le carte al tavolo della dogmatica e che ci aiutano a penetrare gli intrecci fra le singole problematiche ovvero a capire per esempio come *non sia anomala* l'ipotesi

[46] A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale* (1969), in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, cit., spec. 289-292.

[47] *Supra*, V.5 di questa sez. I.

[48] Non certo casuale, in questo senso, l'intitolazione data alla Raccolta degli Scritti dell'autore: *Il diritto penale fra norma e società*.

di un elemento strutturalmente «descrittivo» più anfibologico di un elemento «normativo».

8. L'indicazione in M. Spasari di una «legislazione penale per principi»

Adottando ancora una volta la lente della discrezionalità – come Messina, come Bricola, fra gli autori che stiamo in questa sede interpellando – Mario Spasari, nel 1976, svolge una serrata critica nei confronti dell'«utopia» di «consegnare al magistrato delle regole giuridiche "puramente descrittive"», per la loro inidoneità a cogliere «il vario e ricco e continuo fluire della storia, e quindi dei comportamenti sociali e dei valori che vi presiedono».

Si ritiene infatti che una descrizione «naturalistica» della fattispecie, costituendo «esasperazione del momento della tipicità formale», finisca per disarticolare il precetto in «numerose distinzioni e sottodistinzioni», portando con sé diversi effetti negativi, fra cui quello di fomentare la litigiosità giudiziaria, oltre all'assorbente problema di lasciare comunque inevasa «la primitiva esigenza di una più intensa garanzia per la libertà del cittadino».

Di qui la prospettiva dell'adozione di una legislazione penale «per princìpi», ossia di una legislazione «sintetica» e in grado di contrastare «i fondamentali tipi di "attacco" (che poi si traducono in comportamenti *lato sensu* violenti o fraudolenti od omissivi) ai gruppi di beni-interessi-valori ritenuti più importanti dalla società»[49].

[49] Cfr. M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 50-54, spec. 50-52. È registrabile sotto questi profili un netto cambio di approccio dell'autore rispetto a precedenti ricerche: v. ID., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, dove (14) si sottolineava senza particolari preoccupazioni una frequente «interdipendenza dei vari rami dell'ordinamento giuridico», riflettentesi nella tecnica di formulazione del precetto (basata sul rimando a fonti extrapenali) e in un complessivo «volume piuttosto consistente» della legislazione penale. A testimonianza del fatto che l'idea di una legislazione penale per principi appartiene a una sola fase della produzione dell'a., si noti che essa risulta abbandonata in un saggio ad ampio spettro di quindici anni successivo: ID., *Fatto e reato nella dommatica del codice e della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1104-1149, ove anzi (1139, similmente un passo a 1135) si criticano le tendenze alla tutela «equivocamente indetermina-

Spasari non menziona espressamente gli elementi normativi ma è agevolmente ricavabile dalla trama del discorso un consenso – e anzi forse un invito – a un loro più vasto utilizzo legislativo, nei termini in cui ciò sia funzionale agli scopi indicati.

Al di là della irrealizzabilità/indesiderabilità della visuale di un diritto penale «minimo» – prospettiva adombrata nel passaggio sull'esigenza di «limitazione» penalistica a poche, fondamentali forme di aggressione[50] – e in ogni caso a prescindere dalla mancata individuazione di

---

ta, di beni o interessi ritenuti socialmente e politicamente di particolare rilievo». Discontinuità di pensiero dell'autore che si segnala qui non per rilevarne un'intima contraddizione, ma per ribadire la varietà di angolature prospettiche dalle quali sono osservabili (*persino dallo stesso studioso!*) i fenomeni normativi che stiamo esaminando.

[50] Per la tesi del minimalismo penale, o comunque di un diritto penale ridotto alla tutela di essenziali beni individuali, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443-473; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, *ivi*, 493-524; ID., *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, 125-131; ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014, 26-60; e, sostanzialmente, S. MOCCIA, *Intervento*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del Convegno (Modena, 14-15 dicembre 2001)*, Milano, 2003, 315-320, nonché N. MAZZACUVA, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di diritti fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 446. Che un diritto penale circoscritto ai «dieci comandamenti» non sembri alle viste, almeno nel breve o medio periodo, e che peraltro non si sia mai concretamente inverato, è rilevato da T. PADOVANI, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., 96-98. Si consideri però soprattutto, con F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 282, come nei nostri tempi l'adozione di una siffatta prospettiva equivarrebbe a proteggere «qualcosa che non esiste o che esiste solo in taluni angoli della complessa trama delle attuali società del mondo c.d. sviluppato», aprendosi così gravi vuoti di tutela non altrimenti rimediabili; su alcune aporie del modello barattiano, con particolare riguardo alla materia della sicurezza sul lavoro, M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, 196-199. Sui contorni (idealtipici) del «diritto penale classico» M. DETZNER, *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht" und die Einführung einer Beweislastumkehr. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts am Beispiel des Subventionsbetrugs gem. §§ 264, 263 StGB*, Frankfurt am Main, 1998, 145-197; e C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220-1250, spec. 1226-1228. Dimostrano un contrasto del minimalismo penale con

più precise direttrici lungo le quali impiantare una legislazione «per principi»[51], resta l'espressione, *in forma estrema* e proprio per questo sollecitante la riflessione[52], di un disagio da «imperfezione degli strumenti linguistici», da «ipertrofia penalistica», da «chiusura» (in realtà solo astratta) tipica di formule «descrittive», da «rissosità giudiziaria» e da vizi generalpreventivi: quali problemi, *non pochi e non trascurabili*, caratteristici delle «elencazioni analitiche».

9. «Indeterminatezza semantica», «indeterminatezza costituzionale» e differenti «ordini delle preferenze tassativo-tipiche» nelle ricerche di F. Palazzo

Quell'innovativa problematizzazione del rapporto fra morfologia della fattispecie e determinatezza propria degli autori tedeschi e italiani

---

irrinunciabili canoni di scienza della legislazione G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 802-820. Sulla formula del diritto penale minimo come principio regolativo «che 'suona bene'», che retoricamente appaga, ma che sovraespone coloriture valutative del linguaggio giuridico, fino a rischiare di farsi veicolo di «dogmatica apologetica», D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 60.

Prospettiva *non così esasperatamente selettiva*, e da perseguire *con ogni sforzo*, è invece quella del principio di sussidiarietà (ovvero, salvo qualche *nuance*: di necessarietà, del bisogno di pena, di *ultima ratio*, di – l'evocativo concetto è bindinghiano – insopportabilità penalistica): il ricorso allo strumento penale risulta giustificato come forma estrema e più «reattiva» della risposta statale nei soli casi in cui altri mezzi di tutela, giuridici (figure incriminatrici «generali» in grado di «coprire» adeguatamente i beni in gioco; sanzioni civili, amministrative o disciplinari) o, se possibile, meglio ancora, extragiuridici (soluzioni private o sociali dei conflitti) minaccino o, secondo altre, preferibili, versioni abbiano già dimostrato di non poter dispensare protezione simile (o eventualmente superiore) agli interessi coinvolti: v. J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, II ed., Montevideo-Buenos Aires, 2010, 393-397.

[51] Verosimilmente per questa ragione la proposta di Spasari viene bocciata come «discutibile» in G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 92, nt. 98.

[52] Volendo accostarlo agli autori tedeschi sopra analizzati si potrebbe dire, *mutatis mutandis*, che sul tema della fattispecie determinata Spasari, quanto a vena «provocatoria», è il "Lenckner italiano".

sinora esaminati trova una salda consacrazione nella monografia licenziata nel 1979 da Francesco Palazzo ove, forse anche in conseguenza del trascorrere del tempo, oltre che verosimilmente in ragione di uno speciale tratto caratteriale dell'autore, si stempera una certa *vis polemica* (ovvero una tendenza a "forzare" il quadro dogmatico) propria di precedenti protagonisti del dibattito.

In estrema sintesi. L'a. muove dall'esigenza di ridiscutere l'equivalenza normativo=valutativo, rilevando la presenza di elementi normativi pienamente determinati, giuridici (es.: «contratto di fornitura» nell'art. 355 c.p.) ma anche extragiuridici («funzioni religiose», art. 404 c.p.): i quali si affiancano a elementi questi sì in senso stretto «valutativi», in ragione del rinvio a norme «destinate ad operare immediatamente ed esclusivamente come criterio valutativo dei fatti» (gli esempi formulati riguardano tutti ipotesi di rimando a norme extragiuridiche: per la determinazione dell'«oscenità» nell'art. 527 c.p., della «pubblica decenza» nell'art. 726, dell'«offesa all'onore o al decoro» nell'art. 594[53], dell'«ingiustizia dell'offesa» nell'art. 52).

Se è il linguaggio, in un certo senso, a costituire «la vera fonte del diritto», un legislatore alla scuola della ragione non potrà che rinnovare di intervento in intervento un'analisi comparativa sui rispettivi benefici e inconvenienti di una formulazione più «definitoria» o viceversa più «valutativa» della norma penale.

In via di massima, si osserva peraltro come l'uso di elementi «capaci di assicurare un'indicazione immediata di fatti giuridicamente rilevanti» possa vantare dalla sua maggiore «popolarità» ovvero «efficacia criminal-psicologica».

Sarebbe sbagliato comunque attivare un «programma di purificazione linguistica»[54], trascurando le ragioni che militano invece a sostegno

[53] La contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza è stata trasformata in illecito amministrativo dall'art. 2, co. 6, d.lgs. 15/1/2016, n. 8. Il delitto di ingiuria è stato invece abrogato ai sensi dell'art. 1 lett. c) d.lgs. 15/1/2016, n. 7 e, con modifiche, trasformato in illecito civile sottoposto a sanzione pecuniaria *ex* art. 4, co. 1, lett. a), del medesimo decreto. Gli esempi, come s'è chiarito *supra*, III.4, a proposito degli «atti osceni» di cui all'art. 527, co. 1, c.p., conservano tuttavia significato.

[54] Così in particolare, prendendo le distanze dall'immagine, un già citato filosofo del diritto "vicino" a (*e anzi oltre*) Palazzo: M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 393.

del «valutativo», in chiave di maneggevolezza e di adattabilità del sistema: sono motivazioni che conosciamo, in rapporto al più consueto riferimento al «normativo»[55].

Ci si potrebbe anzi un poco temerariamente chiedere, osserva Palazzo, come mai benefici così accentuati negli elementi valutativi non siano in grado di promuoverne un *impiego ancor più vasto*, tanto più che questo tipo di elementi costituisce risorsa imprescindibile quando vengono in questione significati «spirituali» o «relativamente nuovi» o, più in generale, allorché in assenza della loro previsione «hanno prevalso criteri valutativi di raggruppamento molteplici su quello unitario, cui si riferisce l'elemento valutativo»; spingendo anche in direzione della previsione di concetti valutativi, in altri casi, l'esigenza di evitare un linguaggio «formalizzato», «da iniziati»: una varietà di «tecnologismo giuridico».

Una plausibile risposta fornita dall'a. è che soltanto negli elementi descrittivi si ha il vantaggio di una – per quanto «tendenziale», si ha cura di precisare – «convergenza fra profilo definitorio e profilo valutativo», che apre spazio alla mera «interpretazione ordinaria», e non alla analogia[56].

Ma l'«indeterminatezza semantica» di un elemento di fattispecie *si riflette automaticamente* sul piano della legittimità costituzionale?

---

[55] V. *supra*, III.8

[56] Affermazione che l'a. fa pur «tipologicamente» riconoscendo il «carattere originariamente analogico di ogni processo cognitivo» (v. anche poco sotto, nel testo). Similmente A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999, 75-76 il quale, considerando realistico denunciare *non* «ambiguità», «vaghezza» e persino «indeterminatezza» delle leggi penali (eliminabili esclusivamente attraverso un radicale utilizzo di «linguaggi formalizzati»), ma solo i corrispondenti «eccessi», giudica preferibile – alla luce dei «limiti imposti dal principio di legalità» – il ricorso a una formulazione «descrittiva» del precetto penale (più vantaggiosa, si sottolinea, in sede di sua interpretazione e analisi), ma con il *caveat* «quando sia possibile». Che tra gli *estremi* dati da «linguaggio formale, privo di elementi intuitivi e adeguato alle esigenze di rigore proprie del discorso matematico», e da «soggettive» o «valutative» clausole generali, autentico «bianco-segno» e «tranello» per l'interprete, si situi *tutta una serie* di corrette tecniche di tipizzazione idonee ad assicurare il necessario «flusso comunicativo tra autorità e cittadino» è il *Leitmotiv* del saggio di D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., 477-495.

La natura retorica dell'interrogativo trova motivo nell'importanza di «conciliare» le «irrinunciabili esigenze sottese al principio di determinatezza» con l'«ormai diffusissima opinione sul carattere generalmente analogico-valutativo della *Rechtsfindung* e la natura storica e dinamica del diritto»[57].

La «contrapposizione» tra elementi descrittivi ed elementi normativi, diffusamente evidenziata nelle trattazioni sulla determinatezza, abbisogna dunque dati tutti questi fattori di essere discussa su più ampie basi per considerare innanzitutto come la scelta sull'uso dell'una o dell'altra tecnica, libera da pregiudiziali ontologiche o costituzionali, non possa che dipendere dalle «obiettive caratteristiche della materia regolata»; per osservare come anche nel «descrittivo», se solitamente più univoco del «valutativo», possa annidarsi il batterio dell'indeterminatezza[58]: in specie quando l'elemento descrittivo abbia natura psichica (il «totale stato di soggezione» nel plagio, art. 603 c.p., prima della sua dichiarazione di incostituzionalità[59] e, «forse», le ipotesi di «istigazione» presenti in vari luoghi del codice penale) oppure carattere «emozionale» (le «sevizie o crudeltà» nell'art. 61, n. 4, c.p. o l'«indole particolarmente malvagia» nell'art. 108 c.p.); per segnalare, con Larenz, come l'«ordine delle preferenze» che, *nell'ottica del legislatore* (*scilicet*: quale rappresentante del cittadino), vede al primo posto il linguaggio comune, al secondo le definizioni specificative[60] e all'ultimo "gradino del podio" le definizioni propriamente tecniche[61], letteralmente si

[57] Valutatività/creatività che è la regola, «almeno nei *casi difficili*»: per la puntualizzazione E.R. BELFIORE, *Giurisprudenze costituzionali e «diritto penale europeo»*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 41.

[58] O in altri casi solo un'incertezza da «polisemia», peraltro questa normalmente «rimediabile» attraverso il richiamo al «contesto»: v. in merito *infra*, V.12 di questa prima sez.

[59] Corte cost., 8/6/1981, n. 96.

[60] Intendendosi per tali quelle che hanno lo scopo di «precisare il significato definitorio che le parole hanno nell'uso linguistico comune» (es.: «corrispondenza» nell'art. 616, co. 4, c.p.).

[61] Le quali si pongono «in rapporto di completa eterogeneità col linguaggio comune, quando definiscono parole, espressioni linguistiche fondamentalmente estranee all'uso linguistico, scritto o parlato, della maggioranza della comunità» (es.: «aggiotaggio», art. 2637 c.c.).

capovolga *nell'ottica del giudice*, che (anch'egli per la garanzia dei consociati!) ha motivi per preferire le definizioni tecniche, lasciare al secondo posto le definizioni specificative e assegnare l'ultima posizione al linguaggio comune[62].

La posizione dell'illustre autore, dunque, potrebbe eventualmente essere additata come «scettica» nei limiti in cui non si dichiara una netta preferenza per l'una o per l'altra modalità di composizione della fattispecie[63].

Ma da un lato va confermato che un motivo conduttore nelle pagine de *Il principio di determinatezza* è comunque ben presente, nella misura in cui non si trascura di ribadire il *più consistente* «alone marginale» che accompagna gli elementi valutativi in rapporto agli elementi descrittivi.

Dall'altro, va detto che nell'invito a diffidare della *taumaturgia* dell'uno o dell'altro «involucro» linguistico c'è tutto un programma e uno stimolo di ricerca nell'indicare al singolo esegeta un atteggiamento di cautela nel momento in cui si confronta con la *variegatissima polimorfia* della parte speciale.

---

[62] Cfr. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 339-443.

[63] Sempre nel segno, direi così, di una «*tendenziale equivalenza tipico-tassativa* di elementi descrittivi ed elementi normativi» (*rectius*: del monito a usare accortamente l'uno o l'altro schema a seconda delle esigenze proprie dell'area di intervento) confrontabile con la sensibilità «relativizzatrice» (in questo senso, volendo, «antidogmatica») di Palazzo è quella di D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., 63 e 66-67: al «mondo della natura, di cose e fatti materiali» si affianca un mondo composto da «elementi creati dalla cultura: valori, simboli, istituzioni in senso lato (sociali, giuridiche, religiose, politiche)». Con la conseguenza che «la tipizzazione legislativa dei fatti incriminati deve riuscire a descrivere – in modo chiaro e preciso – l'uno e l'altro aspetto»: concetti descrittivi e concetti normativi pongono, sul piano della determinatezza, «i medesimi *problemi di principio*», restando peraltro vero che negli elementi normativi di valutazione culturale il parametro di riferimento «potrebbe rivelarsi sfuggente, di difficile se non impossibile accertamento»; difficoltà quest'ultima però solo «empirica», perché sul piano logico rispetto agli stessi elementi culturali andrebbe presupposta «quella determinatezza valutativa che insieme ne fonda l'ammissibilità in uno stato di diritto, e la rilevanza in ordine alla teoria dell'errore»: ID., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 229-232, spec. 231-232.

10. Le due classi di elementi descrittivi traditrici della determinatezza nella diagnosi di S. Moccia

Nel contesto di uno studio sul principio di determinatezza quale «più evidente promessa non mantenuta» dal diritto penale della modernità Sergio Moccia, fierissimo paladino di ogni minuto corollario discendente dall'idea dello Stato di diritto (*rectius*: dello Stato sociale di diritto), non trascura di riferirsi a problemi di «giurisdizione libera» innescati *dagli stessi elementi descrittivi*.

Ciò che l'autore intende infatti mostrare è la «duttilità politica del principio di legalità formale», e la «specifica problematicità di ciascuna delle tecniche di tipizzazione utilizzate nel codice Rocco».

Se peraltro è nota la precaria tassatività di elementi normativi extragiuridici (quale il concetto di «morale familiare» negli «attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa periodica», art. 565 c.p.), per non parlare di norme classicamente ritenute «in bianco» come l'«inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità» di cui all'art. 650 c.p., costituisce precipuo merito dell'a. quello di aver isolato due *species* di elemento descrittivo, entrambe – anche se forse, chiosando Moccia, con una *klimax* quanti-qualitativa – poco soddisfacenti sul piano della formulazione determinata.

Da un lato, infatti, si incontrano nel codice elementi strutturalmente «naturalistici e/o descrittivi» che «pur hanno rese necessarie […] definizioni» ai fini di una determinazione del loro contenuto; e peraltro, si nota, «spesso» definizioni di elementi descrittivi come quelle di «pubblicamente» (art. 266, co. 4), «prossimi congiunti» (art. 307, co. 4) o «violenza sulle cose» (art. 392, co. 2, c.p.) risultano inidonee a orientare il cittadino e a coadiuvare il giudice.

Dall'altro, abbiamo «concetti che non possono essere considerati normativi» i quali, «tuttavia, pure rinviano a situazioni strutturalmente eterogenee che, in molti casi, addirittura esauriscono la descrizione delle modalità della condotta punibile»: oltre ai già richiamati maltrattamenti in famiglia, rissa, vilipendio[64], la «radunata sediziosa» (art. 655 c.p.) o gli «oggetti di valore» e le «altre cose non confacenti allo stato

[64] V. in particolare V.5 della presente sez. I.

del possessore» (art. 708 c.p., prima della sua declaratoria di incostituzionalità con sent. 2/11/1996, n. 370).

Insomma, anche gli elementi «descrittivi», inquadrati *pigramente* fra le «tecniche solitamente considerate affidabili», possono, nei termini della loro attuale previsione, suscitare imbarazzi sul versante della precisione interpretativa[65].

Con buona pace, glossa Moccia, di una visione liberalgarantistica *à la* Anselm Feuerbach; o caratteristica dei «nostri» Gaetano Filangieri, Mario Pagano, Giandomenico Romagnosi[66].

11. L. Risicato: l'acme del riconoscimento intorno all'«ubiquità» della «questione determinatezza»

Con la consueta limpidezza, fa notare Klaus Tiedemann come la *dipendenza della forma* (o della formulazione) della legge dalle *peculiarità del contenuto* della materia oggetto di regolamentazione («la forma appartiene e dà specifica visibilità al contenuto») non solo sia ormai da tempo tematizzata nella teoria del diritto europea (si citano Savigny, von Jhering, Zitelmann e Beling) ma corrisponda alle ineludibili esigenze di nesso fra pensiero e linguaggio nelle scienze dello spirito[67].

In Italia, è verosimilmente quella scattata da Lucia Risicato la più nitida fotografia capace di "immortalare" una *trasversalità* del problema della determinatezza: non più affrontabile secondo le *comode coordinate* del «descrittivo»/determinato e di un (unitario) «normativo»/indeterminato, ma necessariamente con la consapevolezza che si tratta di problema riguardante la fattispecie «nel suo complesso» e che dunque elementi rigidi, elastici e vaghi possono trovarsi nelle fila di entrambi gli «schieramenti».

A ogni buon conto, gli elementi normativi vanno «spezzati», agli scopi della determinatezza, in elementi culturali, che rimandano a «un giudizio di valore la cui concreta determinazione da parte del-

[65] Su tutto quanto precede, S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta*', cit., 36-39.

[66] Per i riferimenti, S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., 14-17.

[67] K. TIEDEMANN, *Zur Gesetzgebungstechnik im Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 641, 646-647.

l'interprete si riflette sull'*intera portata* del precetto»[68]; ed elementi giuridici, rispetto ai quali «l'eterointegrazione è vincolata e "tassativa"».

Ma elastici, se non vaghi, al pari degli elementi normativi culturali, possono essere anche elementi «descrittivi *privi di (immediato) riscontro empirico*, almeno in base all'accezione rigorosamente descrittivo-naturalistica del *Tatbestand* di matrice belinghiana». Anche qui infatti la determinazione del concetto passerà per una mediazione interpretativa del giudice tutta imperniata sulla *ratio* sottesa alla figura incriminatrice[69].

Si cita il «disfattismo politico» *ex* art. 265 c.p. ove in particolare il parametro dell'«esagerazione» della notizia «per le sue complesse connotazioni oggettivo-soggettive, è individuato pressoché integralmente dalla sensibilità dell'interprete».

Non si danno, in ogni modo, inconfutabili deduzioni. Neppure sul descrittivo, che oggi quindi consideriamo a sua volta *sospettabile di indeterminatezza*.

In date ipotesi, infatti, la stessa «valutatività» di un elemento descrittivo potrebbe divenire strumento di valorizzazione del principio di offensività, o del criterio di esiguità: rispettivamente si esemplifica con le previsioni del «pericolo»[70] e del «danno patrimoniale di speciale tenuità».

---

[68] Evidenzia la necessità che rispetto agli stessi elementi normativi culturali sia data a ogni cittadino la possibilità di comprendere l'operato del giudice sulla base di criteri positivi e obiettivi, «ed eventualmente criticarlo», L. STILO, *op. cit.*, 116.

[69] In quest'ordine di idee, segnala la possibilità di un'«intensione vaga» negli stessi elementi descrittivi Y. FAKHOURI GÓMEZ, *op. cit.*, 66-68, spec. 67.

[70] *Contra*, negando un'«oggettivizzabilità» del pericolo, «essendo la sua individuazione, valutazione, stima, limitazione o eliminazione rimessa a criteri di natura "soggettiva"», di recente, M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 136, con ulteriori rimandi; e, sottolineando come la presenza in fattispecie di parte speciale del «pericolo», oppure di richiami all'«idoneità» o alla «direzione degli atti» (quali estremi al di là della loro ubicazione codicistica «vicini al ruolo ed alla portata di 'principi' o categorie generali»), possa aprire la strada a esiti di «flessibilizzazione» e in definitiva di imprevedibilità applicativa, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 987-988, che pur dà atto dell'eventualità di una «riduzione» del *Tatbestand* raggiungibile in forza

Altre volte, invece, elementi come quelli extragiuridici, accompagnati dal «marchio» della indeterminatezza, sfuggono anche brillantemente a tale censura: è il caso il cui «l'elemento *extragiuridico*, avendo natura squisitamente tecnica, rinvii a criteri univoci e, di fatto, tassativi» (su questo, v. ampiamente il cap. I della nostra ricerca)[71].

Restano tuttavia, a una sessantina d'anni dai primi rilievi di Engisch, alcuni capisaldi che sono dall'autrice chiaramente fissati: elementi descrittivi naturalistici ed elementi normativi giuridici, potendo contare su di «un'area di significato *indipendente* e *preesistente* alla norma penale», si sottrarranno con maggiori *chance* a obiezioni in punto di determinatezza; per contro, elementi descrittivi che fanno richiamo allo stato attuale della civiltà e della cultura[72] ed elementi normativi extragiuridici (concetti tecnici a parte) presentano una limitata compatibilità con quel principio, rigorosamente subordinata alla sufficiente univocità del criterio valutativo concretamente richiamato[73].

---

di interpretazioni teleologiche o sistematiche; sull'ampia «zona grigia» originata dal riferimento espresso al pericolo anche D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., 484. Per una critica sia al pericolo come timore (concezione soggettiva) sia al pericolo come evento (concezione oggettiva), e l'accoglimento di una concezione «relazionale», che vede il pericolo come rapporto fra una condotta e un evento futuro, negativamente connotato e che si punta dunque a evitare, F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 12-31.

[71] Vicine a queste le conclusioni di A. CANCINO, *op. cit.*, 90-91 e 105, per il quale non sarebbe corretto separare nel mondo dell'ermeneutica elementi «di migliore o peggiore famiglia»: la profondità dell'apporto valutativo richiesto essendo collegata piuttosto a quantità e qualità del materiale probatorio di cui si dispone; e anzi (93) dovendosi considerare, a monte, come richiami più valutativi non rappresentino per forza di cose «una profanazione della purezza descrittiva del tipo» ma servano, ove necessario, a dare contenuto logico a ciò che altrimenti resterebbe privo di significato pregnante; accenti problematizzanti altresì in A. ZORN, *op. cit.*, 217-218.

[72] Diversamente F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 334, che accomuna le due classi di elementi descrittivi distinte dalla Risicato.

[73] Cfr. L. RISICATO, *op. cit.*, 189-221.

12. La «parità» tra elementi descrittivi ed elementi normativi nella dialettica testo/contesto

Si potrebbe anche rilevare come elementi di segno normativo, *iuxta propria principia* più "aperti" degli elementi di tenore descrittivo, siano comunque idonei a raggiungere un appagante livello di determinatezza attraverso l'"inserimento" del dettato testuale nel *perimetro generale* offerto dal «contesto».

Una simile «determinatezza da contesto» (o «determinatezza in concreto»), a sua volta, viene tematizzata in una duplice chiave, con riferimento cioè a un contesto «fattuale-situazionale» e con riguardo a un contesto «sistematico-ordinamentale»: due «tipologie contestuali» molto differenti tra di loro ma, nell'ottica della tassatività, impiegabili come *convergenti nei risultati*.

Rispetto al primo tipo di contesto, si osserva come sia «al contatto col fatto che il significato linguistico rivela ad un tempo le sue difficoltà di adattamento alla realtà ma anche la sua flessibile capacità di "afferrarla" conferendole un ordine valutativo»; in questo senso testimonia l'insufficienza dei vocabolari e la necessaria consultazione delle enciclopedie.

Nei confronti dell'*idealtipo* che nella polarità testo-contesto afferma una sicura prevalenza del primo a scapito del secondo, si potrebbe del resto proporre un'osservazione di taglio «"quantitativo", nel senso che non sarà mai possibile estromettere totalmente il contesto dall'operazione ermeneutica visto e considerato che il testo da solo è un nulla conoscitivo».

Parafrasando Palazzo, occorre allora prendere atto di questo stato di cose e sfruttare del contesto tutte le potenzialità «tassativizzanti»: anche perché il contesto rappresenta sì una «variabile», ma una variabile caratterizzata da una certa regolarità[74].

[74] Cfr. F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 515-538, spec. 521, 525-528; ID., *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 54, 67-69. Sull'implausibilità del «ridurre il diritto nell'atto produttivo iniziale, con un totale e perverso disinteresse per i contesti applicativi, la vita, l'uso, l'esercizio della norma», P. GROSSI, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti,* Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino,*

Rispetto all'altra forma di contesto – il «contesto in senso giuridico-sistematico» – vale la pena evidenziare la posizione della Corte costituzionale che, a più riprese, ha sostenuto l'esigenza di una valutazione «non atomistica» dei singoli elementi della fattispecie tipica: ogni concetto legislativo virtualmente «elastico» (normativo, ma anche descrittivo) andrà raccordato con gli altri elementi tipici e con l'ambito di disciplina in cui la fattispecie si inserisce.

Emblematica in questa direzione la sentenza n. 327 del 2008: non solo concetti elastici o normativi, ma persino «espressioni sommarie», «vocaboli polisensi» e «clausole generali», non comportano ancora un *vulnus* all'istanza di determinatezza nella misura in cui «finalità perseguite dall'incriminazione» e «più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca» consentono di non esorbitare dai confini dell'«interpretazione ordinaria»[75] (c.d. metodo interpretativo «integrato e sistemico»)[76].

Giappichelli, 2007), in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, tomo II, 2009, 1909. Su una salutare «dipendenza da contesto» di ogni concetto giuridico, che diviene in questo senso «relativo», v. l'importante tematizzazione monografica di D. DEMKO, *op. cit.*, spec. 64-189 e *ivi* (161-170) l'inconsueta e franca esplicitazione di una scala gerarchica fra i possibili canoni ermeneutici (l'ordine di priorità riconosciuto dall'autrice è per il vero diffuso, anche se non incontrastato, nella letteratura penalistica, ma spesso affiora *solo in termini impliciti*): qualora gli esiti ermeneutici discendenti da canoni nudamente grammaticali, sistematici e storici risultino contraddittori, prevarrà dunque, si evidenzia, quale interpretazione «regina», l'argomento teleologico. Per belle riflessioni in sostanza anch'esse sul «contesto», ma soprattutto sulla necessità che il giurista non rinunci a dare spazio a immaginazione e sensibilità personale, al fine di «sciogliere il gelido potere ipnotico di testi e parole», v. ora F. BACCO, *Visioni 'a occhi chiusi': sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, in *Cardozo El. Law Bull.*, 2/2015, 1-29, letteralmente 22, dando forse però troppo per sottinteso il ruolo garantistico che il testo continua comunque felicemente ad assolvere; analogo rilievo è proponibile nei confronti della formulazione di M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., 133, per il quale «il significato del testo normativo si comprende autenticamente (si *costituisce*) solo in relazione al contesto applicativo». In particolare, sull'esigenza di "formare al contesto" i futuri professionisti del diritto, G. FORTI, *La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica*, in *Criminalia*, 2013, 56.

[75] Corte cost., 1/8/2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, 3529-3539, con commento di F. GIUNTA, *I contorni del «disastro innominato» e l'ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*, cit., 3539-3544. In questo senso già Corte

Accostati al «volto» complessivo della fattispecie ovvero, in virtù della compenetrazione fra fatto tipico e bene giuridico, compresi quale «locuzione di sintesi, terminologicamente corrispondente all'aspetto offensivo della fattispecie», gli stessi «atti osceni» *ex* art. 529, co. 1, c.p.[77] potrebbero recuperare *in extremis* un'insperata determinatezza qualora il pudore venga «inteso non solo *staticamente* ma *strumentalmente* e *teleologicamente*, come vestibolo necessario a tener lontana la corruzione sessuale»[78].

In questo modo, *attualizzando la lesività* del «frammento di fattispecie»[79] dato dall'offesa al pudore sulla scorta (del complessivo dato positivo e) di un oggetto giuridico effettivamente più "moderno" e presentabile in confronto al vago e «spirituale» riferimento codicistico a «moralità pubblica e buon costume», anche gli atti osceni, prototipo di ele-

---

cost., 13/1/2004, n. 5, in *Giur. cost.*, 2004, 80-96, spec. 92, con commento di E. GROSSO, «Ad impossibilia nemo tenetur»*: la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato*, 97-105 (la pronuncia si riferisce anche alla necessità che il destinatario della norma abbia «una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»); Corte cost., 30/1/2009, n. 21, cit., 152. Su questo tipo di contesto altresì F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 382-383 (v. anche 381, 392 e 402): «le relazioni reciproche tra le parole, se possono cumulare le loro incertezze, possono anche attenuarle in quanto i significati si precisino l'un l'altro, mediante l'esclusione di significati incompatibili o mediante la scelta di significati maggiormente congruenti, e così via dicendo».

[76] Così in particolare Corte cost., 11/6/2014, n. 172, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, con nota di A. VALSECCHI, *La Corte costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, 1-3. Scrive invece del metodo integrato e sistemico come concezione costituzionale che riconosce al giudice comune «un margine di escursione notevole» V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 176-177, sottolineando peraltro come talvolta riaffiori nella stessa Consulta il tentativo di ripristinare un «corretto "riparto di attribuzioni"» con il giudice comune (v. a riguardo poco oltre, nel testo).

[77] Il delitto di atti osceni, come più di una volta segnalato, mantiene rilevanza paradigmatica a onta della recente depenalizzazione.

[78] Così F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., 1911.

[79] L'espressione è sempre di F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., 1870, nt. 3.

mento «elastico», uscirebbero indenni dalla "tradizionale" censura di indeterminatezza.

Ora, la sottolineatura del contesto – in specie, nella sua versione «giuridico-sistematica» – è apparsa spesso frutto di un «marcato atteggiamento di prudenza nei confronti della declaratoria di illegittimità costituzionale»: attraverso questo richiamo, la Corte si limiterebbe ad «affidare la delimitazione dell'ambito di applicazione della fattispecie alla interpretazione dei giudici, contraddicendo così la *ratio* stessa ed il fondamento del principio di determinatezza-tassatività»[80].

Pertanto, il contesto finirebbe per essere utilizzato *non* come fattore di *progressivo rafforzamento tassativizzante* (di una norma che già «nasca» accettabilmente certa) ma come *strumento elusivo* della cassazione di una fattispecie dalla determinatezza precaria (in questo senso, una *non-fattispecie*).

---

[80] V., per tutti, E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., 136-146, e *ivi* un'analisi di altri «*escamotage*» impiegati dalla Consulta in punto di determinatezza: implicita legittimazione di norme poco tassative in virtù della «frequenza/normalità» delle situazioni di «apertura normativa»; comprensibilità della norma mediante «il linguaggio e l'intelligenza comuni»; riferimento al «diritto vivente», inteso o come adozione dell'interpretazione ritenuta maggioritaria o *tout court* come delega al giudice del compito di optare per la soluzione preferibile. Per l'a. (137), gli interventi della Corte sembrano complessivamente «condizionati dalle materie e dal grado di "interesse" socio-politico dei beni tutelati dalla norma in discussione, nonché da mere ragioni di "opportunità"» (su questo condizionamento, anche C. VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie penale e bilanciamento degli interessi*, in *Foro it.*, 1995, I, 2773-2782, spec. 2778). Scrive di una possibile «duplice indeterminatezza del diritto», l'una riferita a ciascuna norma per sé presa, l'altra all'ordinamento giuridico in quanto tale, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 39. Diversamente F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 57-61, per il quale «non possono non esserci ragioni serie alla base [del] *self restraint* della Corte costituzionale», triplicemente individuate nella strutturale «indeterminatezza della determinatezza», che sconsiglia dichiarazioni di incostituzionalità facilmente tacciabili di opinabilità; nella riluttanza a impegnarsi in un confronto che attiene non ai contenuti ma a un dato estrinseco come la forma espressiva; e, infine, nel naturale sottrarsi alle istanze di piena determinatezza da parte delle norme di parte generale da lato e di quelle del sistema sanzionatorio dall'altro: le prime per il coinvolgimento di principi che solo nell'elaborazione dottrinale vedono esaltata la loro complessa ricchezza, le seconde per il risalto assoluto che assume la congenitamente elastica finalità rieducativa della pena.

La stessa Consulta, d'altra parte[81], mostra di non essere ignara di tali problematiche, allorché icasticamente fa cenno agli sforzi per scongiurare una «transizione dallo "Stato delle leggi" allo "Stato dei giudici"»: la conoscibilità di ciò che è lecito e di ciò che è vietato

> deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti[82];

ovvero soltanto nel momento in cui l'elemento di fattispecie venga «approfondito» alla luce di un dato contesto situazionale e normativo.

Proviamo a ricavare una sintesi propositiva "conciliando" posizioni dialettiche apparentemente assai distanti.

La determinatezza della fattispecie penale è problema, per l'appunto, «di fattispecie»: non può essere che il legislatore a indagare i fenomeni sociali, avvalendosi delle necessarie ricerche empiriche e demoscopiche[83]; a trovare espressioni non ambigue per tipicizzarli[84]; a chiudere il più possibile gli spazi di "manovra" a disposizione del giudice (perché lo impone la divisione dei poteri[85], e non perché vi siano ragio-

[81] Sempre nella sent. 327/2008.

[82] A un contesto sempre in grado di «contestare il testo» (e non solo di contestualizzarlo) allude il gioco di parole di R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1775.

[83] La «diagnosi sulla imperfezione del presente» è strettamente funzionale alla «prognosi sul miglioramento nel futuro»: così W. HASSEMER, *op. cit.*, 156.

[84] Certo *faticosamente*, *ma* è il mestiere del legislatore (un mestiere oltretutto ben retribuito, si potrebbe aggiungere assecondando lo spirito critico dei tempi, come è anche opportuno fare per evitare una riflessione metastorica o aristocratica)!

[85] Viene in considerazione la logica della determinatezza come «imperativo di sistema»: lo sviluppo di «una *Gesetzgebungslehre* di elevato spessore a livello di costruzione di un 'sistema' capace di additare con la dovuta chiarezza la 'sfera di pertinenza delle singole incriminazioni'», così da impedire disinvolti "passaggi" giudiziari dall'una all'altra delle "possibili" soluzioni repressive: G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 15 e 17; M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 317-325; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1319; N. MAZZACUVA, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale*, cit., 445; sull'evocato problema di "pertinenza", la monografia di M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche mul-*

ni di principio per guardare quest'ultimo con sospetto)[86]; a formulare in ultima analisi con chiarezza il "messaggio" intorno al lecito e al proibi-

tiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme, Torino, 1997.

[86] Cfr. C.E. PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., 1115, il quale manifesta forti preoccupazioni nei confronti di una montante «giurisprudenzializzazione» del diritto penale (1109, 1116, 1129) ma in fin dei conti addita il compito di «accettare la sfida posta dall'espansione dell'ermeneutica, senza perdere di vista la necessità di un ancoraggio saldo alla legalità» (1132; sulla diade «mineralogia del Tatbestand»/dinamismo sociale anche ID., *Presentazione* di G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, VIII). Che la giurisprudenza con pervicace *vis espansiva* endemicamente inclini verso l'«interpretazione di carattere teleologico, quindi orientata in genere a favore della vittima», è stigmatizzato da A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, 398-400; in tema di «panvittimismo», F. SGUBBI, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in A. MANNA (a cura di), *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Pisa, 2016, 133-134; sul privilegio accordato alla vittima, ma anche su altre possibili «identificazioni» del giudice, nel contesto di un interessante studio sulle «motivazioni latenti» riscontrabili nella giurisprudenza, C. ROOS, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung. Zugleich ein Beitrag zur Analyse latenter richterlicher Wertungen in Entscheidungsgründen*, Berlin, 2000, 31-37. Criticano l'idea del «diritto giurisprudenziale» R. RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, 2007, 65-141, spec. 82-91, con riguardo innanzitutto al versante ideologico e semiotico; G. INSOLERA, *op. cit.*, 7-9 sulla messa ai margini del Parlamento nella «società giudiziaria» (e nella «democrazia del *leader*»); A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia*, cit., 120, con il rilievo secondo cui la crescente creazione giurisprudenziale del diritto trova dimostrazione nei «frequenti accostamenti ora con il diritto romano, ora con l'ordine giuridico medievale»; G. MARRA, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata nell'era del disincanto penalistico*, in *Studi in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 273-304; N. MAZZACUVA, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale*, cit., 437-453; D. NOTARO, *op. cit.*, 122, il quale, con linguaggio da "vecchio peculato", parla di ermeneutiche giudiziali volte a «distrarre il prodotto normativo dalle mani del legiferante». Sui due possibili atteggiamenti – «critico» o, più fecondamente, «dialogico» – assumibili dalla scienza penale nei confronti dell'«espansionismo giurisprudenziale» F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 4/2013, 143-173; G. QUINTERO OLIVARES, *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en derecho penal*, Madrid, 2012, spec. 37-56; fitto dialogo in S. RIONDATO, *Plurivocità persuasiva di fonti e formanti del diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 1315-1326. Nella letteratura giusfilosofica M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo*

to[87] (con l'obiettivo di non vanificare le interrelazioni fra certezza del diritto, colpevolezza intesa quale rimproverabilità normativa, diritto di difesa, prevenzione generale negativa nonché, per chi la ammetta, positiva).

Se il precetto, così come uscito dai banchi del Parlamento, non è dotato di sufficiente "capacità informativa", sarebbe ingenuo e mistificante asserire che questa possa essere recuperata "direttamente" nella sede interpretativo-applicativa.

Nella diade testo e contesto, la *primazia cronologica, logica e valoriale* spetta dunque al primo.

E ciò vale indubbiamente anche abbracciando una concezione della determinatezza «relativa» *à la* Schmidhäuser[88]: norme determinate al cento per cento non si danno *in rerum natura* (o almeno chi scrive non ha mai avuto la ventura di incontrarle); ed è verosimile pensare che, al di là della diffusamente lamentata «schizofrenia» dei legislatori dei nostri tempi[89], un motivo ci sia (o meglio: che *plurimi motivi* vi siano, come stiamo vedendo in questa sezione di capitolo).

---

dell'ermeneutica per la penalistica moderna, cit., 131-181 che, rispetto al diffuso biasimo verso una giurisprudenza propensa a «cavare il "massimo di punibilità" dalle norme incriminatrici», chiama in causa «la cultura del singolo giudice e […] la pressione dei mezzi di comunicazione» ma anche, e «soprattutto», «l'inerzia del legislatore nel far fronte alle nuove esigenze di tutela e l'inefficacia di forme di accertamento diverse dal processo penale e di meccanismi di responsabilità non penali» (167, nt. 131). Al di là di approcci critici e approcci dialogici, resta inoppugnabile il rilievo (per il quale T. PADOVANI, Jus non scriptum *e crisi della legalità nel diritto penale*, cit., 17 e 46) secondo cui la teoria dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata non potrebbe in ogni modo consentire «approdi ermeneutici del tutto eccentrici rispetto ai limiti normativi, a torto o a ragione tracciati dal legislatore», pena la violazione dell'obbligo di osservare la legge *ex* art. 54, co. 1, Cost.

[87] La certezza relativa a queste due sfere, invero, «facilita i processi decisionali, liberando i destinatari dall'esigenza di guardare oltre le regole»: D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 14-15, riferendosi a Schauer. Sull'esigenza di assicurare ai cittadini «tranquillità di focolare» P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 84 (l'immagine è ripresa a 104).

[88] V. *supra*, V.3 di questa sez. I.

[89] Sulla legislazione «schizofrenica» («Jekyll e Hyde in Parlamento»), nel quadro di una lettura "medica" delle leggi dei nostri tempi (comprensiva di legislazione «ciclotimica», «autistica», «egotistica», «ossessiva», «placebo», «anoressica», «presbite», «ne-

Del resto, se in tema di accertamento del rapporto di causalità è oggi pacifico che si possano utilizzare leggi di tipo probabilistico (in senso statistico e in senso logico), sarebbe realistico *mutatis mutandis* esigere invece una certezza assoluta quando si definisce il rango dell'istanza di determinatezza[90]?

Vero ciò, una *determinatezza già testualmente elevata* ha comunque da essere obiettivo plausibile e praticabile, sul quale *non transigere*.

Ergo – si ribadisce – rifiuto di «largheggianti» formule compromissorie, «scelte essenziali» compiute in forma *stricta* dall'organo parlamentare, dissuasione (non seguendo Popitz tramite incertezza disorientante[91] ma) grazie al «parlar franco ai consociati»: *priorità del tenore legislativo testuale*.

Il riconoscimento di una supremazia del testo, peraltro, se porta a collocare in posizione subordinata il contesto, *non ne esclude* la rilevanza.

---

vrotica», «logorroica», «dislessica», «dissociata», «in stato confusionale»), L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Bologna, 2006, 7-81, spec. 25-33. Simile radiografia mette in evidenza una serie di sofferenze reali, e gli esempi proposti rafforzano la diagnosi; tuttavia, per la preferibilità di uno stile più dialogante della dottrina verso il legislatore, sia consentito il rinvio a S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in *www.archiviopenale.it*, 2/2015, 1-13, spec. 1-7.

[90] L'accostamento fra causalità e determinatezza è, all'evidenza, meramente cursorio; in comune c'è l'istanza di un profondo rispetto della garanzia individuale, *senza che* questa garanzia conduca all'insostenibile e all'indimostrabile.

[91] Cfr. H. POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe*, Tübingen, 1968, 9: «Nessun sistema di norme sociali potrebbe ambire a una perfetta trasparenza del comportamento senza esporsi a una figuraccia mortale. Una società che scoprisse ogni condotta deviante distruggerebbe immediatamente la sua validità […] Le violazioni della norma sono inevitabili. Ma è evitabile – ed è sempre evitato – che esse emergano tutte alla luce del giorno»; dunque (20), la pena potrà «assicurare la sua efficacia sociale fintantoché la maggioranza *non* "riceve ciò che merita"». Confutazione in F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 230-231; F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1198-1199, che in particolare ravvisa nella "prevenzione generale tramite incertezza" un perverso vettore di "efficacia" del diritto penale sostanziale e processuale dei nostri tempi, nonché un fattore di trasformazione del diritto penale in deontologia. Meno critico il riesame della tesi popitziana in M. VOß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989, 97-99.

E anzi la determinatezza, che nel senso chiarito è ragionevolmente solo «relativa», potrà *avvicinarsi* a una determinatezza *stavolta sì finalmente «assoluta»* proprio accostando il frammento di fattispecie controverso al contesto situazionale da un lato e a quello sistematico dall'altro.

Così, per esempio, l'elemento «altruità della cosa» presente nel delitto di furto – elemento unanimemente considerato intrinsecamente determinato ossia, direi, dall'*alta determinatezza relativa*[92] – potrà essere ancora meglio apprezzato se da una parte letto nei fatti della vicenda storica oggetto di giudizio; e se dall'altra incastonato fra i tre elementi di stampo descrittivo – il sottrarre, l'impossessarsi e il fine di trarre profitto – che co-fondano la figura incriminatrice in parola.

In definitiva, è solamente in forza del *combinato disposto* di testo – in veste prioritaria –, contesto situazionale e contesto ordinamentale che si può tornare ad ambire a una determinatezza sì relativa ma significativa o, se si preferisce, a una determinatezza *tendenzialmente assoluta*[93]: e il ragionamento sembra valere *in uguale misura* per concetti descrittivi e concetti normativi, abbattendosi così anche sotto questo versante la rigida distinzione originariamente posta tra gli uni e gli altri *sub specie* di determinatezza.

13. Tipi e fonti dell'equivocità dei testi normativi nella più aggiornata riflessione giusfilosofica. La sostanziale «equidistanza» di elementi descrittivi ed elementi normativi rispetto a queste problematiche

Come spesso accade, per il cultore del diritto penale è salutare l'apertura di campo («la catena dei perché») avviata dal filosofo del diritto.

Di recente Riccardo Guastini, in un importante volume su *Interpretare e argomentare*, condensa e sviluppa una serie di considerazioni

[92] Di fronte invece a un elemento di fattispecie non presentante tale grado di determinatezza (a riguardo *infra*, questo cap. V, sez. II) il contesto non potrebbe sanare i difetti del testo.

[93] Applicando alla determinatezza il concetto proposto, come citato, da M. Romano, della *riserva* tendenzialmente assoluta.

proprie di quest'area di studio, che (escludendo discipline «sorelle»: procedura penale, criminologia, sociologia della devianza, medicina forense) insieme alla politica è probabilmente l'ambito di riflessione più vicino a quello del diritto penale.

Per l'autore, si possono dare *cinque tipi caratteristici di «equivocità»* dei testi normativi, relativamente a: «ambiguità» («ci si domanda se [un testo normativo] esprima la norma N1 *o invece* la norma N2»)[94]; «complessità» («si conviene che il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si domanda se esso esprima *anche* la norma N2»); «implicazione» («si conviene che il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si domanda se N1 *implichi*, o no, la norma N2»); «defettibilità» («si conviene che il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si domanda se tale norma sia "defettibile" […], derogabile, cioè soggetta ad eccezioni implicite non specificate»); «tassatività/esemplificatività» («ci si domanda […] se l'enumerazione abbia carattere tassativo ed esaustivo, o abbia invece carattere meramente esemplificativo»).

Schematicamente, per l'a. possono essere *cinque anche le fonti dell'equivocità*: vengono in rilievo, come si è soliti pensare, i «difetti oggettivi» nella formulazione dei testi normativi (per esempio da «intrinseca oscurità» o da «ambiguità semantiche e sintattiche»); ma, «soprattutto», altri aspetti quali «interessi confliggenti degli interpreti»[95], «diversi sentimenti di giustizia degli interpreti», «molteplicità di metodi interpretativi», «presupposizioni dogmatiche»[96].

Ecco poi un concetto-chiave, se non m'inganno, nell'odierna riflessione giusfilosofica: la *vaghezza delle norme*. Tutte le norme vigenti sono «indeterminate», non potendosi esattamente stabilire quali ipotesi

[94] Di precetti «biforcuti» parla icasticamente G. LAZZARO, *op. cit.*, 177.

[95] Nota senza reticenze l'autore come «dal punto di vista dell'"uomo cattivo" – o, più semplicemente, dell'avvocato o, ancora, del giudice devoto non alla legge ma ad un suo proprio orientamento politico – l'interpretazione si presenta non come "accertamento", ma come valutazione, scelta, e decisione».

[96] Rispetto a quest'ultima «fonte», si tratta nella precisazione di Guastini di quelle «costruzioni dogmatiche – concetti e teorie – elaborate dai giuristi in un momento logicamente *antecedente* a, e indipendente da, l'interpretazione di qualunque specifico enunciato normativo».

ricadano nel relativo campo di applicazione, a causa dell'«ineliminabile vaghezza dei predicati in ogni linguaggio naturale».

L'eventualità di un riferimento «dubbio», «fluido», «aperto», ovvero di una fascia anche vasta di «penombra», costituisce «proprietà oggettiva del linguaggio», solo in parte riducibile per mezzo di definizioni. E in ambito giuridico gli *hard cases* non costituiscono certo *rara avis*; con i corrispondenti larghi spazi delegati alla discrezionalità, o «interpretazione in concreto»[97].

Si innesta a questo punto del discorso una dicotomia la cui rilevanza non sembra apprezzabile esclusivamente su un piano linguistico o estetico: «ogni testo normativo esprime – almeno potenzialmente e/o diacronicamente – una pluralità di significati alternativi (ossia ammette diverse interpretazioni, a ciascuna delle quali corrisponde una diversa norma)».

Da questo punto di vista, il «vocabolo multiuso»[98] *norma* (che tale risulta, nel linguaggio dei giuristi e già in quello delle fonti del diritto) andrebbe impiegato in un senso restrittivo, a indicare non l'enunciato normativo – opportunamente designabile con il termine *disposizione* – ma il contenuto di significato dell'enunciato stesso: «la *disposizione* è dunque l'*oggetto* dell'interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*»; ovvero, con G. Zagrebelsky, si potrebbe dire che «la disposizione è fonte

[97] Su tutto quel che precede, R. GUASTINI, *op. cit.*, 39-56. Sul concetto di «vaghezza» pionieristico C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990. Per l'«abbinamento» vaghezza/improprietà del linguaggio, G. LAZZARO, *op. cit.*, 171-173. Su alcuni «trucchi del mestiere» finalizzati alla riduzione della vaghezza in «sede preventiva» (legislativa) – combinare principi e casistica, ricorrere a presunzioni fondate su quantificazioni – e sull'ulteriore delimitazione della vaghezza in «sede curativa» (applicativa) L. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, 25-32, spec. 29-30, anche se poi «La vaghezza è la vita stessa. Il diritto è vago perché il diritto è nella vita, perché il diritto è vita» (32). Per recenti studi sulla vaghezza/a partire dalla vaghezza, effettuati in diversi ambiti disciplinari, S. MORUZZI, *Vaghezza. Confini, cumuli e paradossi*, Roma-Bari, 2012 (contributo di filosofia e teoria dei linguaggi); F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012; F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, spec. 75-98.

[98] Di vocabolo multiuso scrive R. GUASTINI, *op. cit.*, 3, in riferimento in prima battuta a «interpretazione»; analoga, anche se meno vistosa, pluralità di usi viene comunque registrata per «norma».

della norma attraverso l'interpretazione»[99] (anche: «disposizione vs. norma, *dispositio* vs. *interpretatio*, enunciati vs. significati, applicabilità vs. efficacia»)[100].

[99] *Amplius* R. GUASTINI, *op. cit.*, 59, 63-74 e già ID., *Disposizione vs. norma*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 235-251. La stessa Corte cost., 21/3/1996, n. 84, in *Giur. cost.*, 1996, 764-775, spec. 772 riconosce una «funzione servente e strumentale della disposizione rispetto alla norma» [v. il commento di A. SPADARO, *La «norma» – o piuttosto la «situazione normativa» – quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto «dottrinale» che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, *ivi*, 778-791]. Nella letteratura penalistica nostrana, precursore su queste tematiche F. RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, spec. 169-198; v. ora ID., *Corso di diritto penale*, V ed., ristampa riveduta ed aggiornata a cura di R. Guerrini, Torino, 2015, 150-165, 191-235. Più di recente un'ampia produzione di Fiandaca (v. per es. G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008); il libro di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; e vari scritti di Donini (fra cui da ult., in sintesi sulla distinzione tra disposizione e norma, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 6-7, 35, nt. 68). Su disposizione e norma nelle plurime «fabbriche di interpretazioni giuridiche», con la chiave di lettura delle «due toghe» dei magistrati («Tra garantismo liberale e finalismo repressivo»), e della «doppia toga» di professore e avvocato (non negandosi in proposito il «rischio di contaminazioni fra diversi stili e diverse etiche del discorso»), D. PULITANÒ, *Discrasie nel mondo penalistico*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 341-352. Di grande interesse in chiave propositiva S. VINCIGUERRA, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche possibile rimedio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 195-208; a riguardo, con qualche dissenso, A. MANNA, *Sono davvero eliminabili o, comunque, riducibili le c.d. interpretazioni discordanti?*, *ivi*, 2015, 385-393. Fra i costituzionalisti R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., per il quale (32) «molte interpretazioni diverse della stessa disposizione di legge […] non sono un difetto insuperabile del sistema, ma un'opportunità»; C. CASONATO, *Eccezione e regola: definizioni, fisiologie e patologie, responsabilità*, in S. BONINI e altri (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, cit., 425: «se una tendenziale chiarezza ed unitarietà del diritto è possibile, lo è come risultato (a valle), non certo come punto di partenza (a monte), di un processo costituzionalmente orientato che prende le mosse dalla legge per poi completarsi con l'interpretazione giurisprudenziale e con l'applicazione da parte dell'operatore giuridico»; mostra invece come, in rapporto alla triade disposizione, interpretazione e norma, sia proprio quello di interpretazione il concetto più bisognoso di stipulazioni e approfondimenti A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011, 91-129. Fra i processualisti non scandalizzato dal binomio disposizione/norma O. MAZZA, *op. cit.*, 3466: «Non esiste un significato (norma) oggettivo dei

Va detto che la *franchezza teoretica* esibita da posizioni giusfilosofiche come questa a prima lettura quasi disorienta il penalista: ipotizzare una pluralità di tipi di equivocità, una parallela molteplicità di fonti della equivocità stessa, una congenita vaghezza del linguaggio e segnatamente di quello giuridico, e una regolarità nella discrepanza tra disposizione e norma, potrebbe far vacillare (non tanto la sostenibilità dogmatica quanto) la concreta aspirazione nei confronti della realizzabilità della determinatezza (non più «assoluta» ma) anche solo «relativa»[101].

Passato il disorientamento, quella individuazione di più terreni di coltura dell'indeterminatezza potrebbe essere ribaltata in indicazioni di segno (pro)positivo: lavorare per costruire fattispecie il meno possibile ambigue, chiaramente indirizzate nel senso della esaustività e non della esemplificatività, ecc. (riferendosi ai tipi della fattispecie indeterminata); impegnarsi per rendere evidenti, in forma espressa e logicamente stringente, fra le altre, le presupposizioni dogmatiche alla base dell'opzione adottata (in relazione qui alle fonti dell'indeterminatezza); dinanzi alla consustanziale vaghezza del linguaggio (peraltro, concetto a sua volta afflitto da vaghezza)[102], affidarsi con ragionevole fiducia all'espe-

testi legislativi (disposizioni), qualunque testo di legge è almeno parzialmente e diacronicamente equivoco, di modo che risulta impossibile […] credere all'assoluta uniformità dell'interpretazione dei giudici, in particolare in un sistema come il nostro non vincolato dal precedente». Per un paragone fra il giudice e il chirurgo L. MEYER-GOSSNER, *Jurist mit schlechtem Gewissen?*, in *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, cit., 66: entrambi hanno un vincolo (rispettivamente, la disposizione di legge e le regole dell'arte medica) ma anche la libertà di agire «secondo scienza e coscienza» (il giudice spingendosi alla ricostruzione in via ermeneutica/non sillogistica della norma). Sul dibattito circa la «natura giuridica» della giurisprudenza U. NEUMANN, *op. cit.*, 200-204, 210-211: ai lati estremi si pongono le visuali del potere giudiziale come «fonte autonoma del diritto» e come «nudo fatto»; più plausibili appaiono all'a. le indicazioni «intermedie» della giurisprudenza quale «fonte di conoscenza del diritto», «fonte autonoma ma più debole rispetto a quella legislativa», «fonte delle norme operanti nel caso singolo»; e l'affresco di G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007.

[100] La rassegna in V. VALENTINI, *op. cit.*, 3.

[101] Circa il distinguo *supra*, V.3 e V.12 di questa prima sez.

[102] Sulla «vaghezza della vaghezza», o «meta-vaghezza», D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., 480-482. Scorpora il concetto di formulazioni «*consistentemente* (insanabilmente) vaghe» A. VIGNUDELLI, *op. cit.*, 115, nt. 248.

ribilità dei canoni ermeneutici teleologico e sistematico, senza disprezzare le virtualità «selettive» della stessa interpretazione letterale che, *nel riferimento minimale* al «senso comune dei giuristi», costituisce pur sempre la base di partenza di ogni altra interpretazione, e anche il momento conclusivo di verifica e di sintesi circa la congruità dei risultati per altre strade raggiunti[103]; giovarsi della pulizia concettuale data dalla distinzione tra disposizione e norma, senza ipostatizzare due entità radicalmente eterogenee (postulazione in contrasto con l'*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*, e priva di benefici in termini pratici)[104]: «la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicemente la disposizione *interpretata*»[105].

Ma forse uno spunto più trasversale, e immediatamente pertinente alle categorie di questa (fase della) ricerca, può ricavarsi dall'insieme delle idee giusfilosofiche qui compendiate: se la determinatezza subisce attacchi su una *molteplicità di fronti* (le plurime tipologie e fonti dell'equivocità, la vaghezza del diritto, la mancanza di corrispondenza biunivoca tra disposizione e norma); allora la *difesa penalistica* di quell'idea – che in penale ha il rango di principio costituzionale – dovrà attuarsi senza rinunciare all'impiego di alcuna «arma definitoria»: ricorrendo a elementi esclusivamente descrittivi o all'"aggiunta" di elementi normativi a seconda che l'una o l'altra configurazione del precetto, *nel relativo settore di intervento*, sia più o meno funzionale alle esigenze della previsione determinata.

Potrà magari ritenersi, incrociando alcuni riferimenti a tipi e fonti dell'equivocità, che gli elementi descrittivi, a causa di una loro tendenziale maggiore "rigidità", diano origine a maggiori rischi di indeterminatezza «da complessità», nell'accezione guastiniana prima rammentata; o che gli elementi normativi, in specie quelli culturali, concedano

[103] Per quest'ultima segnalazione, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 237-239 (e 208-228 per l'analisi di ben sette accezioni del sintagma «interpretazione letterale», delle quali viene accolta quella mimimale, ma aggregante e utile, ricordata nel testo).

[104] Cfr. A.A. CERVATI, *Disposizione e norma*, in *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 2020, sul «rischio di conferire valore speculativo o teorico ai concetti utilizzati […], perdendo di vista la loro essenziale dinamicità».

[105] Secondo il *caveat* dello stesso Guastini.

eccessivo margine ai sentimenti di giustizia, ovvero alle preferenze etico-politiche, degli interpreti.

Si tratta però di pericoli connessi all'una o all'altra modalità compositiva del precetto soltanto *in via di massima* e da sottoporre a un attento scrutinio costi/benefici, caso per caso.

14. Risemantizzazione ed elementi "aperti" in un saggio di G. Mannozzi

Argomenti a favore di un possibile impiego fisiologico e tassativo di elementi normativi si rinvengono anche all'interno di un recente contributo su *Le parole del diritto penale*, che trae origine da un'inedita e meritoria occasione di confronto interdisciplinare creata dall'Accademia della Crusca.

Grazia Mannozzi si pone l'obiettivo di accertare «statica» e «dinamica» della lingua del diritto penale quale lingua nel complesso «altamente specialistica», che in forma rispettosa di superiori principi costituzionali deve saper esprimere le variegate manifestazioni causate da un ampio spettro di condotte: «da quelle riconducibili alle costanti criminologiche classiche (furto, omicidio, sacrilegio) fino a quelle descritte dai reati di "pura creazione legislativa"».

Significativo, ai nostri fini, è lo spazio che l'autrice ritaglia per gli elementi normativi: dei quali non si manca di evidenziare taluni profili critici (torneremo a citare la Mannozzi nel successivo paragrafo, con cui si apre la sezione sui motivi di attuale questionabilità di tale classe di elementi tipici); ma anche o soprattutto alcuni rilevanti vantaggi.

Con Probert, la studiosa sottolinea «l'inevitabile distanza che talvolta [le formule giuridiche] possono presentare rispetto alle dinamiche della vita reale in ragione di una tendenziale "fissità"».

Non possono peraltro appoggiarsi neppure formule verbali «liquide», che riducono il problema lamentato ma che costringono l'interprete a «entrare nel gioco senza fine della "*disambiguation*"», allocando margini troppo ampi alla discrezionalità o meglio all'arbitrio giudiziale.

Vere queste *speculari difficoltà*, la Mannozzi riconosce espressamente agli elementi normativi una generale conformità al principio di determinatezza/precisione quale istanza, *felicemente utopistica*, che «ha

assunto un ruolo cardine all'interno dei sottoprincipi riconducibili al più generale principio di legalità»; pur con le eccezioni date dalla eccessiva vaghezza e «flessibilità» di termini quali «buon costume», «osceno» ma anche «diligenza», «prudenza» o «perizia».

Posta questa conciliabilità di massima, ecco allora che la previsione di elementi normativamente connotati, in virtù della tecnica di definizione *parzialmente* aperta, può generare specifici benefici in punto di contrasto della «lentezza dei tempi di cambiamento della lingua giuridica: una *resistenza* diametralmente opposta alla *rapidità* che caratterizza l'evoluzione delle società post-moderne»[106].

Detto altrimenti, e acquisita la tripartizione nascita di nuovi termini giuridici/morte o abbandono di termini giuridici/risemantizzazione di termini giuridici esistenti, l'impiego di termini normativi sembra particolarmente idoneo a evitare una precoce obsolescenza del dettato di legge: il «dominio semantico» della parola muta inevitabilmente nel tempo sia per effetto della «modificazione del sostrato criminologico di talune forme di criminalità», sia in forza dell'«evoluzione di concetti astratti»; e l'elemento normativo rende nella maggior parte dei casi più agevole un pronto recepimento legislativo di questo genere di trasformazioni culturali.

La ri-semantizzazione di termini giuridici non può dirsi fatto nuovo, ma certamente è in costante ascesa: fra le matrici extra-linguistiche del cambiamento della lingua giuridica figurano «aumento esponenziale e diffuso del rischio e nascita della c.d. "società del rischio"», «dilatazione dei mercati», «emersione di nuove forme di criminalità legate a fattori socio-economici che vanno dal progresso tecnologico ai flussi migratori».

Il diritto, come «socialità» e come «ordinamento», non potrà farsi cogliere impreparato di fronte a tali sommovimenti. Soluzioni buone per tutte le stagioni non se ne danno. Gli elementi normativi sono maggiormente capaci rispetto a quelli descrittivi di intercettare le mutevoli contingenze dell'evoluzione sociale e giuridica, anche se non va trascurata l'eventualità che i fatti «evadano» dalle norme e in specie dagli

[106] Sulla capacità dialogica, od osmotica, come importante caratteristica del «normativo» v. *supra*, III.8 nella prospettiva della distinzione rispetto al «descrittivo».

stessi elementi normativamente connotati: il richiamo è alle vicende delle prassi corruttive, e alla pressione da queste esercitata sull'ermeneutica giudiziaria dell'«atto» ai sensi degli artt. 318 e 319 c.p.[107].

Come idea di fondo resta però, si ribadisce, che gli elementi normativi – se non fraintendo, anche quando non citati "convitato di pietra" dell'intero contributo – siano più funzionali di quelli descrittivi in relazione allo scopo, direi così, della *vicinanza aggiornata* agli interessi, ai valori, alle modalità comportamentali in gioco; in questo senso, più «socialmente determinati» nonché, raccogliendo un altro spunto della Mannozzi, più duttili e sintonici rispetto a una feconda (ed esportabile) mentalità di *common law*, laddove invece è la cristallizzazione positiva e descrittiva propria dei sistemi di *civil law* a poter provocare uno iato tra «norma scritta» e «norma applicata»[108].

Grazie a un originale lavoro avente a oggetto la lingua come «specchio» (ma anche «motore») del cambiamento sociale abbiamo aggiunto un nuovo addentellato al sentiero, ormai tracciato, indicante il rango *in linea di principio paritario* che concetti descrittivi e concetti normativi rivestono sul versante della determinatezza.

[107] Pressione tale che il legislatore si è sentito in dovere di "ratificare" l'esistenza di una «corruzione per l'esercizio della funzione» prescindente dall'atto (art. 318 c.p., così come riplasmato dalla l. 6/11/2012, n. 190). Per altri esempi su consimili tipizzazioni legislative di approdi giurisprudenziali M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 150, 153, 157, che saluta peraltro con un certo favore tale genere di intervento legislativo, nella misura in cui possa arginare rischi di *ulteriori* «applicazioni giurisprudenziali particolarmente "*estensive*" in ragione della tutela di vittime vulnerabili». La «genesi giurisprudenziale delle fattispecie penali», come fenomeno sorprendentemente tipico della *civil law*, è da tempo segnalata, non necessariamente come «aberrante creazione», in A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, II ed., Torino, 2014, 90-107.

[108] Cfr. G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale. Un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1431-1473, spec. 1443-1444, 1453, 1457-1458, 1462-1463.

SEZIONE II: FATTORI DI PERSISTENTE MINORE DETERMINATEZZA DEL NORMATIVO

Come anticipato in sede di delineazione del piano dello svolgimento di questo capitolo, dopo le motivazioni per un *accostamento* fra concetti descrittivi e concetti normativi dall'angolo visuale della determinatezza sembra consigliabile evidenziare le ragioni di *persistente criticità* dei secondi (*anche e anzi*, *per taluni aspetti, soprattutto, nella forma* dell'elemento normativo giuridico, e non solo e non tanto in quella dell'elemento normativo culturale); sottolineatura che nella dottrina più recente è andata rarefacendosi, ma che a mio avviso merita ancora un conveniente spazio.

1. L'applicazione analogica dell'elemento normativo come strumento (in potenza) «eversivo»

È nutrita la bibliografia sul rapporto fra elementi normativi e riserva di legge; altrettanto esplorato, come qui si sta dando conto, è il legame fra elementi normativi e determinatezza; un novero crescente di studiosi si dedica a elementi normativi e successione di leggi[109].

Ma il restante «corollario» della legalità è trattato da «cenerentola» – per quanto interessa la relazione con gli elementi normativi – e proprio su questo sottoprincipio conviene fermare subito l'attenzione.

Nella trama dei principi costituzionali, il divieto di analogia è del resto *saldamente unito* al principio di determinatezza[110].

---

[109] Sull'ultimo tema, varie monografie italiane negli ultimi dodici anni: L. RISICATO, *op. cit.*, 225-282; D. MICHELETTI, *op. cit.*; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 243-302; G.L. GATTA, *op. cit.*, 403-865; C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, 73-88.

[110] L. KUHLEN, *Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot*, in G. DANNECKER e altri (a cura di), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln, 2007, 89-105; J.P. MONTIEL, *Grundlagen und Grenzen der Analogie* in bonam partem *im Strafrecht*, Berlin, 2014, 93-138; F.A. KIRSCH, *op. cit.*, 29-30, 191-196; U. NEUMANN, *op. cit.*, 206-207. Nella nostra dottrina, per tutti, G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, cit., 540-541, il quale anzi rileva come determinatezza e divie-

Se gli elementi normativi mettono a repentaglio quel divieto c'è il pericolo che a ruota entri in difficoltà la determinatezza stessa, per il disorientamento che l'applicazione analogica produce su disposizioni che *ermeneuticamente chiuse* non possono di per sé mai essere (e vale ovviamente anche il fenomeno inverso: la scarsa determinatezza di una disposizione "incentiva" l'analogia).

Il duplice, consequenziale rischio, come cercherò di chiarire, è probabilmente *più teorico che reale*; ma per la sua potenzialità *eclatante*, «eversiva», e purtuttavia spesso taciuta, vale la pena dargli adeguato risalto.

Fra i pochi a tematizzare l'eventualità che l'analogia sia veicolata da elementi normativi c'è Antonio Pagliaro, che attribuisce all'argomento un opportuno rilievo manualistico: l'art. 14 disp. prel. c.c. e, con diversa dizione, gli artt. 1 e 199 c.p. vietano l'analogia rispetto alle «leggi penali»; *non si occupano invece* dell'estensibilità analogica di una disposizione alla quale la fattispecie penale faccia riferimento per un effetto di qualificazione normativa.

Né potrebbe pensarsi a un'applicazione analogica del divieto di analogia, facendo questo eccezione alla regola generale di cui all'art. 12, co. 2, delle preleggi; mancando inoltre il requisito della *eadem ratio*, se si parte dall'idea che le norme richiamate non si integrano nella legge penale, non sono necessariamente disposizioni di legge e nemmeno per forza di cose disposizioni giuridiche.

In questo senso si potrebbe a esempio far valere un'applicazione analogica delle regole sulla circolazione stradale allo scopo di definire un delitto colposo sostanziato dall'inosservanza di norme giuridiche[111].

---

to di analogia finiscano per «coincidere in singole situazioni, pur dovendosene riconoscere su un piano concettuale la reciproca autonomia» (541).

[111] A. PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, cit., 399-400; ID., *Principi di diritto penale*, cit., 93. In *Testo e interpretazione nel diritto penale* (2000), in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, cit., 472, l'autore giustifica l'effettuabilità dell'analogia in rapporto agli elementi normativi, oltre che con l'ammissibilità di tale forma di applicazione in settori "di partenza" come il diritto civile, con una «trasformazione metodologica» cui va incontro il termine extrapenalistico quando sia inserito nella legislazione penale, con relativo «rafforzamento delle componenti sostanziali rispetto a quelle formali civilistiche». Stessa soluzione, nella dottrina tedesca, è proposta da T. GOLOMBEK, *Der Schutz aus-*

Conformemente alla propensione a rimarcare i pregi degli elementi normativi nell'ottica della *determinatezza sociale*[112], l'autore non si mostra preoccupato dall'estensione analogica di questo tipo di elementi[113].

Molto più titubanti, o apertamente critici, i toni di altre voci dottrinali, peraltro impegnate solo a volo d'aquila sul punto[114].

---

ländischer Rechtsgüter im System des deutschen Strafanwendungsrechts, Berlin, 2010, 134, non tacendo peraltro che, applicando analogicamente l'elemento normativo, *proprio nei campi* ove dovrebbe dominare una stretta accessorietà del penale all'extrapenale si potrebbe invece arrivare a proteggere la stessa «sicurezza della proprietà così come sviluppata *praeter legem*». Sempre nella manualistica, l'«analogia mediata» per il tramite di elementi normativi è giudicata legittima, «tanto a favore quanto – addirittura – a sfavore del reo», da F. PALAZZO, *Introduzione ai princìpi del diritto penale*, Torino, 1999, 285, in base al rilievo – qui condiviso – circa l'assunzione penalistica della norma extrapenale «nell'ampiezza che ad essa è riconosciuta nel ramo di provenienza».

[112] V. in proposito *supra*, V.7, sez. I.

[113] Una conclusione piuttosto lapidaria nella stessa direzione in G. RUGGIERO, *op. cit.*, 178: «nell'applicazione delle singole disposizioni si dovrà ricorrere, nei casi dubbi, all'interpretazione restrittiva o estensiva e, perfino, a quella analogica, secondo che sia consentito dalla natura della disposizione volta a volta considerata».

[114] Cfr. M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, cit., 171-172: quando alla norma extrapenale è conferita «ulteriore rilevanza», il regime applicativo va ravvisato in quello caratteristico del settore richiamante; L. RISICATO, *op. cit.*, 185, nt. 51: «complessivamente intesa, la tematica degli elementi normativi presenta, in realtà, chiari profili di tendenziale antinomia con tutte le articolazioni sottese al più generale principio *nullum crimen sine lege*» (a mio avviso interpretando però erroneamente la posizione di Pagliaro come ugualmente critica sul problema dello specifico rapporto fra elementi normativi e analogia); D. MICHELETTI, *op. cit.*, 55-56, che preferisce negare *tout court* l'applicabilità analogica delle disposizioni richiamate dall'elemento normativo come soluzione imposta dall'esigenza di non «incrementare la funzione creatrice dell'interprete disarticolando la norma penale in direzione di precetti ambigui o vaghi» (v. anche ID., *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, 636-637); un collegamento indiretto fra elementi normativi/elastici e analogia anche in G. MANNOZZI, *op. cit.*, 1443: «l'analogia, largamente utilizzata nel diritto civile, se introdotta nel diritto penale aprirebbe il varco, come funzionalmente le competerebbe, a termini che indicano "classi" di oggetti e a formule aperte completabili in via ermeneutica»; similmente K. PAPATHANASIOU, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, cit., 223-224; scrive di «scissione della norma» (*Normspaltung*) quale conseguenza di una «interpretazione extrapenalistica» (*id est*: anche analogica, o comunque «non stretta») delle norme cui si fa rinvio H. OTTO, *Die Bedeutung des Bestimmtheits-*

Resta il fatto che la tesi dell'applicabilità analogica degli elementi normativi (*recte*: delle regole cui si riferiscono gli elementi normativi) risulta l'unica *sistematicamente* sostenibile[115].

Potrà sembrare opzione formalistica[116], ma *solo se* l'elemento normativo ha natura e disciplinamento penalistici – come il «reato» nella calunnia, ai sensi dell'art. 368 c.p. – in forza dei *principi generali* in tema di analogia e divieto di analogia, desumibili fondamentalmente dai citati artt. 12, co. 2, e 14 disp. prel., ne andrà interdetta l'integrazione analogica. Ma non è questa l'ipotesi più frequente, avendo nella stragrande maggioranza gli elementi normativi fonte (e disciplina) extrapenale[117].

---

grundsatzes für die Auslegung nicht strafrechtlicher Bezugsnormen, in *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, cit., 84-85; rileva come disposizioni penali e disposizioni extrapenali diano spesso vita a un «rapporto problematico», per la diversità di competenze e scopi normativi, di contesti di regolamentazione, di tradizioni dogmatiche, R. KÖLBEL, *Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung*, in *Goltdammer's Arch.*, 2002, 406; sottolinea come rispetto alle fattispecie con elementi normativi l'interpretazione letterale finisca per essere inevitabilmente soppiantata da quella «sistematica» J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas*, in *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, cit., 213. Più problematicamente, ragionando sul furto di cui al § 242 *StGB*, I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998, 82, 127-130, quando forse l'accentuazione da parte dell'autore dell'idea dei principi costituzionali di garanzia come limite alle limitazioni della libertà personale (*Schranken-Schranken*: per una tematizzazione 560-569) avrebbe reso più coerente l'affermazione di un sicuro rifiuto dell'analogia rispetto all'elemento normativo.

[115] Sul «sistema», e l'interpretazione sistematica, il prezioso "libricino" di M. GALLO, *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014, spec. 89: «nel mondo del diritto le regole […] non sono formule chiuse: tutto al contrario, non possono essere lette e capite senza tener conto di quel che le lega ad altre, a volte assai numerose, regole facenti parte dello stesso sistema».

[116] Per questo rilievo D. MICHELETTI, *La determinatezza della fattispecie di cui all'art. 348 c.p. e lo statuto costituzionale della norma integratrice*, in *Giust. pen.*, 2012, II, 462.

[117] Che le istanze di garanzia caratteristiche del penale non possano spingersi a prescrivere un divieto di analogia ai rami del diritto i quali, subordinati ai propri presupposti di efficacia, quel divieto non conoscono è evidenziato anche da A. RANSIEK, *Bestimmtheitsgrundsatz, Analogieverbot und § 370 AO*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstraf-*

Se questa è la situazione (verosimilmente non soddisfacente ma) imposta dal diritto vigente, ecco l'antidoto, dato dall'apprezzabile *self-restraint* mostrato dalla giurisprudenza nell'ammettere l'analogia rispetto ai concetti normativamente connotati.

L'affermazione andrebbe probabilmente accompagnata da una serie di accertamenti "sul campo" ma la sensazione è quella di un effettivo esercizio in relazione a questa problematica del quasi mitico «saggio apprezzamento del giudice» di antoliseiana memoria; o, in un linguaggio aggiornato, di un robusto ricorso alle capacità «limitatrici» proprie dell'*interpretazione obiettivo-teleologica*.

Bastino a corroborare questa valutazione due riferimenti.

Sull'altruità della cosa quale elemento normativo giuridico/oggetto materiale del furto (art. 624 c.p.) le opzioni interpretative sono in effetti anche notevolmente variegate; ma non pare in ogni caso che la giurisprudenza abbia proceduto ad applicazioni analogiche dei modi di acquisto della proprietà così come definiti dall'art. 922 c.c.[118].

In relazione agli atti contrari alla pubblica decenza[119] quale prototipo di elemento normativo culturale nell'omonimo illecito (dal 2016, amministrativo) contenuto nell'art. 726 c.p., non è esclusivamente frutto di interpretazione ancorata al principio di necessaria lesività, ma *ancor prima* costituisce esito del rifiuto di applicazioni velatamente analogiche, che i nostri giudici abbiano accolto una nozione del «limite mobile» pubblica decenza basata sull'indice obiettivo del complesso delle *regole proprie di un dato ambiente sociale*, e non imperniata sulle reazioni soggettive dei consociati: l'ipotesi di «turbamento» di un singolo

---

recht, cit., 186-188 (facendo in particolare discendere quest'esito dall'accoglimento della tesi minoritaria secondo cui il diritto penale tributario sarebbe composto da fattispecie con elementi normativi e non da norme penali in bianco). Vero ciò, è altrettanto fondato che il sistema penale non possa lasciarsi "invadere" da forme applicative che ne sfigurerebbero il volto liberale: come sempre, è un problema di *equilibrio fra differenti teleologismi*; segue nel testo una riflessione su luoghi e modi di tale mediazione.

[118] Analiticamente A. CHIARI, *Art. 624*, in *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., 2401-2405. Un'osservazione in questo senso in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II. *I delitti contro il patrimonio*, VII ed., Bologna, 2015, 32.

[119] Come rammentato, il riferimento continua a essere istruttivo, nonostante la depenalizzazione.

soggetto «impressionabile» a prescindere da un'offesa alla maggioranza dei consociati rappresenterebbe un caso solo «simile» a quello espressamente regolato[120].

Se non persuade il correttivo di una *comprovata "autocensura"* da parte del diritto vivente nell'applicazione analogica dei concetti normativi[121], già sul piano della *struttura* del procedimento analogico implicato da questo tipo di elementi si potrebbe rinvenire un positivo fattore di limitazione.

Infatti, e richiamo così uno dei criteri che nella loro *molteplice combinazione* aiutano a distinguere tra (semplici) elementi normativi e norme (autenticamente) in bianco.

Prendiamo l'art. 650 c.p.: quivi il concetto (per esempio) di «ordine pubblico» e dunque la fattispecie di «inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità» richiamano espressamente e «costitutivamente» il procedimento analogico: come stabilire se non per via di similitudine le situazioni "vicine" a quelle caratteristiche di indispensabilità e di urgenza che fondano l'ordinanza prefettizia, la cui inosservanza si ritiene integri la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.?

---

[120] Per approfondimenti C. DE PELLEGRINI, *Art. 726 c.p.*, in *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., 2913-2915.

[121] Scettico T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, II ed., trad. it. di G. Oss, S. Porro, Padova, 2013, 383: «in uno Stato di diritto la garanzia di una prassi penalistica liberale non dovrebbe provenire dal buon senso del giudice penale, bensì dal legislatore»; esprimeva plasticamente questa convinzione G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I. *Parte generale (Art. 1 - Art. 240)*, tomo I, V ed., Bologna, 1949, 409: «Da una […] norma imprecisa e tortuosa non può uscire che una giurisprudenza perplessa». Invece, preferirebbe una riforma legislativa dell'assassinio (*Mord*), con particolare riferimento al contrassegno dell'avere agito perfidamente (*heimtückisch*), e tuttavia registra nei confronti di un elemento normativo culturale così indeterminato fertili impieghi di interpretazioni «limitative», C. ROXIN, *Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord*, in *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften*, cit., 741-757; a riguardo, anche W. KÜPER, *Das "Beruhen" der Arglosigkeit auf Wehrlosigkeit beim Heimtücke-Mord*, in *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*, cit., 467-479. Più in generale vede nell'analogia un procedimento «poco utilizzato pure quando è permesso» (78), essenzialmente per la consapevolezza che «quando non possiamo contare su una guida al comportamento ci troviamo in mare aperto senza possibilità di soccorsi» (81), M. GALLO, *La regola e il giudizio*, cit., 78-81.

Anche per questa ragione, l'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità vige attualmente[122] quale paradigma della norma in bianco[123]: con questo asse focale, si potrebbe anzi dire che nell'art. 650 *è scritta* l'analogia o, se si preferisce, che l'analogia decide dell'*esistenza* e del *contenuto materiale* assegnabile all'art. 650 c.p.

Per converso, l'altruità della cosa e dunque il delitto di furto risultano perfettamente applicabili anche al di là di un'integrazione analogica dei modi d'acquisto della proprietà: il richiamo analogico *non* è pertanto *esplicitamente* e *coessenzialmente* richiesto per la sussistenza dell'art. 624 c.p.[124].

Si potrebbe anche rilevare un'interdipendenza fra i profili segnalati: nel senso che il *minor peso teorico* già in partenza rivestito dall'analogia in elementi propriamente normativi, ha *facilitato la cautela* della giurisprudenza nell'entrare nelle maglie di siffatti, più stretti, spazi analogici arrestandosi "sulla soglia" di questi margini.

Riassumendo: vi sono fattori concorrenti che portano a sminuire la forza astrattamente «erosiva» dell'analogia nei confronti di elementi normativi. Questi rischi andavano in ogni modo immediatamente evidenziati in una sezione di capitolo dedicata ai motivi di duratura problematicità di questo genere di elementi in raffronto all'istanza di determinatezza.

2. La più frequente verificabilità di errori di sussunzione relativamente al «normativo» che al «descrittivo» (e riflessi oggettivi)

L'indicatore di attuale, «residua», criticità degli elementi normativi (anche giuridici) che ora analizzo pone una questione che non è «endo-

[122] In attesa cioè di una sua depenalizzazione o riformulazione.

[123] Il ragionamento proposto credo non si risolva in *petitio principii* nella misura in cui, come accennato, la differenziazione del *ruolo dell'analogia* che contrassegna rispettivamente elementi normativi e norme in bianco è *solo uno* fra i canoni distintivi da utilizzare «in cumulo» con altri.

[124] Lo stesso potrebbe dirsi rispetto alla, per alcuni aspetti differente, disciplina tedesca del furto (§ 242 *StGB*): spunti in F.P. SCHUSTER, *op. cit.*, 295; v. anche K. PAPATHANASIOU, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, cit., 221-222.

tipica degli elementi normativi» bensì interessa il rapporto sussistente fra elementi normativi ed elementi descrittivi in relazione sì al parametro oggettivo della determinatezza ma *considerato sotto l'"angolo visuale"* della conoscibilità e dell'errore.

Lo spunto di riflessione proviene da alcuni passaggi di L. Risicato, studiosa che abbiamo già citato per la limpidezza della veste sistematica che ha saputo dare all'acquisizione post-engischiana intorno al *carattere obliquo* della tematica della determinatezza, come riguardante "indifferentemente" concetti normativi e concetti descrittivi[125].

L'autrice, sviluppata ampiamente la propria argomentazione, sottopone a esame preventivo una possibile critica: mentre la più immediata comprensione dell'elemento descrittivo non implicherebbe mai l'assegnazione a tale tipo di concetto di un «significato penalistico» diverso da quello comune, l'elemento normativo giuridico sarebbe in astratto suscettibile di un intendimento penalistico differente da quello sedimentatosi in altre branche del diritto; e così, elementi descrittivi ed elementi normativi tornerebbero a rappresentare classi radicalmente disomogenee in relazione all'istanza di una fattispecie determinata, nella misura in cui gli elementi giuridico-normativi, rimandando al fine di tutela della norma penale, si (ri)avvicinerebbero a quella congenita ambiguità semantica e concettuale propria di elementi valutativi etico-culturali.

L'"obiezione preventiva" viene giudicata tuttavia infondata: l'eventualità dell'attribuzione a un certo concetto di un significato penalistico non coincidente con quello ordinario pertiene infatti, rileva Risicato, a tutti gli elementi della fattispecie penale e anzi, «in primo luogo», proprio ai concetti descrittivi[126].

Conferme a riguardo verrebbero dal versante dell'errore e in specie da quella «figura di confine» (ma per lo più equiparata all'errore sul precetto) che è l'*errore di sussunzione*, con il quale viene in gioco «un errore di interpretazione (del significato propriamente penalistico) di un elemento, descrittivo o normativo, della fattispecie incriminatrice»[127].

---

[125] V. *supra*, V.11 della sez. I.

[126] Cfr. L. RISICATO, *op. cit.*, 207-208.

[127] Più puntualmente, la stessa Risicato (356-357) ragiona sull'ipotesi di un soggetto che «pur essendo eventualmente consapevole del significato "comune" (ovvero "tec-

Errore di sussunzione su un elemento descrittivo, si esemplifica, sarà quello di chi pensi che l'infante mostruoso non rientri nella nozione di uomo o di neonato di cui rispettivamente all'art. 575 e all'art. 578 e che possa dunque essere impunemente soppresso dopo il parto. Errore di sussunzione su un elemento normativo sarà per contro quello del soggetto che alieni o distrugga la cosa di cui sia usufruttuario nell'erronea convinzione che il titolare di un diritto reale di godimento sia penalisticamente equiparato al proprietario e che perciò la cosa posseduta non sia «altrui» nell'ottica dei delitti di appropriazione indebita o di danneggiamento[128].

Ora, va detto che l'attenzione a possibili rilievi critici mostrata dall'autrice è di per sé fatto apprezzabile: risultando sempre metodologicamente più corretto confrontarsi – anche «anticipatamente»[129] – con argomenti contrapposti che passarli sotto silenzio e (sperare di) «rafforzare» la propria tesi con ieratici toni deduttivistici.

Ma la controbiezione della Risicato, laddove giudica quei rilievi ampiamente superabili e stima uguali le possibilità di errate sussunzioni rispettivamente sul «descrittivo» e sul «normativo»[130] (o anzi mette in primo piano l'ipotizzabilità di errori d'interpretazione su elementi descrittivi), onestamente non riesce a persuadere.

---

nico", qualora si tratti di elemento normativo-giuridico) di un requisito di fattispecie, erri sulla sua accezione squisitamente penalistica e ritenga, di conseguenza, lecito il proprio comportamento».

[128] L. RISICATO, *op. cit.*, 339-340, 356-358, con la notazione (340, nt. 22) che dalla problematica dell'errore di sussunzione discenderebbe persino una ragione di rivincita a favore della tesi wolfiana del «tutto normativo»: alla «trasfigurazione penalistica» cui ogni elemento della fattispecie andrebbe incontro in riferimento al metro del senso comune, farebbe riscontro l'eventualità che il destinatario della norma penale ravvisi erroneamente in rapporto a un dato elemento pretesi margini di autonoma rilevanza penalistica.

[129] Con la «controindicazione» che l'«autocritica preliminare» rischia di offrire su un piatto d'argento l'*assist* di utili argomenti ai contraddittori (come qui avviene!). Ma, nel lavoro scientifico, *vale certamente la pena* correre il rischio.

[130] Tende a ridimensionare la portata di errori di sussunzione originati dall'«autonoma esistenza nella realtà sociale» di elementi normativi, anche F.P. SCHUSTER, *op. cit.*, 170-171, 182, 295.

Certo, l'errore di sussunzione avente a oggetto un elemento descrittivo non può essere definito caso limite o "di scuola".

E tuttavia la possibilità della sua verificazione appare, almeno a chi scrive, differentemente da quanto indica l'autrice, più bassa dell'errore interpretativo concernente un elemento normativo[131]: assai più verosimile e frequente che l'agente erri sul concetto di altruità che sulla qualificazione dell'infante mostruoso, rispetto alla quale ultima dovrebbero soccorrere *pregnanza naturalistica del fatto* da un lato e *più intensa duplice percepibilità* del contemporaneo oggetto materiale e oggetto giuridico dall'altro.

Andando *à rebours*, dal soggettivo all'oggettivo[132], e pur ribadendo anche qui l'adesione all'idea di una tendenziale tassatività riconoscibile in elementi normativi giuridici, paiono più consistenti le possibili divergenze nell'*interpretazione penalistica* dell'elemento normativo giuridico (*rispetto all'originaria previsione in altri settori dell'ordinamento*) che i margini di discrepanza nell'interpretazione penalistica di un elemento descrittivo (*in rapporto al linguaggio comune*)[133].

3. Profili di tensione tra elementi normativi giuridici e afferrabilità della valutazione precettiva mediante comportamenti non linguistici

Si fa notare in dottrina come la *relazione triadica* soggetto/oggetto della valutazione/atteggiamento valutativo trovi espressione non solo in

[131] Un cenno in questo senso in G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 347: la casistica trattata *sub* errore di sussunzione è riferita «non necessariamente» ma comunque «normalmente» a elementi normativi. Sul punto, anche per altri richiami, Y. FAKHOURI GÓMEZ, *op. cit.*, 198-201, spec. nt. 54.

[132] Sui profondi nessi fra tematica dell'errore e tematica della determinatezza L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto*, cit., 1313-1350, spec. 1318-1319, 1323-1331, 1347-1350, ove si anticipava peraltro il rischio di una finalizzazione della scusabilità dell'errore di diritto alla «conservazione immutata del sistema» (1319), bisognoso di razionalizzazione e tassativizzazione.

[133] Cfr. anche le riflessioni di E. HILGENDORF, *op. cit.*, 49: i concetti normativi (o «pratico-normativi»), implicando una presa di posizione personale dell'interprete, sono «non conformi a verità» (*nicht wahrheitsfähig*) e non consentono perciò in termini penalistici una «ultima sicurezza».

comportamenti strettamente linguistici ma anche, non di rado, in «comportamenti non linguistici».

Questi ultimi anzi, se hanno in comune con le prese di posizione linguistiche il *duplice scopo* della comunicazione ad altri e dell'influsso sulle loro scelte, risultano connotati da una *peculiare «immediatezza»*, talvolta persino superiore alla potenzialità concettuale e valutativa della parola.

Si lavora sul concetto di «osceno»[134]: qui, non è tanto l'*astratta formulazione linguistica* a indicare l'oggetto della repressione (es.: il comportamento osceno come «offesa del senso di riserbo nelle manifestazioni sessuali») quanto le *concrete valutazioni* solo latamente ispirate a quel concetto di base (e relative alla possibilità di esporre in pubblico certe e non altre parti del corpo); valutazioni concrete che a loro volta si traducono in corrispondenti *comportamenti sociali* (nell'abbigliamento, nell'esclusiva diffusione di alcuni tipi di pubblicazione, ecc.)[135].

Queste sollecitazioni favoriscono l'individuazione di un'ulteriore sacca di persistente indeterminatezza rilevabile in elementi normativi: e *segnatamente stavolta* in elementi normativi di taglio giuridico.

Mentre infatti in *elementi di impronta descrittiva* è il linguaggio a fungere da termine medio che consente il passaggio dai fatti valutati alla valutazione dei fatti; e negli *elementi normativi culturali* appare plausibile che il comportamento non linguistico dei consociati sia suscettivo di combaciare con la generica qualificazione valutativa contenuta nel testo legislativo e al contempo di far emergere atteggiamenti valoriali omogenei in relazione a determinate costellazioni situazionali; nei *concetti normativi di provenienza giuridica* ci si confronta, sotto questo aspetto, con una situazione che definirei «sospesa» fra le caratte-

[134] Ricordiamo: paradigma esplicativo attuale quello degli atti osceni, al di là della depenalizzazione dell'art. 527, co. 1, c.p. avutasi nel 2016.

[135] F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 434-436. Seppure mosse da un obiettivo diverso (v. *supra*, V.14 della sez. I), sembrano in parte convergenti alcune note di G. MANNOZZI, *op. cit.*, 1433 e 1439, secondo la quale i meccanismi della prevenzione, generale e speciale, suggeriscono al diritto penale l'impiego di «un linguaggio che è la risultante della somma di *lessico penalistico tecnico-specialistico* e *modalità comunicative non verbali* affidate alle immagini, alle metafore, al *phantasma* platonico e alla pubblicità del rito processuale».

ristiche dei concetti descrittivi e quelle dei concetti normativi culturali, «intercettando» gli elementi normativi giuridici i contrassegni positivi delle altre due classi di elementi *ma senza integrarli pienamente*.

Infatti: il «linguaggio normativo-giuridico», in linea di principio apprezzabile sul piano dell'idoneità comunicativa e orientativa del comportamento, difficilmente sarà peraltro in grado di raggiungere la medesima «efficacia plastica» della «parola descrittiva».

E al tempo stesso il riferimento all'accumularsi di comportamenti non linguistici, la cui rilevanza non sarebbe ragionevole astrattamente negare pure in relazione a elementi normativi di taglio giuridico, verosimilmente non possiederà la stessa virtualità definitoria e valutativa della realtà culturale affermabile per elementi normativi etico-sociali.

Potrà quindi sembrare paradossale ma, *nella particolare prospettiva* di quell'«obiettivizzazione di valori» che si attua attraverso la sedimentazione collettiva e la proiezione penalistica di comportamenti non linguistici, gli elementi normativi culturali, in via generale molto più «elastici» degli elementi normativi giuridici, potrebbero invece vantare un livello di certezza (*sociale, ma persino giuridica*) superiore a quello esibibile da questi ultimi.

Fazit: la diversa percepibilità – linguistica *e non linguistica* – dei vari elementi di fattispecie va posta come questione non solo morfologica e strutturale, ma anche e soprattutto *di determinatezza*; e non è detto che, all'esito del *combinato accertamento* di comportamento propriamente linguistico e di comportamento non linguistico (ché in fin dei conti la determinatezza teorica di una norma si concreta e si verifica nella *potestà di conformare* le condotte dei cittadini), elementi normativi di stampo giuridico, di regola «vincolati» e «tassativi», siano necessariamente preferibili ad altre modalità tecniche di configurazione della fattispecie.

4. L'«artificialità» di «fatti istituzionali» (J.R. Searle)/elementi normativi come possibile fattore di tensione rispetto alla determinatezza/rimproverabilità personale

Un aggiuntivo profilo di possibile frizione dei concetti normativi giuridici con (una delle anime del)la determinatezza emerge se questo tipo di concetti viene accostato ai «fatti istituzionali» cui si riferisce nella fortunata opera dedicata agli *Atti linguistici* John R. Searle[136].

Il filosofo analitico statunitense distingue tra «fatti bruti» e «fatti istituzionali».

I *brute facts* consistono in «fatti che sono evidentemente obiettivi e non questione di opinione o sentimento o emozione»: ogni giornale, nel riportare che Caio ha sposato Tizia, che il tale è stato processato per peculato, che il senato ha approvato la legge sugli espropri, ne registra quotidianamente la realtà[137].

Diversa l'ottica degli *institutional facts*: anche questi «sono sì dei fatti, ma la loro esistenza, a differenza di quella dei fatti bruti, presuppone l'esistenza di certi istituti umani». Per esempio, soltanto dato l'istituto del matrimonio certe forme di comportamento saranno qualificabili come le nozze di Caio e di Tizia.

---

[136] Per l'avvicinamento «fatti istituzionali»/«elementi normativi», ma senza dedurne possibili vizi in termini di determinatezza, antesignano T. DARNSTÄDT, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, in *JuS*, 1978, 443 e 445; accosta «fatti istituzionali» e «concetti giuridici indeterminati», invece, B. ENDRULAT, *Der "Umgekehrte Rechtsirrtum": Untauglicher Versuch oder Wahndelikt? Überlegungen zu einem speziellen Irrtumsproblem anhand von Dogmen der allgemeinen Irrtumslehre, des Schuldprinzips und des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts*, Berlin, 1994, 286. Per altri riferimenti a tale assimilazione, tutti con riguardo al versante dell'imputazione soggettiva, E. SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1983, 76-78; EAD., *Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB*, in *Jur. Schul.*, 1985, 378; C. ROXIN, *Über Tatbestands- und Verbotsirrtum*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 380; K. PAPATHANASIOU, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, cit., 65-66 (lavorando sulla "traduzione penalistica" del pensiero di Searle operata da Darnstädt). V. altresì E. LAUER, *Der Irrtum über Blankettstrafgesetze am Beispiel des § 106 UrhG*, Bonn, 1997, 43; Y. FAKHOURI GÓMEZ, *op. cit.*, 83-85, 312-315, 454.

[137] Sul concetto di *factum brutum* (*rohe*, *unbehandelte Tatsache*) v. anche U.K. KINDHÄUSER, *Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale*, cit., 467-468.

Gli «istituti» *de quibus*, puntualizza Searle (utilmente ai nostri fini), rappresentano «sistemi di regole costitutive»; a ogni «fatto istituzionale» è sottesa una regola che suona: «X conta per Y nel contesto Ct». «Nessun insieme di affermazioni di fatti bruti può implicitare un'affermazione di fatto istituzionale senza l'aggiunta di almeno una regola costitutiva». Ovvero, sotto altra prospettiva, nel caso di «fatti istituzionali», «le valutazioni comportanti obblighi, impegni e responsabilità non sono più lasciate completamente aperte perché sono proprio le affermazioni dei fatti istituzionali a comportare queste nozioni»[138].

Ora, al di là di una certa difficoltà in cui si imbatte il cultore del diritto penale nel familiarizzare con un incedere argomentativo risultante in taluni passaggi aspro (o, più semplicemente, *calibrato su esigenze diverse* da quelle dell'imputazione penalistica)[139], resta un'*essenziale idea di base*: la tradizionale immagine del mondo come composto di fatti bruti che cadono sotto i nostri sensi non è esaustiva; uguale spazio teoretico reclamano fatti istituzionali, condizionati alla radice da uno specifico sfondo normativo, ossia da una dimensione simbolica[140] che «esiste» a prescindere dai dati sensoriali immediati (tanto che il substrato materiale di cui si servono potrebbe essere eliminato o sostituito senza particolari conseguenze)[141].

Trova così conferma, anche grazie all'ottica di Searle, la praticabilità e l'opportunità di una distinzione tra elementi normativi, "corrispon-

---

[138] J.R. SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* (1969), Torino, 2009, 80-84, 237-239, 244.

[139] Per l'invito a non stupirsi di talune «ingenuità penalistiche» di Searle, *che penalista non è*, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 127, la quale per contro rimarca (125 e 127) la «versatilità» del pensatore americano e, nel dettaglio, il fatto che la sua impostazione «senza rinunciare alla *predicibilità*, alla *conoscibilità* del contenuto del precetto, continua comunque a richiamare l'attenzione sulle *convenzioni* e sul contesto in cui la fattispecie […] venga utilizzata».

[140] Da un «*know-how*, che diventa radicato», per citare altra locuzione di Searle.

[141] Così, in un fecondo manuale/non manuale, chiarisce il pensiero searleano C. LUZZATI, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, Torino, 2010, 49-51. Sulla tesi dello Sfondo, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 247-250. Sull'«autonomia relativa» del diritto penale nel selezionare la tutela rispetto a istituti e istituzioni *à la* Searle «creati» dall'ordinamento giuridico complessivo, D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, cit., 667.

denti" ai fatti istituzionali, ed elementi descrittivi, avvicinabili ovviamente ai fatti bruti. Ma sulle ragioni a favore di questa bipartizione s'è già riflettuto in una precedente fase del lavoro[142].

Quello che interessa adesso mettere a fuoco sono le differenti «regole» che, dal punto di vista di Searle, valgono per fatti bruti (*alias* concetti descrittivi) e fatti istituzionali (concetti normativi); e soprattutto sondarne il rispettivo «peso» in rapporto al principio penalistico di determinatezza.

Una precisazione preliminare si rende però consigliabile: il concetto di «regole costitutive», che per Searle si pone in relazione biunivoca con i «fatti istituzionali»[143], non allude «restrittivamente» a (e non è neppure, almeno strettamente, «imparentato» con) significati quali «fissazione del nucleo centrale della fattispecie», «determinazione delle linee fondamentali della scelta di tutela» (*aut similia*), che secondo diffuse tesi si connetterebbero all'intervento di «costitutive» regole extrapenali richiamate da norme penali *in bianco*; «criterio della costitutività» che *nel senso esposto per ultimo*, e *insieme*, come già osservato, a differenziati altri canoni, integra un possibile spartiacque atto a separare concettualmente «semplici» elementi normativi e «autentiche» norme in bianco.

Il concetto searleano di regole «costitutive» è invece proficuamente richiamabile, come ben colto nella nostra dottrina, in rapporto a una situazione più in generale caratteristica di *tutte* le tecniche di collegamento fra diritto penale e diritto extrapenale *e anzi*, semmai, di particolare evidenza proprio nelle costellazioni rubricabili come elementi normativi.

Quando il legislatore ricorre a quest'ultima classe di elementi, infatti, introduce in fattispecie un rimando a regole che valgono a «costituire necessariamente il *prius* del proprio oggetto»[144]: il delitto di furto, per esempio, è tecnicamente «pensabile» solo presupponendo la previa e

---

[142] *Supra*, cap. III.

[143] Ovvero con il concetto di «*status* normativo», impiegato dall'autore in lavori successivi: sul punto, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 126.

[144] Cfr. D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., 40-46, spec. 42-43, che vede dunque (43-44) negli elementi normativi il «riscontro formale», tecnico-legislativo, della categoria filosofica «fatti istituzionali».

«costitutiva» qualificazione del legislatore civile sui modi di acquisto della proprietà (e conseguentemente sulla nozione di altruità).

Mentre quindi per fatti bruti/concetti di taglio descrittivo operano «regole regolative», che disciplinano porzioni di realtà autoevidenti, per fatti istituzionali/concetti di stampo normativo la determinazione dell'istituto di volta in volta pertinente non può prescindere dal parallelo intervento di «regole costitutive», funzionali alla costruzione del sistema e alla stessa comprensione di sue singole disposizioni.

Ecco allora i possibili riflessi sul piano della determinatezza, che a noi premono maggiormente in questo momento dell'indagine: la tesi di Searle, con la prospettiva di fondo della «combinazione» di fatti istituzionali e regole costitutive, potrebbe essere citata a *ulteriore sostegno* del crescente riconoscimento circa la piena conformità degli elementi normativi giuridici all'istanza della fattispecie determinata[145]; posto che per la definizione dell'elemento normativo giuridico è necessario ma anche sufficiente far «costitutivamente» riferimento a una *regola preesistente*, per lo più *agevolmente individuabile* e generalmente in grado di contribuire a scolpire con buon grado di precisione la fisionomia del reato, gli stessi fatti istituzionali/elementi normativi parrebbero confermarsi in tutto e per tutto compatibili con il principio di determinatezza.

Le cose tuttavia non stanno probabilmente (solo) così.

Alla determinatezza sono invero sottese plurime *rationes*[146], che da un lato si intrecciano e si rafforzano a vicenda; ma che dall'altro mantengono un'*autonomia logica e costituzionale*, che di tanto in tanto ha ragione di emergere.

Bene: a me pare che la concezione dell'«istituzionalità» di taluni fatti ne ponga in risalto la «fedeltà» a esigenze di certezza, di garanzia dell'autodeterminazione individuale, di uguaglianza di trattamento, di assicurazione dell'esercizio del diritto di difesa, di rispetto della frammentarietà, di esplicazione di un'efficace prevenzione generale-deterrenza (e, volendo, di una persuasiva prevenzione generale-orientamento culturale).

---

[145] Sulla convinzione vieppiù diffusa circa tale conformità, *supra*, l'intera sezione I del presente capitolo.

[146] In proposito, per tutti, V. KREY, *op. cit.*, 80-98, 122-128, 136-138; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 53.

A differenza dei «fatti bruti», però, i «fatti istituzionali» sembrano meno armoniosi con quella *ratio* cofondante la determinatezza che è data dalla *rimproverabilità personale*, che diviene perno della colpevolezza nel passaggio dalla concezione psicologica alla concezione normativa[147]: la conoscibilità dell'elemento normativo è «ontologicamente» *più involuta* della conoscibilità dell'elemento descrittivo (tanto che si è dovuto ricorrere a quella «semplificazione» fornita dalla «conoscenza parallela nella sfera del profano»)[148].

Con fatti istituzionali/concetti normativi si crea infatti un «"*locus artificialis*" dell'illecito», per «l'incapacità del singolo precetto di giungere direttamente al suo naturale referente, l'uomo, senza prima riferirsi all'*habitat* giuridico in cui egli vive e agisce»[149].

Si consideri inoltre che le fattispecie contemplanti elementi normativi integrano tendenzialmente *reati comuni*; e, pur presentando questo genere di fattispecie una pregnanza criminologica superiore a quella di «specialistiche» norme a struttura sanzionatoria caratteristiche del diritto penale accessorio *e configurate come reati propri*, il difetto di «soggettività ristretta» (*id est*: il fatto di non rivolgersi a «tecnici») potrà costituire un *fattore supplementare* di difficoltà conoscitiva e pertanto di parziale indeterminatezza.

Certo, la stessa espressione «fatti bruti» è, se vogliamo, un po'… brutale, e non dà integralmente conto della necessità di *mediazioni interpretative*, talvolta particolarmente complesse, che affligge la previ-

[147] Sulla nozione costituzionale (sent. 364/1988) di colpevolezza come «secondo aspetto del principio di legalità» riflette nuovamente, di recente, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 9-10. Di «dimensione umanistico-individuale» della legalità scrive V. VALENTINI, *op. cit.*, 13 e 17.

[148] Sul «più lungo processo del pensiero» («*längerer Denkprozess*») implicato dagli elementi normativi in rapporto a quelli descrittivi U.K. KINDHÄUSER, *Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale*, cit., 466.

[149] Così D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., 44. Per un collegamento fra mutevolezza o ambivalenza dei rapporti reali e artificialità dei giudizi valutativi/dei precetti emanati dal legislatore K. TIEDEMANN, *Zur Gesetzgebungstechnik im Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 642. Su «elementi tecnici (o tecnologici) di non generale conoscenza e comprensibilità» L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto*, cit., 1319.

sione degli stessi concetti descrittivi (si pensi alle già citate difficoltà ricostruttive della «rissa»)[150].

Ma pare ugualmente di poter concludere che in linea di principio risulterà più laboriosa, per l'interprete e prima ancora per il destinatario del precetto, l'«afferrabilità» di *artificiali* «fatti istituzionali»; non è questa una motivazione bastante per sconsigliarne la previsione, ma in ogni caso un aspetto da soppesare congiuntamente a (svariati) altri nella delicata scelta intorno all'adozione dell'una o dell'altra tecnica di formulazione del precetto.

5. Elementi normativi e «rinvii multipli»

Concetto superiore nell'ambito delle variegate modalità morfologiche di collegamento fra diritto penale e norme extrapenali – vale la pena ribadirlo – è quello di «rinvio normativo» (e non quello di «norma penale in bianco», come talvolta pedissequamente si scrive).

Altamente pericoloso – *rectius*: costituzionalmente censurabile – è il «rinvio dinamico *all'indeterminato e al futuro*», posto in deroga al principio «la punibilità si stabilisce in base a legge tassativa in vigore al momento dell'azione»: è questo esattamente uno fra gli altri contrassegni che identificano i *Blankettstrafgesetze*, e che consentono di distinguerli dai *normative Merkmale*, i quali effettuano invece un rimando a norme *preesistenti* e (salvo le problematiche che stiamo evidenziando) *in sé conchiuse*, determinate.

Ma anche il *rinvio a catena* è situazione fortemente problematica: qui il gioco del rimando *apparentemente* si chiude con il richiamo di norme in ipotesi già vigenti e determinate; ma poi si «riapre» in forza della chiamata in causa di altre fonti, a cascata (*solo implicitamente*) evocate[151].

È quanto si verifica nelle *norme a struttura sanzionatoria*, di cui troviamo esempi numerosi nel diritto penale del lavoro e nel diritto penale tributario: si rinvia, quasi in forma di *ricognizione normativa*, a

[150] V. *supra*, spec. III.4.

[151] Al di là della possibilità doppiamente patologica di un rinvio che si presenti *al contempo* «dinamico» e «a cascata».

fonti già conosciute dal legislatore nella fase di posizione della norma penale; ma poi – per citare un caso emblematico – *si pende dalle labbra* del "completamento" del precetto a opera della *circolare* che di volta in volta si pretenda utile allo scopo[152].

Ora, le ipotesi di rinvio da ultimo citate non sono uscite indenni dalla lente dei giuristi, tanto da averne liberata la vena immaginativa: si è scritto, oltre che di rinvii a catena o a cascata, di rinvii «a ventaglio», «a grappolo», «*matrioska*», «da gioco dell'oca», di «giungla dei rinvii»[153].

Meno analizzata è per contro l'eventualità di rinvii plurimi (non in «classiche» situazioni di norme a struttura sanzionatoria/di ricognizione normativa, o di norme in bianco ma) in casistiche relative a elementi designati o almeno *prima facie* designabili quali «meramente normativi».

Il punto è preso in esame in un recente contributo sulla «applicazione del diritto straniero in diritto penale». Si ragiona sul § 283b *StGB* in tema di regolare tenuta dei libri commerciali, e ci si chiede se gli obblighi ivi previsti possano essere integrati non soltanto dal diritto civile tedesco ma anche in via secondaria – o, per l'appunto, a catena – da previsioni delineate nel diritto civile straniero, eventualmente ampliative del campo del penalmente rilevante.

La conclusione tratta da Mankowski e dalla Bock è che in caso di risposta affermativa *ben pochi giuristi* potrebbero trovarsi a proprio agio nella concatenazione delle varie previsioni, mentre è certo è che il *laico* molto difficilmente potrebbe conoscere l'«ultimo» diritto civile. Né il principio di riserva di legge parlamentare (nonostante il maggiore rigore con cui si presenta l'art. 104, co. 1, prima frase, Legge Fondamentale

[152] A riguardo, con grande limpidezza, R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2012, 36-37 che in un sottoparagrafo inedito a livello manualistico chiarisce già nel titolo «Non è fonte diretta: la circolare ministeriale» (al pari di legge regionale, regolamento e consuetudine: 30-36) e puntualizza come le circolari non possano dunque vincolare né il giudice né i privati cittadini, dovendosi così respingere i non infrequenti «tentativi di dare alle circolari una rilevanza molto maggiore di quella che a loro compete», i quali finiscono oltretutto per produrre «errate interpretazioni anche in sede penale».

[153] Cfr. M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, cit., 176-177 per la terminologia rinvio «reiterato» e rinvio «doppio» o «triplo» *etc*. (contrapposto al rinvio «singolo» o «semplice» o «di primo grado» o «non reiterato»).

tedesca[154] rispetto al nostro art. 25, co. 2, Cost.) né quello di democrazia (gli aa. non menzionano qui la determinatezza) avrebbero comunque la capacità di interdire questo genere di rinvio; potendosi solo richiedere che il rimando sia delimitato nello scopo e nel contenuto d'illiceità, ovvero che risponda a una chiara «domanda di tutela» (o che non sia quantomeno fatto «a casaccio», *ins Blaue*); e dovendosi in ogni caso «alleviare» il cittadino in sede di accertamento del dolo e di riconoscimento dell'errore sul precetto (escludendosi però l'applicazione di quest'ultimo in caso di dubbio)[155].

Nella chiave che qui ci siamo proposti – quella di rilevare gli aspetti ancora attuali di «difficoltà» degli elementi normativi (non solo culturali bensì) anche giuridici in relazione all'istanza di determinatezza (difficoltà agli esordi della categoria messe in evidente luce, e poi gradualmente fatte scivolare nell'ombra, fino quasi a tacerle) – pure questa segnalazione in tema di concetti normativi e rinvii multipli risulta di palese interesse.

Potrebbe forse non condividersi che il concetto di «libri commerciali» attorno a cui viene intessuto il ragionamento esposto integri un vero e proprio elemento normativo o non costituisca piuttosto parte di una norma più propriamente in bianco; alla luce di criteri sopra richiamati, apparendo peraltro corretta la prima qualificazione.

In ogni caso, se è vero che in ipotesi di concetto normativo il rinvio plurimo non rappresenta la regola, è comunque *nell'ambito del «normativo»* che viene in questione un rinvio, ed eventualmente un rinvio a catena (uso qui, per una volta, l'espressione «normativo» *in forma ampia e generica*, a indicare elementi normativi, norme in bianco, norme a

[154] Si tratta del principio costituzionale secondo cui la libertà personale può essere limitata esclusivamente sulla base di una legge in senso formale.

[155] Cfr. P. MANKOWSKI, S. BOCK, *Fremdrechtsanwendung im Strafrecht durch Zivilrechtsakzessorietät bei Sachverhalten mit Auslandsbezug für Blanketttatbestände und Tatbestände mit normativem Tatbestandsmerkmal*, in *Goltdammer's Arch.*, 2008, 712-713, 716-717. Nell'affrontare la medesima tematica dell'«applicazione del diritto straniero attraverso il filtro di elementi normativi» mostra di considerare prevalenti i vantaggi in termini di ottimale estensione della tutela, in confronto a profili problematici come quello dei rinvii multipli, T. GOLOMBEK, *op. cit.*, 130-154, spec. 151-152 (v. anche 193-194).

struttura sanzionatoria, nella contrapposizione di queste tecniche all'impiego di elementi descrittivi).

Negli elementi descrittivi, per converso, *neanche in via d'ipotesi* potrebbero infatti venire in discussione situazioni di rinvio e tantomeno potrebbero presentarsi i lamentati casi di rinvio «a grappolo». E questo *indiscutibilmente costituisce un vantaggio* di tale ultima classe di elementi, che non parla tuttavia per una sua definitiva preferibilità: anche ora che ci avviamo verso le ultime battute di questa monografia, occorre ricordare la necessità di bilanciare *settore per settore* punti a favore e punti a svantaggio dell'una e dell'altra categoria di elementi tipici, potendo in taluni contesti rendersi assolutamente più conveniente il ricorso a elementi normativi, per ragioni di economia legislativa, di osmosi fra diversi tipi di norme e anche per una possibilità di previsione in forma comunque sufficientemente vincolata e tassativa.

6. Inadeguata tipicizzazione di elementi normativi e compromissione della determinatezza della definizione legale che li contiene

Qualche paradossale problema di determinatezza può derivare anche dalla concreta presenza di elementi normativi nel seno di definizioni legali.

Vale dunque la pena interrogarsi previamente sul rapporto fra norme definitorie e concetti normativi.

Le due categorie presentano senz'altro *punti di contatto*.

Sia le definizioni legali, sia le norme richiamate dagli elementi normativi si pongono infatti in un rapporto di *formale autonomia* rispetto alle fattispecie di parte speciale cui di volta in volta le une e le altre fanno rispettivamente riferimento.

Sul versante dell'*imputazione soggettiva dolosa*, poi, in rapporto all'elemento normativo e similmente alla definizione legale per comune opinione risulta equilibrata e sufficiente una conoscenza atecnica dei «substrati di fatto» dell'elemento o della definizione, che rende super-

flua una compiuta consapevolezza specialistica dei relativi «contorni giuridici»[156].

Ma le similitudini, verosimilmente, si interrompono qui e si stagliano piuttosto tre rilevanti *profili distintivi*.

Differenti innanzitutto gli *obiettivi*.

Negli elementi normativi, come ripetuto, viene in considerazione da una parte una *ratio* di «dialogo» con altre norme (giuridico-extrapenali o social-culturali), e di «adeguamento automatico» della fattispecie penale alle modificazioni di queste; dall'altra, l'interesse a strutturare il *Tatbestand* secondo un criterio di «normazione sintetica», con tutti i benefici che da questa opzione discendono (in termini di non polverizzazione casistica del messaggio precettivo, e di evitabilità di lacune normative da obsolescenza precoce, fra gli altri aspetti).

Nelle definizioni legali, invece, si realizza «una sorta di "interpretazione autentica"», che risponde all'esigenza di circoscrivere o perlomeno attenuare l'imprecisione di taluni concetti di portata generale, soddisfacendosi per tale strada precipue istanze della prassi applicativa[157].

Diverse anche le *caratteristiche logico-strutturali*: condivisibile il rilievo secondo cui mentre nel concetto normativo viene in questione l'«imputazione normativa di una conseguenza a una fattispecie, quale si riscontra in ogni proposizione giuridica autonoma e completa»; nel concetto legalmente definito si precostituisce «una convenzione normativa, strutturata […] come regola d'uso linguistico e non come regola di comportamento e qualificazione»[158].

E differenti infine le *tecniche di tipizzazione* adottate: nei concetti normativi le disposizioni *lato sensu* integratrici offrono degli «schemi di riferimento mediati da passaggi logico-normativo più articolati», in

[156] Sulla tematica della valutazione parallela nella sfera del profano *supra*, III.9.

[157] Su queste finalità delle definizioni legali, efficacemente, L. RISICATO, *op. cit.*, 93-94, che non sembra peraltro ricavare da una simile *ratio* (né da altri fattori) una ragione di chiara distinzione tra definizioni ed elementi normativi giuridici, rispetto ai quali permarrebbero anzi «evidenti affinità sostanziali» (così a 351). Sul «carattere costitutivo» di definizioni come quella di «rilevante ai fini della concessione di una sovvenzione» (§ 264, co. 8, *StGB*) I. PUPPE, *Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum* (1990), in EAD., *Strafrechtsdogmatische Analysen*, cit., 282-285.

[158] Cfr. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 237.

rapporto a definizioni legali che forniscono dal canto loro una «definizione diretta»[159].

Assodata quindi la distinzione teorica e pratica tra elementi normativi ed elementi definitori, nulla esclude peraltro che *all'interno* di una definizione legale figuri un elemento di taglio normativo: inserimento che non incide sulla natura descrittivo-linguistica della definizione, ma che può far sorgere (*a prima vista inipotizzabili*) questioni di tassatività.

Dalla definizione ci si aspetterebbe infatti la massima determinatezza possibile; ma la previsione nell'ambito di questa di infelici concetti normativi potrebbe in concreto frustrare il disegno.

Si pensi in particolare a due ipotesi e in primo luogo alle nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio di cui agli artt. 357 e 358 c.p.

Non è questa la sede per domandarsi se la concezione «funzionale-oggettiva» notoriamente sottesa a tali definizioni ai sensi della l. 86/1990 abbia realmente prodotto l'auspicato effetto di una maggiore chiarezza e uniformità applicativa[160].

Ma se tale risultato non fosse stato conseguito, come *primari responsabili* potrebbero indicarsi i due elementi di segno normativo incastonati in queste disposizioni definitorie *sub* «disciplina» («limite esterno»): e quindi i concetti di «atti autoritativi» e di «norme di diritto pubblico».

Da un lato infatti la menzione dell'autoritarietà appare «incoerente con la *ratio* della norma che cerca una qualifica nell'attività»; dall'altro, e probabilmente in modo ancora più vistoso, il richiamo alle norme di diritto pubblico manifesta «l'inopportunità di trasferire nel codice penale argomenti controversi e forse superati di teoria generale», restando dubbio se criterio di individuazione di tale genere di norme sia il rife-

[159] Ancora D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., 239, che assegna dunque alla regola definitoria un «contenuto puramente e direttamente descrittivo, proprio come una qualsiasi definizione linguistico-culturale» (238; v. altresì 290-297 per altre precisazioni e per i riflessi in tema di errore).

[160] Segnalava in ogni caso prontamente le aporie indotte dalla riscrittura di queste norme definitorie L. PICOTTI, *Le «nuove» definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 264-323.

rimento a soggetti vincolati, l'ancoraggio a dati modelli di funzionamento e tecniche organizzative o magari la previsione della procedibilità d'ufficio[161].

L'altro esempio è dato dalla definizione legale di «armi» (art. 585, co. 2, c.p.), che «dovrebbe contribuire alla descrizione secondo determinatezza/tassatività di numerose fattispecie circostanziate di reato»[162] ma che appare tradire il proponimento a causa dell'ampiezza di previsione circa «gli strumenti atti ad offendere, dei quali è dalla legge vietato il porto […] senza giustificato motivo»[163].

Anche qui, il meccanismo compromettente la determinatezza è dato dal ricorrere all'interno della norma definitoria di un elemento normativo (l'assenza di giustificato motivo) così aperto e lato[164] da far almeno in parte svanire quel «sogno» di determinatezza e di stabilizzazione ermeneutica che alimenta l'introduzione di qualsiasi definizione.

È come se il legislatore, semplicemente per l'aver dettato una definizione «agli effetti della legge penale»[165], pensasse di avere *ipso facto* risolto la questione del principio di determinatezza; mentre invece, come dovrebbe essere ovvio, tale principio può dirsi rispettato solo se i *singoli contenuti definitori* siano in se stessi convenientemente formulati; e talvolta si deve registrare che la *previsione nell'ambito della definizione* di elementi normativi giuridici – tipologia di elementi in linea

[161] Per tutti, A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 52-55.

[162] Il riferimento è agli artt. 339, 393, co. 3, 416-*bis*, co. 4, 609-*ter*, n. 2, 625, co. 1, n. 3, 628, co. 3, n. 1, 629, co. 2 c.p.

[163] Cfr. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., 38, che aggiunge come neppure le definizioni di cui agli artt. 1 e 2 della l. 18/4/1975, n. 110 siano di reale beneficio per la determinatezza del concetto di arma.

[164] Più esattamente, nel contesto del *genus* elemento normativo, il richiamo al «giustificato motivo» rientra in quella particolare (sotto)classe (così D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, cit., 99-100) data dall'illiceità speciale.

[165] O una definizione extrapenalistica ma applicabile in stretto raccordo con le disposizioni sanzionatorie penalistiche, come quella di «datore di lavoro» *ex* art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. 9/4/2008, n. 81.

generale sufficientemente determinata – può difficoltare la definizione legislativa e con ciò l'istanza di determinatezza[166].

Nel contesto di un ricco convegno bolzanino e trentino dei primi anni '90, all'atto di valutare pregi e inconvenienti dello strumento-definizione legislativa[167], non si mancò di evidenziare il rischio che le definizioni possano essere superate, estese o tradite da prassi giurisprudenziali «ribelli»[168] (di qui l'invito a riflettere sull'introduzione di un meccanismo *ad hoc*, come un ricorso diretto del cittadino alla Corte costituzionale idoneo a far valere il rispetto della norma definitoria)[169].

---

[166] Un cenno in questa direzione in M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, cit., 179, nt. 39.

[167] Fra i primi, evidentemente, l'attitudine a garantire maggiore certezza, e a puntualizzare gli equilibri consolidatisi fra i diversi organi e poteri. Fra i secondi il pericolo di una cristallizzazione dello sviluppo interpretativo dei concetti, sussistente soprattutto nella parte speciale e ancor più nella legislazione complementare [approfondimenti in F. PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in A. CADOPPI (coordinamento di), *Omnis definitio in iure periculosa?* Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, Padova, 1996, 381-390 e in F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, cit., 189-197]; nonché, si potrebbe aggiungere, un possibile pregiudizio per le istanze della «determinatezza sociale» (su questa nozione, caratteristica del pensiero di Pagliaro, *supra*, V.7 della sez. I). Un *aperturismo disincantato* in P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Die Bedeutung von Legaldefinitionen für die Anwendung des Strafrechts*, in *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, cit., 67-86, il quale nega che le definizioni siano necessariamente «il miglior mezzo» per limitare lo *ius puniendi*, nella misura in cui siano in sostanza imperniate sulla messa in risalto della *voluntas legislatoris* e della *voluntas legis*; pur non potendo esse dunque rappresentare la chiave per una legislazione conforme ai postulati dello Stato di diritto, sarebbe comunque sciocco, si precisa, disconoscerne in radice una fruibilità ermeneutica.

[168] Fra gli altri, L. STORTONI, *Relazione di sintesi*, in A. CADOPPI (coordinamento di), *Omnis definitio in iure periculosa?*, cit., 505.

[169] In questo senso F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano* (1996), in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, cit., 1709-1710 e 1720-1721. A riguardo, condividendo lo spirito del suggerimento, ma con alcune perplessità circa lo strumento tecnico, A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, in A. CADOPPI (coordinamento di), *Omnis definitio in iure periculosa?*, cit., 415-416, 421-423; e A. CADOPPI, *'La legge è uguale per tutti'. Ripensare Beccaria oggi in tema di legalità, tra* favor libertatis *e diritti fondamentali*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove*

Ebbene, la «ribellione» della prassi interpretativa nei confronti della definizione legale potrà essere fomentata, oltre che da una *aspecifica insofferenza della magistratura* verso i *dicta* parlamentari, proprio dalla *compresenza nella definizione di uno o più elementi normativi*; i quali, in se stessi di regola determinati, potrebbero se inadeguatamente tipicizzati rivelarsi nel singolo caso incubatori del germe dell'indeterminatezza, al punto da «infettare» l'intera definizione.

morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi, Padova, 2016, 135-136. Un'interessante proposta era già stata formulata da G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, V, 489-491, ipotizzando (spec. 489) che il controllo sull'osservanza delle definizioni legislative o più in generale sulla «"legalità" della incriminazione» potesse essere affidato «in alternativa alle sezioni unite della Corte di cassazione, ad un particolare ed ancor più rappresentativo consesso giudicante […] che il cittadino dovrebbe essere facultato ad investire senza dover attendere la mediazione di giudizi intermedi»; questa prospettiva è ora ripresa da A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, cit., 404; v. anche ID., *«L'interpretazione analogica» nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 235-237.

MAPPA SINTETICA DEL LIBRO

Licenzio questo lavoro, *confidando*:

di avere tematizzato l'incerta classe degli elementi tecnicamente specificati per effetto di fonti sublegislative: mettendo sul tappeto una serie di materiali dottrinali, costituzionali, legislativi; e prendendo posizione a favore di questa modalità morfologica di costruzione della fattispecie, sul presupposto del vigile rispetto di una griglia di *caveat* via via esplicitati (cap. I);

di avere fornito un contributo alla rilettura di studi classici su concetti descrittivi e concetti normativi (e simmetrici "riduzionismi"), cogliendo in quelle pagine aspetti inosservati o trascurati; e di avere al tempo stesso scoperto, in scritti di autori forse meno noti, nuove, non marginali riflessioni circa quella dicotomia, o circa la sua negazione (cap. II);

di avere dimostrato la necessità di una separazione tra normativo e descrittivo: argomentazione che poteva essere condotta solo con approccio multifattoriale, chiamando in causa una pluralità di canoni logico-concettuali e normativo-funzionali (cap. III);

di avere scandito i motivi per un'iscrizione sistematica degli elementi normativi al «fatto»: illustrazione anche qui necessariamente pluricausale, e coinvolgente quindi fondamenti politico-criminali, dogmatici, strutturali, funzionali e di diritto positivo (cap. IV);

di avere discusso il rapporto fra elementi normativi e principio di determinatezza, chiarendo le molteplici ragioni di "riavvicinamento"; ma anche evidenziando costellazioni tipologiche in cui riaffiorano profili di persistente attrito (cap. V).

BIBLIOGRAFIA

ABUKAR HAYO, Alì, *La titolarità soggettiva del diritto di punire. Vuoti e incoerenze nel sistema del diritto penale a una dimensione*, Torino, 2015

ALBEGGIANI, Ferdinando, *Disciplina dei prezzi e controllo penale*, in *Foro it.*, 1981, II, 539-542

ALBEGGIANI, Ferdinando, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*, in *Foro it.*, 1991, I, 3021-3024

AMATO, Giuliano, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, 262-274

ANGIONI, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983

ANGIONI, Francesco, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in Stefano Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 189-197

APPEL, Ivo, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998

AST, Stephan, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Berlin, 2010

BACCO, Federico, *Visioni 'a occhi chiusi': sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, in *Cardozo El. Law Bull.*, 2/2015, 1-29

BACHMANN, Jochen, *Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Berlin, 1993

BARATTA, Alessandro, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966

BARATTA, Alessandro, *Natura del fatto e giustizia materiale (Certezza e verità nel diritto)*, Milano, 1968

BARATTA, Alessandro, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443-473

BARTOLI, Roberto, *Incriminazione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 597-632

BARTOLI, Roberto, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1769-1800

BASILE, Fabio, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010

BASILE, Fabio, *Il delitto di rissa (art. 588 c.p.). Teoria e prassi*, Roma, 2014

BAUMANN, Jürgen, *Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums*, in Günter Stratenwerth e altri (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, 1974, 533-542

BECERRA MUÑOZ, José, *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Valencia, 2013

BELFIORE, Elio R., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997

BELFIORE, Elio R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005

BELFIORE, Elio R., *Errore sul fatto (dir. pen.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 2244-2249

BELFIORE, Elio R., *Giurisprudenze costituzionali e «diritto penale europeo»*, in Emilio Dolcini, Carlo Enrico Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 23-43

BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906

BELING, Ernst, *Il significato del principio: "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1931, I, 319-329

BERNASCONI, Costanza, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008

BETTIOL, Giuseppe, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco nella società italiana*, in *Quest. crim.*, 1981, 29-38

BIANCHI D'ESPINOSA, Luigi, *Introduzione*, in Roberto Odorisio, Maria Cristina Celoria, Generoso Petrella, Domenico Pulitanò, *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, 3-22

BIENENFELD, Rudolf, *Die Haftungen ohne Verschulden. Typenlehre und System der aussergeschäftlichen Obligationen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht*, Berlin, 1933

BIN, Roberto, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013

BIN, Roberto, *Giurisdizione e amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, 2013, 1505-1511

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, II ed., I, *Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1890

BIRKENSTOCK, Reinhard Georg, *Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen. Am Beispiel der Verletzung des Verkehrsverbots bedenklicher Arzneimittel unter besonderer Berücksichtigung des Bundesverfassungsgerichts*, Köln, 2004

BONDI, Alessandro, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in Alessandro Bondi, Alberto di Martino, Gabriele Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 1-110

BONINI, Sergio, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, 491-534

BONINI, Sergio, *La tutela penale dell'euro: quali aspetti simbolici? (in rapporto ai prioritari aspetti strumentali)*, in Alessandro Bernardi (a cura di), *La tutela dell'euro. Teoria e prassi. Atti del Convegno (Ferrara, 16/4/2004)*, Padova, 2005, 159-182

BONINI, Sergio, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006

BONINI, Sergio, *Art. 47*, in Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Paolo Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 322-333

BONINI, Sergio, *Il commercio di farmaci dopanti: coinvolti i principi di riserva di legge, determinatezza e offensività*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 1335-1342

BONINI, Sergio, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in *www.archiviopenale.it*, 2/2015, 1-13

BONINI, Sergio, *Ciò che è stabile e ciò che vacilla nella (centenaria) scoperta mayeriana di elementi normativi*, in Marco Mantovani e altri (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 143-153

BONZANO, Carlo, *La Consulta torna a pronunciarsi sul segreto di Stato: brevissime note in margine alla sent. n. 295 del 2002*, in *Giur. cost.*, 2002, 2137-2143

BORTOLOTTI, Dario, *Potere pubblico ed ambiente. Contributo allo studio della «etero-integrazione» di norma penale*, Milano, 1984

BOSCH, Nikolaus, *Beobachtungspflichten des Strafgesetzgebers*, in Christian Fahl e altri (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 15-28

BÖSE, Martin, *Verweisungen auf das EU-Recht und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)*, in Knut Amelung e altri (a cura di), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, 2010, 7-25

BRICOLA, Franco, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni* (1960), in Stefano Canestrari, Alessandro Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. II. *Parte speciale e legislazione complementare. Diritto penale dell'economia*, tomo I. *Parte speciale e legislazione complementare*, Milano, 1997, 1867-1918

BRICOLA, Franco, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali* (1965), in Stefano Canestrari, Alessandro Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*. *Opere monografiche*, Milano, 2000

BRICOLA, Franco, *Teoria generale del reato* (1973), in Stefano Canestrari, Alessandro Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I. *Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo I. *Dal 1960 al 1973*, Milano, 1997, 539-809

BRICOLA, Franco, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale* (1981), in Stefano Canestrari, Alessandro Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I. *Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II. *Dal 1973 al 1993*, Milano, 1997, 1407-1424

BRICOLA, Franco, *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1988), in Stefano Canestrari, Alessandro Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I. *Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II. *Dal 1973 al 1993*, Milano, 1997, 1585-1623

BRICOLA, Franco, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano* (1996), in Stefano Canestrari, Alessandro Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, vol. I. *Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II. *Dal 1973 al 1993*, Milano, 1997, 1705-1721

BRINGEWAT, Peter, *Funktionales Denken im Strafrecht. Programmatische Vorüberlegungen zu einer funktionalen Methode der Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1974

BURCHARD, Christoph, *„Irren ist menschlich". Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen*, Tübingen, 2008

BUSCH, Richard, *Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum*, in Karl Engisch, Reinhart Maurach (a cura di), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953*, München-Berlin, 1954, 165-181

CACACE, Edmondo, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni fra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. cost.*, 2011, 4825-4846

CADOPPI, Alberto, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988

CADOPPI, Alberto, *Il reato omissivo proprio*, II, *Profili dogmatici, comparatistici e* de lege ferenda, Padova, 1988

CADOPPI, Alberto, *Cento anni di diritto penale comparato in Italia* (2000), in Id., *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014, 63-109

CADOPPI, Alberto, *Simpatia*, *antipatia e diritto penale*, in Ombretta Di Giovine (a cura di), *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno (Foggia, 21-22/5/2012)*, Padova, 2013, 241-257

CADOPPI, Alberto, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, II ed., Torino, 2014

CADOPPI, Alberto, *'La legge è uguale per tutti'. Ripensare Beccaria oggi in tema di legalità, tra* favor libertatis *e diritti fondamentali*, in Giovanni Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, Padova, 2016, 131-148

CALAMANDREI, Piero, *Fede nel diritto* (1940), a cura di Silvia Calamandrei, Roma-Bari, 2008, 63-107

CANCINO, Antonio, *Crítica a la teoría de los elementos normativos del tipo*, Bogotá, 1982

CANCIO MELIÁ, Manuel, *L'adeguatezza sociale*, in Michael Pawlik, Luigi Cornacchia (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, Napoli, 2015, 103-126

CANESTRARI, Stefano, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999

CARBONI, Giuseppe, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Milano, 1970

CARLASSARE, Lorenza, *Detenzione di stupefacenti, tutela della salute, ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1972, 34-39

CARUSO, Giovanni, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009

CASONATO, Carlo, *Eccezione e regola: definizioni, fisiologie e patologie, responsabilità*, in Sergio Bonini e altri (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Napoli, 2015, 423-432

CASTRONUOVO, Donato, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012

CASTRONUOVO, Donato, *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 477-495

CASTRONUOVO, Donato, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli*, in Donato Castronuovo, Francesca Curi, Silvia Tordini Cagli, Valeria Torre, Vico Valentini, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 11-35

CATENACCI, Mauro, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in Mauro Catenacci, Guglielmo Marconi (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 289-307

CATENACCI, Mauro, *La legge sugli eco-reati ed i suoi principali nodi problematici*, in Adelmo Manna (a cura di), *Il nuovo Diritto Penale Ambientale (L. 22 maggio 2015, n. 68)*, Roma, 2016, 5-17

CELOTTO, Alfonso, *L'«abuso» del decreto-legge*, I, *Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997

CELOTTO, Alfonso, *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009

CENTONZE, Francesco, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004

CERQUETTI, Giovanni, *Teoria degli atti giuridici previsti nella norma incriminatrice*, Napoli, 1973

CERVATI, Angelo Antonio, *Disposizione e norma*, in *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 2014-2021

CHIARI, Angela, *Art. 624*, in Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Paolo Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 2389-2427

CHIAROTTI, Franco, *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, Milano, 1950

CLASS, Wilhelm, *Grenzen des Tatbestandes (Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einziger] Teil: Die Lehre vom Tatbestand)* (1933), Frankfurt am Main, 1977

CONSO, Giovanni, *Falsa incolpazione di un fatto che per legge posteriore cessa dal costituire reato*, in *Giur. it.*, 1949, II, 33-36

CONSORTE, Francesca, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013

CONTENTO, Gaetano, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, V, 484-491

COPPARI, Roberto, *Errore su un elemento normativo del fatto e buona fede nelle contravvenzioni*, in *Giur. mer.*, 1971, II, 243-253

COPPI, Franco, *Prefazione* a Alì Abukar Hayo, *La titolarità soggettiva del diritto di punire. Vuoti e incoerenze nel sistema del diritto penale a una dimensione*, Torino, 2015, IX-XII

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales*, in Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo (a cura di), *Constitución y sistema penal*, Madrid, 2012, 153-173

CORN, Emanuele, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013

CORNACCHIA, Luigi, *Ein unausrottbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, 575-607

CUPELLI, Cristiano, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012

CUPELLI, Cristiano, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 505-512

CUPELLI, Cristiano, *Gli atti aventi forza di legge in materia penale, la delega fiscale e* i soliti sospetti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 1-9

CURI, Francesca, *Tertium datur. Dal* common law *al* civil law. *Per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003

D'ALESSANDRO, Francesco, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012

D'AMICO, Marilisa, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 315-376

DARNSTÄDT, Thomas, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, in *JuS*, 1978, 441-447

DE FERRARI, Carolina, Doping: *applicabilità delle fattispecie penali e rispetto del principio di tassatività*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 216-221

DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004

DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 985-993

DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12-18

DELITALA, Giacomo, *Il "fatto" nella teoria generale del reato* (1930), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976

DELITALA, Giacomo, *Responsabilità e pena* (1962), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 669-681

DELITALA, Giacomo, *Cesare Beccaria e il problema penale* (1964), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 685-697

DEMKO, Daniela, *Zur "Relativität der Rechtsbegriffe" in strafrechtlichen Tatbeständen*, Berlin, 2002

DEMURO, Gian Paolo, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano, 2010

DE PELLEGRINI, Claudia, *Art. 726 c.p.*, in Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Paolo Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 2913-2916

DE PRETIS, Daria, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995

DE SANTIS, Giovanni, *Il dolo eventuale come adesione volontaria alla lesione del bene: le SS.UU. «Thyssen» e il commiato dalla formula dell'accettazione del rischio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 640-665

DE SANTIS, Giovanni, *La tutela penale dell'ambiente dopo la legge n. 68/2015: un percorso compiuto a metà?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 2075-2104

DETZNER, Madeleine, *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht" und die Einführung einer Beweislastumkehr. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts am Beispiel des Subventionsbetrugs gem. §§ 264, 263 StGB*, Frankfurt am Main, 1998

DIETMEIER, Frank, *Blankettstrafrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Marburg, 2002

DI GIOVINE, Ombretta, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006

DI GIOVINE, Ombretta, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, I, 1-23

DOLCINI, Emilio, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in Giovanni Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 61-75

DONINI, Massimo, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Ind. pen.*, 1989, 145-176

DONINI, Massimo, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991

DONINI, Massimo, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993

DONINI, Massimo, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996

DONINI, Massimo, *«Fatto» e «autore» nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in Emilio Dolcini, Carlo Enrico Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1525-1543

DONINI, Massimo, *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in Massimo Donini, Renzo Orlandi (a cura di), *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, 233-272

DONINI, Massimo, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011

DONINI, Massimo, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'*ignorantia legis, in Luigi Foffani e altri (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, 173-191

DONINI, Massimo, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2012, 51-74

DONINI, Massimo, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 95-136

DONINI, Massimo, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penale contemporaneo.it*, 2016, 1-37

DOPSLAFF, Ulrich, *Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale*, in *Goltdammer's Arch.*, 1987, 1-26

DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999

EICHMANN, Fritz, *Der Vorsatz bei normativen Tatbstandselementen*, Breslau, 1929

EISELE, Jörg, *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.*, in Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesezbuch. Kommentar*, XXIX ed., München, 2014, 136-196

ENDERLE, Bettina, *Blankettstrafgesetze. Verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen*, Frankfurt am Main, 2000

ENDRULAT, Bastian, *Der "Umgekehrte Rechtsirrtum": Untauglicher Versuch oder Wahndelikt? Überlegungen zu einem speziellen Irrtumsproblem anhand von Dogmen der allgemeinen Irrtumslehre, des Schuldprinzips und des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts*, Berlin, 1994

ENGISCH, Karl, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in Karl Engisch, Reinhart Maurach (a cura di), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953*, München-Berlin, 1954, 127-163

ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, II ed., Heidelberg, 1968

ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, VIII ed., Stuttgart, 1983

ERB, Volker, *Die Unvereinbarkeit der "Zufallsurkunde" mit einem dogmatisch konsistenten Urkundenbegriff*, in Hans-Ullrich Paeffgen e altri (a cura di), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 1107-1118

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Cizur Menor, 2009

FELDER, Ekkehard, *Rechtsfindung im Spannungsverhältnis von sprachlicher Vagheit und Präzision. Der Sprachhandlungsansatz der juristischen Textarbeit*, in Ralph Christensen, Bodo Pieroth (a cura di), *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht. Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller*, Berlin, 2008, 73-92

FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 493-524

FERRAJOLI, Luigi, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, 125-131

FERRAJOLI, Luigi, *Cesare Beccaria: un pensiero giuridico costituente e militante*, in *Antigone*, 3/2014, 11-22

FERRAJOLI, Luigi, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014

FIANDACA, Giovanni, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984

FIANDACA, Giovanni, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, Torino, 1991, 152-160

FIANDACA, Giovanni, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, I, 2630-2637

FIANDACA, Giovanni, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008

FIANDACA, Giovanni, *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 107-129

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II. *I delitti contro il patrimonio*, VII ed., Bologna, 2015

FIORE, Carlo, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 380-394

FIORE, Carlo, *Brevi note su limiti e funzioni della dommatica penale nel tempo presente*, in *Crit. dir.*, 2013, 498-507

FIORE, Carlo, FIORE, Stefano, *Diritto Penale. Parte Generale*, V ed., Torino, 2016

FIORE, Stefano, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007

FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München-Frankfurt am Main, 1911

FLETCHER, George P., *Grammatica del diritto penale* (1998), trad. ed ed. it. a cura di Michele Papa, Bologna, 2004

FOIS, Sergio, *Nota* a *Corte cost., 18/1/1958*, *n. 4*, in *Giur. cost.*, 1958, 17-27

FOFFANI, Luigi, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997

FORNASARI, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990

FORNASARI, Gabriele, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in Alfonso M. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 249-254

FORNASARI, Gabriele, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993

FORNASARI, Gabriele, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in Emilio Dolcini, Carlo Enrico Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 265-282

FORNASARI, Gabriele, *Il principio di legalità*, in Gabriele Fornasari, Antonia Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012, 1-29

FORNASARI, Gabriele, *Il reato*, in Gabriele Fornasari, Antonia Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012, 39-108

FORNASARI, Gabriele, *Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 143-155

FORTI, Gabrio, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in Cristina de Maglie, Sergio Seminara (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale. Atti del Convegno (Pavia, 10-12/5/2001)*, Milano, 2002, 67-106

FORTI, Gabrio, *La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica*, in *Criminalia*, 2013, 39-58

FREUND, Georg, *Urkundenstraftaten*, II ed., Heidelberg, 2010

FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht. Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*, Heidelberg, 1993

FROSALI, Raul Alberto, *Sistema penale italiano. Parte prima. Diritto penale sostanziale*, I, Torino, 1958

GABOARDI, Andrea, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in Gaetana Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità. Atti del seminario tenutosi a Pisa il 20-21 giugno 2014*, Torino, 2015, 83-131

GALLO, Marcello, *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 750-804

GALLO, Marcello, *Appunti di Diritto Penale. La Legge Penale*, Torino, 1972

GALLO, Marcello, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014

GALLO, Marcello, *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014

GALLO, Marcello, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016

GAMBARDELLA, Marco, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008

GARGANI, Alberto, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand*. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997

GARGANI, Alberto, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 571-591

GARGANI, Alberto, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'riforma della disciplina sanzionatoria' (art. 2 l. 28.4.2014 n. 67)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2015, 1-25

GARGANI, Alberto, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in Luigi Foffani, Renzo Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, 103-131

GARSTKA, Hansjürgen, *Generalklauseln*, in Hans-Joachim Koch (a cura di), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, 1976, 96-123

GATTA, Gian Luigi, Abolitio criminis *e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008

GIANNITI, Francesco, *L'oggetto materiale del reato*, Milano, 1965

GIUNTA, Fausto, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993

GIUNTA, Fausto, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 845-863

GIUNTA, Fausto, *I contorni del «disastro innominato» e l'ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 3539-3544

GIUNTA, Fausto, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, tomo II, Milano, 2008, 1151-1163

GOLOMBEK, Tine, *Der Schutz ausländischer Rechtsgüter im System des deutschen Strafanwendungsrechts*, Berlin, 2010

GRASSO, Pietro Giuseppe, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1971

GRISPIGNI, Filippo, *Diritto penale italiano*, vol. II. *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, ristampa invariata della II ed. con l'aggiunta di una appendice, Milano, 1950

GROSSI, Paolo, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti,* Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007)*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, tomo II, 2009, 1899-1912

GROSSO, Carlo Federico, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961

GROSSO, Carlo Federico, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 125-137

GROSSO, Enrico, «Ad impossibilia nemo tenetur»*: la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2004, 97-105

GROTTO, Marco, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012

GRÜNHUT, Max, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in August Hegler (a cura di), *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, I, Tübingen, 1930, 1-32

GUARINIELLO, Raffaele, *Nota* a *Trib. Bari, 24/10/2003*, in *Foro it.*, 2004, II, 88-89

GUARNERI, Giuseppe, *Diritto penale e influenze civilistiche. Saggio su alcuni concetti della parte generale del diritto penale*, Milano, 1947

GUASTINI, Riccardo, *Disposizione vs. norma*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 235-251

GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Figuras y pensamientos del Derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, 2014

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, a cura di Gabriele Fornasari, Alessandra Macillo, Napoli, 2015

HAAS, Volker, *Methodische, rechtstheoretische und materiell-rechtliche Anmerkungen zum normativen bzw. unbestimmten Rechtsbegriff*, in Hans-Ullrich Paeffgen e altri (a cura di), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 93-104

HALL, Karl Alfred, *Die normativen Tatbestandselemente der Aussetzung*, in *SchwZStr*, 1932, 328-365

HARTMANN, Frank, *Das methodologische Denken bei Karl Larenz. Eine Analyse und Kritik*, Frankfurt am Main, 2001

HASSEMER, Winfried, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale* (2009), trad. ed ed. it. a cura di Domenico Siciliano, Bologna, 2012

HEGER, Martin, *Zur Europarechtsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere des deutschen Umweltstrafrechts*, in Id. e altri (a cura di), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, 2014, 669-689

HEGLER, August, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *ZStW*, 1914, 19-44, 184-232

HEGLER, August, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in Id. (a cura di), *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, I, Tübingen, 1930, 251-338

HEINRICH, Bernd, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, in Manfred Heinrich e altri (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, 449-465

HELLMANN, Uwe, *Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-)Strafrechts*, in Knut Amelung e altri (a cura di), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, 2010, 169-191

HERBERGER, Maximilian, *Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, in Hans-Joachim Koch (a cura di), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, 1976, 124-154

HERZBERG, Rolf D., *Tatbestands- oder Verbotsirrtum?*, in *Goltdammer's Arch.*, 1993, 439-459

HILGENDORF, Eric, *Was heißt «normativ»? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel*, in *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Baden-Baden, 2011, 45-61

HIRSCH, Hans Joachim, *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*, in Emilio Dolcini, Carlo Enrico Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 387-402

HOFMANN, Fritz, *Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestands im Strafrecht*, Breslau, 1930

INFANTE, Enrico, *Partecipazione al capitale e tutela dell'attività di vigilanza (artt. 169 e 171 d.lg. n. 58/1998)*, in Adelmo Manna (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000, 248-311

INFANTE, Enrico, SALCUNI, Giandomenico, *Diritto penale del comportamento e disvelamento della necessaria «politicità» del giudizio degli esperti. Abbandono dell'integrazione del precetto penale ad opera di fonti secondarie «tecniche»?*, in *Annali dell'Università degli Studi di Foggia*, Milano, 2005, 1153-1199

INSOLERA, Gaetano, *La produzione del "penale": tra governo e parlamento maggioritario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 1-13

ISFEN, Osman, *"Das Leben ist wie ein Schneeball" oder Strafrechtliche Relevanz von enttäuschten Zukunftserwartungen im Wirtschaftsverkehr*, in Manfred Heinrich e altri (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, 989-1003

JENNY, Guido, *Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, in *ZStrR*, 1990, 241-258

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*. *Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996

KARPEN, Hans-Ulrich, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, Berlin, 1970

KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954

KAUFMANN, Arthur, *Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962*, in *ZStW*, 1964, 543-581

KAUFMANN, Arthur, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, München, 1982

KIM, Il-Su, *Der Gesetzlichkeitsgrundsatz im Lichte der Rechtsidee*, in Bernd Schünemann e altri (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, 119-143

KINDHÄUSER, Urs, *Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale*, in *Jura*, 1984, 465-478

KINDHÄUSER, Urs, *Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum*, in *Goltdammer's Arch.*, 1990, 407-423

KIRSCH, Florian Alexander, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs*, Berlin, 2014

KLATT, Matthias, *Die Wortlautgrenze*, in Hans Kudlich e altri (a cura di), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, 2012, 121-142

KNIERIM, Thomas C., *Zivil- und verwaltungsrechtliche Akzessorietät der Vermögensdelikte im Kreditwesen*, in Heinz Schöch e altri (a cura di), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 617-638

KOHLMANN, Günter, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses (§ 93 StGB und § 99 Abs. 1 StGB a.F.) und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (Art. 103 Abs. 2 GG)*, Köln-Marienburg, 1969

KÖLBEL, Ralf, *Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung*, in *Goltdammer's Arch.*, 2002, 403-423

KREY, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin, 1983

KRÜGER, Herbert, *Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht*, I, in *ZStW*, 1935, 591-664

KUDLICH, Hans, "*Gesetzesumgehung*" *und andere Fälle teleologischer Lückenschließung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Ermittlung der sog. "Wortlautgrenze"*, in Matthias Jahn e altri (a cura di), *Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2010, 93-116

KUDLICH, Hans, *"Regeln der Grammatik", grammatische Auslegung und Wortlautgrenze*, in Hans-Ullrich Paeffgen e altri (a cura di), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 123-135

KÜHL, Kristian, *Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht*, in Wilfried Küper (a cura di), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin-New York, 1987, 815-861

KÜHL, Kristian, *Anmerkungen zum Bestimmtheitsgrundsatz*, in Hendrik Schneider e altri (a cura di), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Berlin, 2008, 61-79

KÜHL, Kristian, *Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht*, in Ulrich Sieber e altri (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 29-46

KÜHL, Kristian, *Das Profil des Strafrechts*, in Winfried Hassemer e altri (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 275-289

KUHLEN, Lothar, *Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot*, in Gerhard Dannecker e altri (a cura di), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln, 2007, 89-105

KUHLEN, Lothar, *Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes*, in Hans Kudlich e altri (a cura di), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, 2012, 429-443

KUNERT, Karl Heinz, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958

KUNZE, Christoph, *Das Merkmal "unbefugt" in den Strafnormen des Besonderen Teils des StGB*, Berlin, 2014

KÜPER, Wilfried, *Das "Beruhen" der Arglosigkeit auf Wehrlosigkeit beim Heimtücke-Mord*, in Christian Fahl e altri (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 467-479

LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996

LAGODNY, Otto, *Rechtswissenschaft als «Kampfsport»*, in Stefan Hiebl e altri (a cura di), *Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009*, Baden-Baden, 2009, 339-345

LAGODNY, Otto, *Strafrechtsdogmatik und Strafrechtsdidaktik auf der Suche nach dem Wortlaut des Gesetzes*, in Martin Böse, Detlev Sternberg-Lieben (a cura di), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2009, 51-66

LAMPE, Ernst-Joachim, *Inwieweit ist ein globales Strafrecht wissenschaftlich begründbar?*, in Martin Heger e altri (a cura di), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, 2014, 815-829

LANGE, Richard, *Literaturbericht. Strafrecht – Allgemeiner Teil*, in *ZStW*, 1951, 456-506

LANZI, Alessio, *La «autorizzazione indebitamente ottenuta» nella struttura della fattispecie penale valutaria*, in *Riv. dir. econ. val.*, 1981, 23-33

LARENZ, Karl, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), Milano, 1966

LAUER, Eva, *Der Irrtum über Blankettstrafgesetze am Beispiel des § 106 UrhG*, Bonn, 1997

LAZZARO, Giorgio, *Diritto e linguaggio comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 140-181

LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Nota del traductor* di Max Ernst Mayer, *Filosofia del Derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2015, 9-10

LEMMEL, Hans-Peter, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970

LENCKNER, Theodor, *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege"*, in *Jur. Schul.*, 1968, 249-257

LEVI, Nino, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949

LICCI, Giorgio, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, III ed., Torino, 2013

LOHBERGER, Ingram Karl, *Blankettstrafrecht und Grundgesetz*, München, 1968

LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus (Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi)*, 1999, 25-32

LOSAPPIO, Giuseppe, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2007, 51-63

LOSAPPIO, Giuseppe, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 1-26

LÜDERSSEN, Klaus, *Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum*, in *wistra*, 1983, 223-231

LÜDERSSEN, Klaus, *Die Wiederkehr der "Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken" – Eine Warnung*, in Udo Ebert e altri (a cura di), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin-New York, 1999, 487-499

LUNGHINI, Giacomo, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in Emilio Dolcini, Carlo Enrico Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 409-436

LUTHER, Jörg, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, 673-699

LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990

LUZZATI, Claudio, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005

LUZZATI, Claudio, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, Torino, 2010

MAGGIORE, Giuseppe, *Diritto penale*, vol. I. *Parte generale (Art. 1 - Art. 240)*, tomo I, V ed., Bologna, 1949

MAGGIORE, Giuseppe, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1949, I, 3-29

MAIWALD, Manfred, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in Friedrich-Christian Schroeder, Heinz Zipf (a cura di), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 9-23

MANES, Vittorio, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giur. cost.*, 2012, 3474-3482

MANES, Vittorio, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 154-187

MANKOWSKI, Peter, BOCK, Stefanie, *Fremdrechtsanwendung im Strafrecht durch Zivilrechtsakzessorietät bei Sachverhalten mit Auslandsbezug für Blanketttatbestände und Tatbestände mit normativem Tatbestandsmerkmal*, in *Goltdammer's Arch.*, 2008, 704-758

MANNA, Adelmo, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, 389-408

MANNA, Adelmo, *«L'interpretazione analogica» nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 219-237

MANNA, Adelmo, *Sono davvero eliminabili o, comunque, riducibili le c.d. interpretazioni discordanti?*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2015, 385-393

MANNOZZI, Grazia, *Le parole del diritto penale. Un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1431-1473

MANSO PORTO, Teresa, *Cuestiones paradójicas del principio de legalidad*, in Eduardo Montealegre, José Antonio Caro John (a cura di), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, 2008, 125-140

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2001

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007

MANTOVANI, Ferrando, *Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale*, in *Criminalia*, 2013, 645-649

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015

MANTOVANI, Ferrando, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Pisa, 2015

MANTOVANI, Marco, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003

MANZIN, Maurizio, *Per un approccio multidisciplinare allo studio del principio di non contraddizione*, in Federico Puppo (a cura di), *La contradizion che nol consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010, 9-20

MARINUCCI, Giorgio, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965

MARINUCCI, Giorgio, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971

MARINUCCI, Giorgio, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali* (1983), in Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 177-233

MARINUCCI, Giorgio, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in Giovanni Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 219-240

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 802-820

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, V ed. aggiornata da Emilio Dolcini, Gian Luigi Gatta, Milano, 2015

MARRA, Gabriele, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata nell'era del disincanto penalistico*, in *Studi in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 273-304

MASERA, Luca, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007

MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Discrezionalità amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl.*, III, Milano, 2006, 1993-2003

MATTHEUDAKIS, Matteo, *Art. 588*, in Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Paolo Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 2024-2028

MAYER, Hellmuth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967

MAYER, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen* (1903), Darmstadt, 1965

MAYER, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, 1915

MAYER, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, II inalterata ed., Heidelberg, 1923

MAZZA, Oliviero, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 3464-3474

MAZZACUVA, Nicola, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 774-822

MAZZACUVA, Nicola, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di diritti fondamentali?*, in Emilio Dolcini, Carlo Enrico Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 437-453

MELCHIONDA, Alessandro, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, in Alberto Cadoppi (coordinamento di), *Omnis definitio in iure periculosa?* Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, Padova, 1996, 391-429

MELCHIONDA, Alessandro, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000

MENGONI, Luigi, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1-9

MERRY, Alan, MCCALL SMITH, Alexander, *L'errore, la medicina e la legge* (2001), ed. it. a cura di Paolo Girolami, Milano, 2004

MESSINA, Salvatore, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, s.d. (ma 1947)

MEYER-GOSSNER, Lutz, *Jurist mit schlechtem Gewissen?*, in Martin Heger e altri (a cura di), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, 2014, 61-68

MEZGER, Edmund, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für Ludwig Traeger*, Berlin, 1926, 187-197

MEZGER, Edmondo [Edmund], *Diritto penale* (*Strafrecht*) (1933), trad. it. di Filippo Mandalari, Padova, 1935

MEZZETTI, Enrico, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2015

MICHELETTI, Dario, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006

MICHELETTI, Dario, *La determinatezza della fattispecie di cui all'art. 348 c.p. e lo statuto costituzionale della norma integratrice*, in *Giust. pen.*, 2012, II, 456-466

MICHELETTI, Dario, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, 619-639

MIR PUIG, Santiago, *Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert. Zum Verhältnis von Tatbestand und Norm*, in Holm Putzke e altri (a cura di), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen, 2008, 55-72

MITTASCH, Helmut, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939

MOCCIA, Sergio, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'*Alternativ-Entwurf *e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli, 1984

MOCCIA, Sergio, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001

MOCCIA, Sergio, *Intervento*, in Massimo Donini (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del Convegno (Modena, 14-15 dicembre 2001)*, Milano, 2003, 315-320

MOLL, Dietmar, *Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung? Eine Untersuchung zur strafrechtskonstituierenden Wirkung des EG-Rechts unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an Blankettverweisungen*, Göttingen, 1998

MONTIEL, Juan Pablo, *Grundlagen und Grenzen der Analogie* in bonam partem *im Strafrecht*, Berlin, 2014

MORELLI, Francesco, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014

MORGANTE, Gaetana, *Note critiche in tema di illiceità espressa ed illiceità speciale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani. Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001 (stampa 2002), 559-581

MORGANTE, Gaetana, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002

MORGANTE, Gaetana, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013

MORRIS, Oisín, *Die normative Restriktion des Heimtückebegriffes auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen*, Berlin, 2010

MORRONE, Andrea, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, 185-204

MORUZZI, Sebastiano, *Vaghezza. Confini, cumuli e paradossi*, Roma-Bari, 2012

MÜLLER-DIETZ, Heinz, *Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht?*, in Albin Eser e altri (a cura di), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, 179-192

MÜLLER-MAGDEBURG, Cornelia, *Die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Blankettnormen*, Aachen, 1999

NAGLER, Johannes, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, II, Leipzig, 1911, 273-385

NAKA, Yoshikatsu, *Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes*, in *Juristenzeitung*, 1961, 210-211

NAPOLEONI, Valerio, *Mutamento di giurisprudenza* in bonam partem *e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai* dicta *della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 3-4/2012, 164-176

NAUCKE, Wolfgang, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973

NEUMANN, Oskar, *Das Blankostrafgesetz. Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts*, Breslau, 1908

NEUMANN, Ulfrid, *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsgerichtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot). Überlegungen im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum "Präzisierungsgebot,, (BVerfGE 126, 170)*, in Christian Fahl e altri (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 197-211

NOTARO, Domenico, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010

NUVOLONE, Pietro, *I limiti taciti della norma penale* (1947), ristampa, Padova, 1972

NUVOLONE, Pietro, *Premessa alla ristampa*, in Id., *I limiti taciti della norma penale* (1947), Padova, 1972, 1-30

NUVOLONE, Pietro, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982

OLGIATI, Francesco, *Postilla* a Hans Welzel, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, 71-76

ONIDA, Valerio, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giur. cost.*, 2013, 1494-1498

ORSINA, Amalia, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale. Il Tusl come laboratorio di soluzioni al problema dell'esposizione professionale ad agenti patogeni*, Torino, 2015

OSSENBÜHL, Fritz, *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1967, 401-408

OSSENBÜHL, Fritz, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, Bad Homburg v.d.H., 1968

OTTO, Harro, *Die Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes für die Auslegung nicht strafrechtlicher Bezugsnormen*, in Hendrik Schneider e altri (a cura di), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Berlin, 2008, 81-95

OTTO, Harro, *Rechtsgüterschutz und Fremdheitsbegriff der §§ 242, 246 StGB*, in Christian Fahl e altri (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 507-520

PACIFICI, Roberta, *Gli aspetti farmacotossicologici del doping*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 159-165

PACILEO, Vincenzo, *Principio di legalità e fonti mediate di diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 2191-2198

PADOVANI, Tullio, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in Stefano Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 95-100

PADOVANI, Tullio, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1302-1318

PADOVANI, Tullio, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012

PADOVANI, Tullio, Jus non scriptum *e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014

PAGLIARO, Antonio, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960

PAGLIARO, Antonio, *L'altruità della cosa nei delitti contro il patrimonio* (1965), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. IV. Altri scritti - II*, Milano, 2009, 361-381

PAGLIARO, Antonio, *Fatto (diritto penale)* (1967), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, Milano, 2009, 521-535

PAGLIARO, Antonio, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale* (1969), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, Milano, 2009, 289-302

PAGLIARO, Antonio, *La droga e il diritto penale europeo* (1973), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. IV. Altri scritti - II*, Milano, 2009, 553-572

PAGLIARO, Antonio, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali* (1977), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, Milano, 2009, 389-401

PAGLIARO, Antonio, *Regole della citazione faziosa* (1984), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. IV*, *Altri scritti - II*, Milano, 2009, 579-580

PAGLIARO, Antonio, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato* (1985), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, Milano, 2009, 563-586

PAGLIARO, Antonio, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale,* dolus in re ipsa *ed errore su legge extrapenale)* (1991), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, Milano, 2009, 605-613

PAGLIARO, Antonio, *Testo e interpretazione nel diritto penale* (2000), in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, *vol. III. Altri scritti - I*, Milano, 2009, 467-480

PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003

PAGLIARO, Antonio, *Il reato*, Milano, 2007

PALAZZO, Francesco, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974

PALAZZO, Francesco, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979

PALAZZO, Francesco, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 338-370

PALAZZO, Francesco, *Consumo e traffico degli stupefacenti (Profili penali)*, II ed., Padova, 1994

PALAZZO, Francesco, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in Alberto Cadoppi (coordinamento di), *Omnis definitio in iure periculosa?* Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, Padova, 1996, 381-390

PALAZZO, Francesco, *Introduzione ai princìpi del diritto penale*, Torino, 1999

PALAZZO, Francesco, *Il diritto penale tra giustizia e legalità*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani. Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001 (stampa 2002), 589-597

PALAZZO, Francesco, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 277-288

PALAZZO, Francesco, *Legalità (dir. pen.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, 3373-3384

PALAZZO, Francesco, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della* regula iuris, in Giuliano Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 49-76

PALAZZO, Francesco, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in Emilio Dolcini, Carlo Enrico Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 515-538

PALAZZO, Francesco, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1033-1061

PALAZZO, Francesco, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011

PALAZZO, Francesco, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 4/2013, 143-173

PALAZZO, Francesco, *La sentenza* Contrada *e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1061-1067

PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016

PALAZZO, Francesco, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 1-11

PALAZZO, Francesco, PAPA, Michele, *Lezioni di diritto penale comparato*, III ed., Torino, 2013

PALIERO, Carlo Enrico, *«Minima non curat praetor».* Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985

PALIERO, Carlo Enrico, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220-1250

PALIERO, Carlo Enrico, *Presentazione* di Grazia Mannozzi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, VII-XI

PALIERO, Carlo Enrico, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099-1132

PAPA, Michele, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997

PAPATHANASIOU, Konstantina, *Die Widerspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters. Vorschlag eines verfassungsbezogenen Kriteriums als Alternative zur Parallelwertung in der Laiensphäre*, in Manfred Heinrich e altri (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, 467-486

PAPATHANASIOU, Konstantina, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Eine Verortung der subjektiven Zurechnung innerhalb der verfassungsrechtlichen Koordinaten des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Schuldprinzips*, Berlin, 2014

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *La justificación de las leyes penales*, Valencia, 2013

PARODI GIUSINO, Manfredi, *Sulla legittimità costituzionale della legislazione penale in materia di stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 1978, 371-406

PARODI GIUSINO, Manfredi, *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2002, 433-483

PAUL, Wolfgang, *Die strafrechtliche Ahndung im Seeverkehrsrecht. Ein Beitrag zur Ausfüllung strafrechtlicher Blankettgesetze*, Köln, 1965

PAZZAGLIA, Annalisa, *L'ordinanza n. 659 del 1988: un'occasione perduta per valutare nuovamente la legittimità costituzionale della disciplina del controllo dei prezzi?*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3059-3064

PECORARO-ALBANI, Antonio, *Il reato di costruzione edilizia senza licenza, in particolare dell'errore su legge extrapenale*, in *Riv. giur. edil.*, 1959, II, 41-75

PECORARO-ALBANI, Antonio, *Riserva di legge - regolamento - norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 762-828

PECORELLA, Claudia, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008

PEDRINI, Federico, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013

PERINI, Chiara, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010

PETROCELLI, Biagio, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933

PETROCELLI, Biagio, *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 369-379

PETROCELLI, Biagio, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 337-397

PETRONE, Marino, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980

PETRONE, Marino, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 151-214

PICOTTI, Lorenzo, *Le «nuove» definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 264-323

PICOTTI, Lorenzo, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993

PICOTTI, Lorenzo, *"Dolo specifico" und Absichtsdelikte. Der sog. Handlungszweck zwischen gesetzlicher Formulierungstechnik und dogmatischen Begriffen*, in Georg Freund e altri (a cura di), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, 363-388

PICOTTI, Lorenzo, *Il «volto costituzionale» del diritto penale ed il contributo della dottrina penalistica italiana*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, vol. I. *I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, Napoli, 2014, 639-657

PICOTTI, Lorenzo, *Zwischen 'spezifischem' Vorsatz und subjektiven Unrechtselementen. Ein Beitrag zur typisierten Zielsetzung im gesetzlichen Tatbestand*, Berlin, 2014

PIERGALLINI, Carlo, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004

PIERGALLINI, Carlo, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in Massimo Donini, Massimo Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 327-364

PIOLETTI, Giovanni, *I giuochi proibiti e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1968, 1455-1464

PISA, Paolo, SCOPINARO, Lucia, *Segreto di Stato e notizie riservate: un'interpretazione costituzionalmente corretta in attesa della riforma del codice penale*, in *Giur. cost.*, 2002, 2130-2137

PITTARO, Paolo, *Principio di tassatività ed elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2152-2159

PLATE, Hartwig, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker. Seine Lehren zur Begriffs- und Systembildung*, Berlin, 1966

POLLÄHNE, Helmut, *Grenzen des Ungehorsamsstrafrechts*, in Christian Fahl e altri (a cura di), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 39-53

POPITZ, Heinrich, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe*, Tübingen, 1968

PROSDOCIMI, Salvatore, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993

PULITANÒ, Domenico, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65-124

PULITANÒ, Domenico, *Il buon costume*, in Roberto Odorisio, Maria Cristina Celoria, Generoso Petrella, Domenico Pulitanò, *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, 165-229

PULITANÒ, Domenico, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976

PULITANÒ, Domenico, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010

PULITANÒ, Domenico, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012

PULITANÒ, Domenico, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giur. cost.*, 2013, 1498-1505

PULITANÒ, Domenico, *Discrasie nel mondo penalistico*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 341-352

PULITANÒ, Domenico, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015

PULITANÒ, Domenico, *'Dommatica' e giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2015, 4277-4292

PULITANÒ, Domenico, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 665-685

PULITANÒ, Domenico, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 1-12

PULITANÒ, Domenico, *In dialogo con "Luciano Eusebi,* La Chiesa e il problema della pena*, Milano, 2014"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 1-14

PUPPE, Ingeborg, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz* (1989), in Ead., *Strafrechtsdogmatische Analysen*, Göttingen, 2006, 79-99

PUPPE, Ingeborg, *Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum* (1990), in Ead., *Strafrechtsdogmatische Analysen*, Göttingen, 2006, 265-307

PUPPO, Federico, *Logica* fuzzy *e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 631-656

PUPPO, Federico, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012

PUPPO, Federico, *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica tra tendenze 'conservatrici' e 'innovatrici'*, Roma, 2013

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *El problema penal. La tensión entre teoría y praxis en derecho penal*, Madrid, 2012

RAABE, Andreas, *Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Blankettstrafgesetzen am Beispiel der unzulässigen Marktmanipulation*, Berlin, 2007

RADBRUCH, Gustav, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in August Hegler (a cura di), *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, I, Tübingen, 1930, 158-173

RAFFINI, Luca, *La democrazia deliberativa come risposta alla crisi della partecipazione?*, in Cahiers *di Scienze Sociali*, giugno 2015, 46-74

RAMACCI, Fabrizio, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970

RAMACCI, Fabrizio, *I delitti di omicidio*, III ed., Torino, 2008

RAMACCI, Fabrizio, *Corso di diritto penale*, V ed., ristampa riveduta ed aggiornata a cura di Roberto Guerrini, Torino, 2015

RAMPIONI, Roberto, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, 2007

RANSIEK, Andreas, *Bestimmtheitsgrundsatz, Analogieverbot und § 370 AO*, in Ulrich Sieber e altri (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 171-188

RENZIKOWSKI, Joachim, *Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie*, in Dieter Dölling, Volker Erb (a cura di), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, Heidelberg, 2002, 3-13

RESCIGNO, Giuseppe Ugo, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di Cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della* lex mitior *in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giur. cost.*, 2012, 3795-3821

RICKERT, Heinrich, *System der Philosophie*, I, *Allgemeine Grundlegung der Philosophie*, Tübingen, 1921

RIONDATO, Silvio, *Plurivocità persuasiva di fonti e formanti del diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 1315-1326

RISICATO, Lucia, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004

RIZ, Roland, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2012

ROCCO, Arturo, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl. e della pubbl. amm. in It.*, 1909, 385-419

ROCCO, Arturo, *Sul così detto carattere "sanzionatorio" del diritto penale*, Torino, 1910

ROMANO, Mario, *"Repressione della condotta antisindacale". Profili penali*, Milano, 1974

ROMANO, Mario, *«Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39-53

ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del codice penale*, I, *Art. 1-84*, III ed., Milano, 2004

ROMANO, Mario, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in Giuliano Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 29-48

ROMANO, Mario, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 538-558

ROMANO, Mario, *Dogmatica e politica criminale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 783-798

ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni, *Commentario sistematico del codice penale*, II, *Art. 85-149*, IV ed., Milano, 2012

ROOS, Christoph, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung. Zugleich ein Beitrag zur Analyse latenter richterlicher Wertungen in Entscheidungsgründen*, Berlin, 2000

ROTSCH, Thomas, *Zum Begriff der Wegnahme beim Diebstahl*, in *Goltdammer's Arch.*, 2008, 65-77

ROXIN, Claus, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959

ROXIN, Claus, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1973), a cura di Sergio Moccia, Napoli, 1986

ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, 2008

ROXIN, Claus, *Über Tatbestands- und Verbotsirrtum*, in Ulrich Sieber e altri (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 375-390

ROXIN, Claus, *Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord*, in Heinz Schöch e altri (a cura di), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 741-757

RUGA RIVA, Carlo, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, 1-18

RUGGIERO, Gianluca, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti fra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli, 2011

RUGGIERO, Giuseppe, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, I, *Lineamenti generali*, Napoli, 1965

SAFFERLING, Christoph J.M., *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Tübingen, 2008

SALCUNI, Giandomenico, *"Ondate" securitarie e "argini" garantistici*, in *Cass. pen.*, 2009, 2671-2688

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Die Bedeutung von Legaldefinitionen für die Anwendung des Strafrechts*, in Hans Kudlich e altri (a cura di), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, 2012, 67-86

SANTAMARIA, Dario, *Prospettive del concetto finalistico di azione* (1955), in Mario La Monica (a cura di), *Dario Santamaria. Scritti di diritto penale*, Milano, 1996, 11-103

SARTARELLI, Stefania, *La sentenza n. 21 del 2009 ovvero la «tendenza salvifica» della Corte costituzionale rispetto alle disposizioni del t.u. sull'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2009, 1215-1226

SARTARELLI, Stefania, *Sulle "tracce" del favor rei nella discrezionalità penale*, Bologna, 2012

SAUER, Wilhelm, *Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart, 1940

SBRICCOLI, Mario, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Luciano Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 485-551

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, in *ZStW*, 1960, 369-396

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum*, in *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle. Zum 250jährigem Bestehen des Oberlandesgerichts Celle dargebracht von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen*, Göttingen, 1961, 175-206

SCHEFFLER, Uwe, *Von Pilzen, die keine Pflanzen, von Kolibris, die Dinosaurier, und von Walen, die Fische sind. Zu biologischer Fachsprache und Wortsinngrenze im Strafrecht*, in Hans-Ullrich Paeffgen e altri (a cura di), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 217-241

SCHENKE, Wolf-Rüdiger, *Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen*, in Peter Oberndorfer, Herbert Schambeck (a cura di), *Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft. Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag*, Berlin, 1980, 87-126

SCHIAFFO, Francesco, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998

SCHIAFFO, Francesco, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012

SCHLÜCHTER, Ellen, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1983

SCHLÜCHTER, Ellen, *Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB*, in *Jur. Schul.*, 1985, 373-380, 527-530, 617-621

SCHLÜCHTER, Ellen, *Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum – BayObLG, NJW 1992, 2306*, in *Jur. Schul.*, 1993, 14-20

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in Peter Selmer, Ingo von Münch (a cura di), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin-New York, 1987, 231-247

SCHNEIDER, Hendrik, *Unberechenbares Strafrecht. Vermeidbare Bestimmtheitsdefizite im Tatbestand der Vorteilsannahme und ihre Auswirkung auf die Praxis des Gesundheitswesens*, in Hendrik Schneider e altri (a cura di), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Berlin, 2008, 331-350

SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, 1976

SCHROTH, Ulrich, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt am Main, 1994

SCHULZ, Joachim, *Parallelwertung in der Laiensphäre und Vorsatzbegriff. Skizzen zur Dogmengeschichte eines dogmatischen Kuriosums*, in Id., *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, a cura di Günter Bemmann, Gabriele Zwiehoff, Berlin, 2007, 223-235

SCHUSTER, Frank Peter, *Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten. Eine Untersuchung zum Allgemeinen Teil im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Berlin, 2012

SCHWEIKERT, Heinrich, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957

SEARLE, John R., *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* (1969), Torino, 2009

SEELMANN, Kurt, *Le "strutture logiche delle cose" di Hans Welzel e la dottrina del diritto naturale*, in Michael Pawlik, Luigi Cornacchia (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, Napoli, 2015, 21-37

SEMINARA, Sergio, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in Stefano Canestrari, Luigi Foffani (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa? Atti del Convegno (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002)*, Milano, 2005, 219-253

SEMINARA, Sergio, *Il delitto tentato*, Milano, 2012

SGUBBI, Filippo, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193-1200

SGUBBI, Filippo, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in Adelmo Manna (a cura di), *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Pisa, 2016, 133-136

SIEVERTS, Rudolf, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Hamburg, 1934

SILVA, Chiara, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas*, in Eduardo Montealegre, José Antonio Caro John (a cura di), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, 2008, 201-213

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, Buenos Aires, 2009

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, II ed., Montevideo-Buenos Aires, 2010

SINISCALCO, Marco, Ratio *di «certezza» e* ratio *di «garanzia» nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1969, 993-999

SPADARO, Antonino, *La «norma» – o piuttosto la «situazione normativa» – quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto «dottrinale» che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996, 778-791

SPASARI, Mario, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966

SPASARI, Mario, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 50-54

SPASARI, Mario, *Fatto e reato nella dommatica del codice e della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1104-1149

STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003

STERNBERG-LIEBEN, Detlev, SCHUSTER, Frank, *§ 15*, in Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesezbuch. Kommentar*, XXIX ed., München, 2014, 246-340

STILO, Leo, *Gli elementi normativi della fattispecie penale – Un problema di linguaggio giuridico*, in *Il nuovo dir.*, 2002, 111-118

STÖCKEL, Heinz, *Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht*, Neuwied, 1966

STORTONI, Luigi, *Stupefacenti*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, 562-579

STORTONI, Luigi, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1313-1350

STORTONI, Luigi, *Relazione di sintesi*, in Alberto Cadoppi (coordinamento di), *Omnis definitio in iure periculosa?* Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, Padova, 1996, 499-506

STÜBINGER, Stephan, *Das "idealisierte" Strafrecht. Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozessrechtslehre*, Frankfurt am Main, 2008

TIEDEMANN, Klaus, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969

TIEDEMANN, Klaus, *Zur Gesetzgebungstechnik im Wirtschaftsstrafrecht*, in Andreas Hoyer e altri (a cura di), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, 641-647

TIEDEMANN, Klaus, *Generalklauseln im Wirtschaftsstrafrecht – am Beispiel der Unlauterkeit im Wettbewerbsstrafrecht –*, in Klaus Bernsmann, Thomas Fischer (a cura di), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*, Berlin, 2011, 685-700

TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, IV ed., München, 2014

TISCHLER, Werner Georg, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems*, Berlin, 1984

TORRE, Valeria, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013

TRAPANI, Mario, *Legge penale, I) Fonti*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1-13

VALBONESI, Cecilia, *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del* crimen colposum, Firenze, 2014

VALENTINI, Vico, *La ricombinazione genica della legalità penale:* biotechnological strengthening *o manipolazione autodistruttiva?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 1-33

VALLINI, Antonio, *Errore di diritto e profili descrittivi del fatto: spunti per un ripensamento della categoria degli elementi normativi, nel contesto di un approccio "problematico" all'art. 47, 3° co., c.p.*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani. Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Torino, 2001 (stampa 2002), 743-755

VALSECCHI, Alfio, *La Corte costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, 1-3

VANDELLI, Luciano, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Bologna, 2006

VASSALLI, Giuliano, *Il contributo di Filippo Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, in *Studi in memoria di Filippo Grispigni*, Milano, 1956, 367-405

VASSALLI, Giuliano, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 529-565

VASSALLI, Giuliano, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 535-543

VASSALLI, Giuliano, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 278-329

VENTUROLI, Marco, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015

VICICONTE, Gaetano, *Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle «norme in bianco»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 996-1006

VIGNUDELLI, Aljs, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011

VINCIGUERRA, Sergio, *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano, 1974

VINCIGUERRA, Sergio, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689. Infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983

VINCIGUERRA, Sergio, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, II ed., Padova, 2009

VINCIGUERRA, Sergio, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche possibile rimedio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 195-208

VISCONTI, Costantino, *Determinatezza della fattispecie penale e bilanciamento degli interessi*, in *Foro it.*, 1995, I, 2773-2782

VOGLIOTTI, Massimo, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011

VOGLIOTTI, Massimo, *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI, Milano, 2013, 371-435

VOGLIOTTI, Massimo, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica contemporanea*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, tomo I, 2015, 131-181

VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1938), in Julius Hermann von Kirchmann, Erik Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, 1-35

VON WEBER, Hellmuth, *Vom Subsumtionsirrtum*, in *Goltdammer's Arch.*, 1953, 161-166

VORMBAUM, Thomas, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, II ed., trad. it. di Giorgia Oss, Sara Porro, Padova, 2013

VORMBAUM, Thomas, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, 1-34

VOß, Monika, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989

WALTER, Tonio, *Ist Steuerstrafrecht Blankettstrafrecht?*, in Ulrich Sieber e altri (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, 969-990

WARDA, Heinz-Günter, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin, 1955

WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, 1935

WELZEL, Hans, *Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung*, in *Juristenzeitung*, 1952, 19-20

WELZEL, Hans, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, 31-70

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, XI ed., Berlin, 1969

WOLF, Erik, *Strafrechtliche Schuldlehre*, I, *Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre*, Mannheim, 1928

WOLF, Erik, *Der Sachbegriff im Strafrecht. Beiträge zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts*, in Otto Schreiber (a cura di), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, V, *Strafrecht und Strafprozeß*, Berlin, 1929, 44-71

WOLF, Erik, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, in *Festschrift für Max Pappenheim zum 50. Jahrestag seiner Doktorpromotion*, Breslau, 1931, 379-439

WOLF, Erik, *Il carattere problematico e necessario della scienza del diritto* (1953), in Julius Hermann von Kirchmann, Erik Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, 37-71

ZACCARIA, Giuseppe, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Una travagliata apologia della legge*, in Piero Calamandrei, *Fede nel diritto* (1940), a cura di Silvia Calamandrei, Roma-Bari, 2008, 3-23

ZOLL, Andrzej, *Der Grundsatz der Bestimmtheit von Straftatbeständen in der Rechtsprechung des polnischen Verfassungsgerichtshofes*, in Felix Herzog, Ulfrid Neumann (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 647-658

ZORN, Alexandra, *Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB – ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?*, Berlin, 2013

ZUCCALÀ, Giuseppe, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)

2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)

3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)

4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)

5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della* potentia Dei absoluta *in Giordano Bruno*. Prefazione di Diego Quaglioni - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)

6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)

7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)

8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)

9. BANNITI NOSTRI TEMPORIS. *Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)