UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXXII ciclo

Tesi di Dottorato

Rilievi sulla concezione gradualistica di tipicità e tecniche di tipizzazione penale

Relatore
Prof. Antonio Vallini

Dottorando
Claudia Cantisani

anno accademico 2018/2019

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Claudia Cantisani

Rilievi sulla concezione gradualistica di tipicità e tecniche di tipizzazione penale

Relatore Prof. Antonio Vallini

Anno Accademico 2018/2019

Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e Filosofia del diritto

XXXII ciclo

Esame finale: 10/03/2020

Commissione esaminatrice:

Prof.ssa Claudia Pecorella, Università di Milano-Bicocca
Prof. Davide Petrini, Università di Torino
Prof.ssa Francesca Ruggieri, Università di Insubria

INDICE

Pag.

ABSTRACT ..... p. 05

CAPITOLO PRIMO
TIPICITA' ED ILLECITO PENALE

1. Tipicità ..... p. 07
2. Pensare per "tipi" ..... p. 09
3. La costruzione del tipo giuridico: la fattispecie ..... p. 10
4. La fattispecie come formalizzazione di una scelta di valore ..... p. 15
5. Il rapporto tra la norma giuridica e la realtà fenomenica ..... p. 17
6. Introduzione alla tipicità penale: i punti essenziali del prosieguo dell'indagine ..... p. 20
7. Il ruolo della sanzione nell'interno congegno della norma penale ..... p. 22
8. L'avveramento dei presupposti della norma penale: l'illiceità del fatto ..... p. 32
8.1. Segue: L'illiceità come realizzazione della fattispecie ..... p. 34
9. Breve sintesi dei punti che precedono ..... p. 44
10. Alcuni profili del legame tra tipicità e principio di legalità nelle sue plurime accezioni ..... p. 46
11. Conclusioni ..... p. 52

CAPITOLO SECONDO
LA CONCEZIONE GRADUALISTICA DELLA TIPICITA'

1. Recenti sviluppi in tema di tipicità: la tipicità "stratificata" ..... p. 55
1.1. Segue: *la gradualità dell'illecito* ..... p. 61

2. Il concetto di "sottofattispecie" graduata ed i suoi caratteri di *specialità* .... p. 72
2.1. Segue: la specialità "graduata". ..... p. 74
2.2. Segue: I casi "dubbi" ..... p. 80
2.3. Segue: Le intuizioni positive nella teoria della sottofattispecie speciale per diversa gravità..... p. 85
2.4. Segue: *I suoi errori* ..... p. 87
3. Il ruolo della sanzione nella nozione cd. *estesa* di fattispecie ..... p. 91
4. La sottofattispecie come modello delle fattispecie cd. "*qualificate*" ..... p. 98
4.1. Segue: *la "qualificazione*": *una novità o un'estensione della fattispecie semplice?* ..... p. 101
5. Conclusioni: sull'opportunità di risolvere il problema sul piano delle tecniche di tipizzazione p.108

CAPITOLO TERZO

LA TECNICA DI TIPIZZAZIONE ESEMPLARE

1. Brevi ed essenziali cenni alla disciplina delle cause di modificazione della pena in Germania..... p.113
2. Ipotesi „dubbie" nel sistema tedesco: la loro riconducibilità alla cd. „sottofattispecie" p.122
2.1. Segue: Le fattispecie dei gruppi di fattispecie..... p.122
2.2. Segue: I Regelbeispiele..... p.124
2.3. Segue: I punti di contatto tra le fattispecie dei "gruppi di fattispecie" e i Regelbeispiele..... p.127
3. L'esemplificazione come modello tecnico-legislativo p.129
4. I "sotto-tipi" nella teoria belinghiana: notazioni sintetiche sulla tipicità rispetto al rapporto tra precetto e sanzione. p.132
5. Il criterio tipologico come strumento che più si attaglia alla rappresentazione gradualistica della fattispecie p.136
6. La dibattuta natura dei *Regelbeispiele* e la nozione ampia di *Tatbestand*.... p.139
7. Bilancio sulle caratteristiche dei sistemi italiano e tedesco..... p.147

7.1. Segue: le "sottofattispecie" esemplificative come strumento di chiarificazione formale sulla natura delle fattispecie dubbie e/o come alternativa ad alcune circostanze del reato p.151
8. Conclusioni p.157

BIBLIOGRAFIA p.159

ABSTRACT

Dalla lettura di alcune trattazioni sulla tipicità penale, che ne hanno proposto una ricostruzione gradualistica ([1]), è sorto l'interesse per l'approfondimento e la comprensione del fondamento dogmatico e metodologico di un simile approccio.

Il fine della nostra ricerca è dimostrare che, sebbene quest'ultimo abbia colto aspetti importanti, concernenti il rapporto tra tipicità e discrezionalità giudiziale, esso non è giunto, tuttavia, a conclusioni coerenti con le proprie premesse di partenza, incorrendo, anzi, in errori di metodo – alcuni già oggetto di critica in passati contributi scientifici ([2]) – ed in equivoci teorici.

In primo luogo, dunque, ci siamo proposti di rilevare le incongruenze dell'indirizzo in parola, al fine di avviare un'operazione di chiarimento concettuale della tipicità.

In secondo luogo, abbiamo inteso cogliere di esso le suggestioni positive, per avanzare proposte dirette alla risoluzione di problemi concernenti la distinzione tra elementi costitutivi e circostanze.

Tali problemi, noti al nostro ordinameno soprattutto con riferimento ad alcune fattispecie "qualificate" di dubbia natura (su cui, da ultimo, Cass. Pen. S.U. 24 settembre 2018, n. 40982), si rivelano strettamente legati alla nozione di *specialità*, e a quella di *sottofattispecie*, mutuate la prima, dal dato codicistico-formale, e la seconda, dagli orientamenti a favore di un'anticipazione dell'aspetto gradualistico-quantitativo - naturalmente legato alla commisurazione giudiziale della sanzione penale – già all'interno dei confini formali della fattispecie astratta, ove la definizione dei margini della punibilità sono, invece, di esclusiva competenza legislativa.

Anticipando i punti di arrivo della ricerca, riteniamo che la soluzione ai problemi originati dalla confusione concettuale tra tipicità e discrezionalità giudiziale vada

[1] Intendiamo riferirci, in particolare, all'opera di ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, nel contributo del quale trova espressione la tipicità cd. *stratificata* (pp. 346 e ss); dello stesso autore, anche *Dialogo breve sulla tipicità penale,* in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino, 2017, pp. 3 e ss. Con riferimento al *reato* la concezione gradualistica non rappresenta una novità, né nella letteratura italiana: si veda, per tutti, PALIERO, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. In particolare, si veda *The "tipicità" classificatoria nell'ipotesia ordinale*, in Id., 2009.

[2] CARUSO, *La discrezionalità giudiziale*, pp. 659 e ss.

trovata sul piano tecnico-legislativo: attraverso, cioè, l'adozione di nuove tecniche di tipizzazione della parte speciale del codice penale.

L'approdo alla tesi che intendiamo sostenere è stato sollecitato dallo studio comparato del sistema tedesco, nell'ambito del quale sono state rinvenute non soltanto problematiche analoghe a quelle conosciute nel nostro ordinamento, e alle quali poc'anzi abbiamo fatto cenno, ma anche una particolare tecnica di tipizzazione delle fattispecie fondata sul metodo tipologico-esemplificativo.

Soffermandoci sulle peculiarità di tale tecnica, con specifico riguardo alle fattispecie codicistiche rispetto alle quali essa ha trovato applicazione, abbiamo notato che i tratti di ambivalenza che la connotano – per essere questa una via di mezzo tra la tipizzazione casistica e le clausole generali – potrebbero essere "sfruttati" a vantaggio di una più chiara rappresentazione dei rapporti fra quelle fattispecie sulla cui natura si dibatte, non essendo univoco se esse siano dotate di autonoma tipicità – capaci, cioè, di fondare la punibilità della condotta in esse descritta - o risultino solamente "derivate" e in grado di incidere, quindi, sui soli effetti sanzionatori.

Come rilevato al principio, la nostra indagine ha privilegiato l'approfondimento teorico dei fondamenti del gradualismo, a parziale sacrificio dell'analisi degli aspetti empirici a cui vorremmo che la ricerca giungesse.

Essa assolve pertanto la funzione di fare chiarezza su alcune tappe salienti nella ricostruzione teorica del problema trattato, potendo allo stato attuale solo proporsi di procedere verso l'ulteriore studio dei problemi di redazione legislativa di alcune fattispecie di parte speciale, vagliati alla luce delle applicazioni giurisprudenziali.

CAPITOLO PRIMO

TIPICITA' E ILLECITO PENALE

1. Tipicità. – 2. Pensare per "tipi". – 3. La costruzione del tipo giuridico: la fattispecie. – 4. La fattispecie come formalizzazione di una scelta di valore. – 5. Il rapporto tra la norma giuridica e la realtà fenomenica. – 6. Introduzione alla tipicità penale: i punti essenziali del prosieguo dell'indagine. – 7. Il ruolo della sanzione nell'interno congegno della norma penale. - 8. L'avveramento dei presupposti della sanzione penale: l'*illiceità* del fatto – 8.1. *Segue*: l'illiceità come realizzazione della fattispecie - 9. Breve sintesi dei punti che precedono. – 10. Alcuni profili del legame tra tipicità e principio di legalità nelle sue plurime accezioni. – 11. Conclusioni.

1. *Tipicità.*

Quando parliamo di tipicità ci riferiamo ad un particolare *modo* di pensare e di rappresentare la realtà. In particolare facciamo riferimento alla rappresentazione "per tipi", alla *tipizzazione* ([3]).

Senza entrare ancora nel merito di che cosa esattamente debba intendersi per *tipo*, preme qui mettere in luce che questo *modo* di rappresentare la realtà non solo ci informa di un *processo* rappresentativo – sotteso appunto a ciò che definiamo *tipico* - ma designa, altresì, il *carattere* di un precipuo modo di pensare e configurare la realtà.

Ciò, in primo luogo, segnala l'ambivalenza del termine: per un verso indicante un *giudizio*, per altro, il suo *esito*. In secondo luogo pone il lavoro di fronte

[3] L'espressione è per il momento volutamente generica ed imprecisa. Intendiamo qui alludere alla capacità iconografica delle rappresentazioni dotate di "tipicità", sul punto PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in *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,* a cura di G. Cocco, Wolters Kluwer CEDAM, 2016, pp. 158 e ss., e, più in particolare, all'opera di vera e propria costruzione in cui si compendia la tipizzazione: essa provvede alla trasformazione di concrete esperienze di vita in modelli ideali di comportamento, cfr. anche BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992, p. 6. Essa è "il procedimento descrittivo e dunque la descrizione per tipi legali che corrisponde alla caratteristica essenziale della fattispecie. L'esito di questo procedimento è la tipicità e cioè la descrizione del fatto per tipi legali", così DEAN, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2006, p. 142.

all'interrogativo che segue: se questa ambivalenza determini la irriducibile inconciliabilità dei due aspetti indicati, o se possa invece risolversi in una loro sintesi.

Benché la tipicità venga associata, in ambito giuridico, soprattutto nel ramo penalistico, al principio di legalità, riteniamo che essa sia dotata di alcuni profili costanti, che le permettono di esistere non solo in ordinamenti di tipo giurisprudenziale ([4]), ma anche in settori non penalistici ([5]), se non addirittura extragiuridici ([6]).

A questi profili intendiamo preliminarmente dedicarci.

---

[4] RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa, e cd. giurisprudenza „creativa",* Padova, 2007, p. 66. Questa precisazione ci permette di introdurre già da ora una riflessione sull'opportunità di distinguere tra fonte della norma e carattere qualificante della medesima. La tipicità trova corrispondenza nel nostro ordinamento, orientato al principio di legalità – in particolare in materia penale – con una particolare accezione del predetto principio (la riserva di legge), dovendo i reati trovare la propria fonte nel dettato legislativo. Ma tale corrispondenza non è che una contingenza, storicamente condizionata e relativa alle caratteristiche di un particolare ordinamento. Sul punto condividiamo dunque il rilievo di VASSALLI, voce *Tipicità*, in *Enciclopedia del Diritto,* XLIV, Milano, 1992, p. 536; si veda anche VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* in *Digesto delle discipline penalistiche,* VIII, Torino, 1994, pp. 282-283; in senso analogo CAMMARATA, *La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio*, vol. I, Modena 1930, p. 48, di cui riportiamo il pensiero: "*La natura o qualità della fonte della norma non interviene assolutamente nella posizione del rapporto meramente obiettivo tra norma e attività pratica come regola (esclusiva) e regolato: le figure di qualificazione giuridica non hanno alcuna relazione logica con una speciale natura di fonte di norme di condotta. E' chiaro perciò che il criterio della fonte si rivela del tutto estraneo alla genesi logica della qualificazione giuridica".* Giudichiamo pertinente anche la ricostruzione di tipicità assegnata dal Moro, secondo la quale questa si riferirebbe preliminarmente alla struttura dell'atto, necessariamente giuridica, prima ancora che legale (il carattere giuridico non implica il profilo legale), in MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, p. 135.

[5] GALLO, *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Rivista italiana*, 1999, p. 773, in cui si afferma che l'illecito penale e quello civile si differenziano per la modalità di tipicizzazione, più dettagliata nel primo, sommaria nel secondo (si pensi all'art. 2043 c.c.). Per il Vassalli, costituirebbero un'indebita svalutazione della tipicità penale sia il totale appiattimento della stessa sul principio del *nullum crimen sine lege*, con vanificazione della sua funzione di orientamento per l'interpretazione della parte speciale, sia la "bagatellizzazione" di ogni differenza rispetto agli altri illeciti, come, appunto, quello civile, si veda VASSALLI, *Il contributo di F. Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, in *Studi in memoria di Filippo Grispigni*, Milano, 1956, pp. 374-375.

[6] La conferma ci deriva dalle numerose trattazioni sul "tipo" e sulla costruzione tipologica che ci provengono da altri rami della scienza: in ambito storico, ZITTEL, *Der Typus in der Geschichtswissenschaft*, in *Studium generale*, 1952, pp. 378 e ss.; in ambito psicologico, KRETSCHMER, *Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem,* in *Studium Generale*, 1951 (7), p. 399; in filosofia, HEYDE, *Typus. Ein Beitrag zur Typologik*, in *Studium Generale*, 1952 (4), p. 235; STRACHE, *Pensare per standards – un contributo alla tipologia*, trad. it. a cura di P. Femia e R. Favale, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995; nelle scienze sociali HEMPEL-OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden, 1936 (il contributo citato non è stato ancora tuttavia oggetto di analisi).

2. *Pensare per "tipi".*

Ammettendo che la tipicità possa essere definita nei termini sopra enunciati, come un particolare modo, cioè, di pensare e rappresentare la realtà, è nel *pensare tipologico* che occorre trovare le costanti della materia trattata.

Nel linguaggio comune l'aggettivo *tipico* viene solitamente associato ai concetti di ripetizione e di particolarità: il termine viene sovente usato, infatti, per designare non solo ciò che tende a ripetersi con una certa regolarità ([7]), bensì anche ciò che riceve una definizione per le caratteristiche che lo rendono diverso dalle altre manifestazioni della realtà.

Già questi pochi ed essenziali aspetti rivelano l'utilità della tipizzazione – del rappresentare tipologico - sul piano euristico: si tratta, infatti, di un'operazione finalizzata all'individuazione dei caratteri essenziali comuni a plurimi oggetti, mediante contestuale stralcio di quanto di essi appaia contingente ed irripetibile ([8]).

Si tratta, a ben vedere, di un procedimento di progressiva astrazione ([9]), preceduto da una fase necessariamente comparativa ([10]).

Il risultato di questo processo non potrà che sostanziarsi in una *selezione* di dati, condotta sulla base di criteri predeterminati.

Divenuto strumento e oggetto di studio nei più diversi ambiti (v. *retro*) – dall'analisi dei quali esula la presente trattazione – il *tipo* ([11]) è, ai limitati fini della nostra

---

[7] IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 175 e ss.

[8] BEDUSCHI, *op. cit.*, p. 15. Ponendo in evidenza questo aspetto l'autore si avvale del criterio definitorio aristotelico del genere prossimo e della differenza specifica, intendendosi con il primo termine il predicato essenziale comune a cose che differiscono di specie e con il secondo ciò che distingue una specie dall'altra (cit. letteralmente), da ABBAGNANO, voce *Definizione*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, p. 260; anche ZITTEL, *cit.*, p. 380; IRTI, *Un diritto, cit.*, p. 175. In senso analogo anche GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, pp. 11 e ss.

[9] STRACHE, *op. cit.,* p. 23, evidenzia tuttavia i tratti differenziali dei rispettivi processi di formazione.

[10] PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie,* Padova, 1979, pp. 347 e ss.

[11] Il termine "tipo" fa riferimento ad un particolare modo di acquisire la conoscenza di un oggetto. Esso è indefinibile, benchè dotato di caratteri che permettono di distinguerlo da altri modi di strutturare il pensiero, tra i quali si annovera, per esempio, il "concetto". Chi ha trattato il tema ha – non a caso - ricostruito il significato del tipo ponendolo in relazione con il pensiero concettuale: attraverso le differenze è infatti possibile cogliere i profili essenziali del primo e comprenderne la funzione nel processo conoscitivo (in particolare, nel processo ermeneutico). Rinviando a più autorevoli contributi sulla predetta distinzione, segnaliamo nuovamente STRACHE, *cit*., pp. 38 e ss.; sull'opera citata, cfr. l'utile sinossi di ROSSETTI, *Standard e tipo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1997, pp. 653 e ss.; DE NOVA, *Il tipo contrattuale,* Padova,1974, pp. 120 e ss.

ricerca, un riferimento utile per essere questo il risultato, sul piano conoscitivo, di una *semplificazione*, di un'operazione di *riduzione* ([12]): rappresenta l'approdo, cioè, di una sintesi concettuale, in grado di racchiudere un coefficiente di *senso* necessario. Tanto premesso, non ci sembra imprudente affermare che la costruzione tipologica possa ritenersi prodromica ad ogni processo di razionalizzazione ([13]).

3. *La costruzione del tipo giuridico: la fattispecie.*

Posto che la tipizzazione implica una riduzione ad unità condotta su criteri uniformi – questo, dunque, il carattere *relativo* del procedimento di cui stiamo trattando – nulla è detto ancora della valenza giuridica di tale operazione.
Per leggere la tipicità come processo di razionalizzazione in termini *giuridici* occorre pensare quest'ultimo avvinto alla norma giuridica ([14]).

Anche KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi, Vivarium, Napoli, 2013, pp. 61 e ss. Anche ZIPPELIUS, *Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen*, in *Festschrift für K. Engisch,* Frankfurt am Main, 1969, pp. 224 e ss. Esso rappresenta uno strumento utile sul piano interpretativo e applicativo in ragione della maggiore concretezza che guadagna rispetto al concetto; rimanendo ancorato al perimetro linguistico della fattispecie, il tipo è il mezzo conoscitivo, il parametro che permette di ricostruirne l'area semantica, governandone l'apertura al caso concreto. Essendo esso legato al confine linguistico della fattispecie, il tipo non può considerarsi autonomo. Questa precisazione permette di fugare il rischio che attraverso il tipo vengano aperte strade a concezioni intuizionistiche di reato, così PALAZZO, *Principio, cit.*, pp. 356 e ss. Osserva l'Autore che lo stesso fondamento del tipo nella natura delle cose pecca di eccessiva evanescenza, né supera le critiche mosse alle tesi di stampo soggettivistico. Il presunto ancoraggio ontologico del tipo alla natura delle cose non elide i tratti di relativismo che appaiono alfine propri anche di tale criterio. Per un ancoraggio del tipo alla natura della cosa, KAUFMANN, *ult. op. cit.*, p. 61 e ss. Sulla *Natur der Sache* come strumento di conoscenza o fonte del diritto, tra i contributi analizzati si annoverano ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Archivio giuridico*, 1921, pp. 129 e ss.; MORRA, *Natura delle cose,* in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1965, pp. 34 e ss.; ENGISCH, *Zur "Natur der Sache" im Strafrecht*, in *Festschrift für Schmidt*, Göttingen, 1961, pp. 90 e ss.; LARENZ, *Originäre Rechtssachverhalte,* in *Festschrift für G. Husserl,* 1969, pp. 132 e ss.

[12] Nuovamente, IRTI, *ult. op. cit*., p. 174.

[13] BEDUSCHI, *cit*., p. 8, il quale afferma che nel procedimento di tipizzazione si manifesta una forma di razionalità che non lavora sui concetti bensì li *instaura*. Si tratta dunque di un processo che crea le premesse di un sistema. Il problema della tipicità, secondo l'Autore, cade sull'aspetto "creativo" del pensiero: assorbe, cioè, una componente intuitiva che, pur sfuggendo alla ragione, è allo stesso tempo sorretta da un coefficiente minimo di raziocinio. Sul punto anche STRACHE, *op. cit*., p. 27 e pp. 43-44.

[14] Diamo qui per risolto il problema sotteso alla nozione di diritto come insieme di *norme*. Ricondurre l'esperienza giuridica alla normazione non è, infatti, l'unico modello teorico. Ad esso si affiancano almeno altre due ricostruzioni, rispettivamente volte ad intendere il diritto come *istituzione* e come *rapporto*. Esponente della tesi del diritto come istituzione è Santi Romano, il quale compendia la propria nozione di diritto nella combinazione di: società, ordine e organizzazione. Si può dire, in modo piuttosto sintetico, che secondo la predetta concezione si ha diritto quando vi è un'organizzazione di una società ordinata, un ordine sociale organizzato. Nell'organizzazione risiede l'istituzionalizzazione che rende *giuridico* l'ordine sociale. Nel sistema del Romano le norme

Ai fini di ciò che concerne il nostro lavoro intendiamo in primo luogo prendere atto di un duplice dato: anche il processo che governa la giuridicizzazione degli accadimenti naturalistici implica una particolare *presa di posizione,* l'adozione, cioè, di un punto di vista che regoli la selezione dei dati fenomenici. Inoltre il criterio di giudizio è *relativo* ([15]) al contesto storico-istituzionale di riferimento, in quanto è

---

svolgono un ruolo secondario, assolvendo una funzione meramente dichiarativa. La giuridicità, dunque, è trovata (non attribuita) dalla norma. Risulta evidente, allora, che la giuridicizzazione viene concepita non come un processo operante dall'esterno del fenomeno sociale, intervenendo sui fatti, bensì è un *fatto* essa stessa. Condivide l'origine sociale della ricostruzione appena esposta la teoria del diritto come *rapporto*, sorta a cavallo tra il XVII e il XVIII secolo, sulla scorta del giusnaturalismo ed ispirata ad una concezione individualistica del diritto. Se ne differenzia tuttavia in quanto, secondo questa teoria, per aversi diritto è sufficiente il rapporto intersoggettivo: il diritto non è che il prodotto della volontà dei singoli individui. Tra gli esponenti più eminenti di questo modello si annovera Immanuel Kant, il quale pone a fondamento del proprio concetto di diritto il rapporto tra due arbitrii. Il fenomeno giuridico riguarda in primo luogo la relazione pratica di una persona verso l'altra, potendo le azioni (individuali) incidere vicendevolmente le une sulle altre. Per maggiori approfondimenti, si vedano BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 7 e ss.; sul pensiero del Romano e di Wilhelm Windelband, si veda IRTI, *ult. op. cit.,* pp. 172 e ss. Nel trattare la teoria di Santi Romano, per la quale, come visto, *"il fatto, ponendosi esso stesso come diritto, non attende alcun giudizio esterno"* (*cit*. p. 204), Irti introduce elementi di correzione, traendo spunto, in particolare, dal contributo di Wilhelm Windelband. Secondo il pensiero di quest'ultimo il significato giuridico è dettato, attribuito, deciso dalla volontà umana, non incombendo su di essa. Ciò che governa la giuridicizzazione dei fatti è la *coscienza normativa*: una particolare prospettiva - una presa di posizione - che regola la selezione dei fatti attribuendo loro rilevanza giuridica (p. 207). Intendendo per effettività il costituirsi del fatto, che *"col suo proprio esistere, giudica se stesso"*, Irti evidenzia che in un caso soltanto effettività e coscienza normativa vengono a coincidere: nella *consuetudine.* Per le riflessioni di teoria generale, segnaliamo BOBBIO, voce *Consuetudine (teoria gen.),* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano, 1961, pp. 427 e ss. Per i rapporti tra consuetudine e norma penale, in particolare, rinviamo a MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.*), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 506. Per una disamina storica sulle varie fasi del diritto, VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del Diritto*. *Annali*, VI, Milano, 2013, pp. 371 e ss. Per un recupero della matrice sociale del diritto, GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003, p. 36.

A proposito del termine di cui ci avvarremo nel prosieguo della trattazione – il termine "norma" – precisiamo di intendere questa come fonte formale intesa nella sua dimensione statica, pur consapevoli della particolare accezione che la distingue dalla "disposizione". La differenza che intercorre tra *disposizione* e *norma*, dotata di proprio significato nella letteratura italiana di diritto costituzionale, soprattutto a partire dall'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi, è quella che passa tra la determinazione volontaria diretta ad un destinatario specifico, corrispondente alla formulazione di un precetto giuridico contenuto in un atto normativo, e il contenuto normativo che si fa discendere dalla disposizione mediante interpretazione; si tratta di una distinzione finalizzata alla valorizzazione del ruolo interpretativo giudiziale, sul punto CERVATI, *Disposizione e norma,* in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006, p. 2014; cfr. anche CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del Diritto,* XIII, Milano, 1964, pp. 195 e ss.

[15] Ben si attagliano al ragionamento sopra esposto le considerazioni di Nuvolone per quanto concerne la differenza tra i concetti di unità e di pluralità nella trattazione del concorso di reati e del concorso di persone. L'Autore rileva (riportamo letteralmente) come non appena la realtà naturale diviene materia di valutazione, essa acquista un valore relativo al punto di vista da cui ci si muove per la valutazione, da NUVOLONE, *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1959, p. 1086.

adottato dalle autorità che nel sistema giuridico via via preso in esame sono investite di questo potere (abbiamo già visto che potrebbe non trattarsi del legislatore).

La comprensione di questi due asserti ci permette di procedere oltre e affermare, in secondo luogo, non soltanto che è proprio la scelta del criterio ad attribuire alla selezione un profilo di *normatività*, ma anche che per aversi giuridicizzazione – selezione, cioè, in termini giuridici - occorre che quel criterio consista in una norma giuridica ([16]).

La norma giuridica rappresenta, cioè, lo strumento con cui viene a compiersi l'estrazione, dalla realtà dei fatti naturalistici, di ciò che acquisterà rilevanza per il diritto. Essa opera su un duplice fronte: *seleziona* (sceglie) i fatti, isolandone solo alcuni, e li raccoglie nella tipicità di uno schema, dando luogo, così, ad una *figura normativa* ([17]).

Descritta in questi termini, la tipizzazione non solo implica un procedimento di selezione ma anche trova sbocco nell'esito di tale giudizio ([18]), che viene

---

[16] CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto*, Tolentino, 1929, pp. 24 e ss. in cui la norma viene rappresentata come "*criterio di valutazione in termini di regolarità; regolarità che si pone non come un quid che è, ma come un quid che dev'essere: tolto, infatti, l'elemento della necessità pratica, la norma non è più, logicamente tale, ma una mera costruzione intellettualistica, la rappresentazione astratta di una uniformità di categorie".*

[17] A proposito dell'acquisito carattere giuridico-normativo di tutto ciò che confluisce nella *figura normativa*, poniamo mente alle osservazioni più specificamente riguardanti la fattispecie penale ed il processo di selezione degli elementi che la compongono, così come svolte da WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit,* in *Festschrift für Max Pappenheim*, 1981, p. 435, secondo il quale tutti gli elementi in essa contenuti sarebbero per questo "normativi"; v. anche GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft,* in *Festgabe für R. Frank,* I, Tübingen, 1930, pp. 22 ss.

[18] Vorremmo qui porre in evidenza che l'estrapolazione dal fluire della natura e della storia di ciò che il diritto vuol chiamare "giuridico" è per noi una operazione di qualificazione che, solo per il fatto di compiersi, determina la *rilevanza* dell'oggetto qualificato. La rilevanza giuridica di un fatto è un'operazione di qualificazione. Il fatto è giuridico se la norma giuridica lo qualifica come tale; dunque, è rilevante ciò che è esistente per il diritto. Questa operazione, che risulta concettualmente legata al procedimento di sussunzione - e che, pertanto, viene solitamente a coincidere con la *conformità al tipo normativo* - viene da noi immaginata nella fase prodromica alla formazione della fattispecie. Sul significato di rilevanza giuridica, si segnala IRTI, voce *Rilevanza*, in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1968, pp. 1094 e ss., in particolare sui tre diversi orientamenti relativi al criterio con cui si compie la scelta del fatto giuridico, si vedano pp. 1097 e ss. Secondo un primo orientamento la giuridicità si presenta come un concetto *funzionale*, in quanto posto in collegamento con gli effetti giuridici: il fatto è giuridico (rilevante) in quanto efficace (in questo senso, in dottrina, FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto,* XVI, 1967, pp. 944 e ss.); per un secondo orientamento la *rilevanza* godrebbe invece di autonomia logica e concettuale, venendo questa a coincidere con la conformità del fatto naturalistico al modello normativo, senza riguardo agli effetti. In particolare, la rilevanza corrisponderebbe alla prima fase della *qualificazione* normativa, il secondo momento della quale sarebbe invece costituito dalla attribuzione al fatto, così valutato, delle conseguenze giuridiche previste dalla norma (momento dell'*efficacia*). La prospettiva funzionale, avverte Irti, diversamente ragionata, trova spazio anche in seno a questo secondo orientamento. Attribuendo al processo qualificativo carattere unitario (e non dicotomico, come nell'ultima teoria

formalizzato in una struttura specifica, racchiusa nella norma giuridica: struttura che ci avverte del modo in cui il contenuto della norma giuridica viene in essa regolato ed espresso ([19]).

La tipicità non governa, allora, un processo di *descrizione*, bensì di *rappresentazione* ([20]). Questa rappresentazione è, attraverso la norma, l'immagine di un accadimento - o di una classe di fatti – non già occorsi, bensì suscettibili di futura realizzazione.

Ciò significa, dunque, che nella *fattispecie* ([21]) si compendia ciò che il diritto dei fatti vuol mostrare: una parziale fisionomia ([22]); e che tale parzialità non è che espressione

---

esposta), il riconoscimento giuridico del fatto sarebbe compiuto in funzione dell'efficacia. La previsione normativa del fatto acquisterebbe rilevanza per essere il fatto legato a determinati effetti giuridici. La rilevanza dunque servirebbe ad esprimere, secondo tale ricostruzione, l'*idoneità* a produrre effetti giuridici. La dottrina a sostegno di questo indirizzo intende quindi rispondere ad un duplice quesito: il primo riguarda l'*identificazione* del fatto giuridico; il secondo, concerne la sua funzione, il suo *significato.* Mentre al primo interrogativo offre risposta il criterio della conformità del fatto al modello normativo astratto, il secondo problema viene risolto attraverso la relazione con gli effetti: il fatto giuridico è il fatto posto dalla norma come antecedente degli effetti giuridici (in questo senso MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1961, p. 125; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, pp. 42 e ss.). Per un terzo orientamento, che sospinge il concetto di rilevanza ad una più rigorosa autonomia, la prospettiva funzionale non sarebbe capace di spiegare la giuridicità del fatto, in quanto non adeguata a coglierne l'essenza, il carattere immutabile. Ciò, invece, sarebbe possibile solo attraverso la qualificazione normativa del fatto, in cui si esaurisce il suo valore giuridico. Rilevanza ed efficacia sarebbero dunque non solo diverse, ma anche avvinte da un legame logico irreversibile: il fatto non è rilevante in quanto efficace, bensì, viceversa, efficace in quanto rilevante, cfr. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, 1967, p. 930; SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pp. 349 (e precedenti). Interessante evidenziare come queste relazioni dicotomiche lascino scorgere "due motivi ideali: da un lato quello dell'*autonomia* per cui i fenomeni si definiscono in concetti ed in essenze immutevoli; dall'altro lato, il motivo della *sintesi*, per cui i fenomeni si implicano e si spiegano nella totalità della esperienza giuridica. La nozione di fatto giuridico obbedisce a questa *polarità logica*: essa gravita ora sulla rilevanza (che soddisfa il motivo dell'autonomia), ora sull'efficacia (che soddisfa il motivo della sintesi) cfr. IRTI, *op. cit*., p. 1099. Sul punto anche FALZEA, *ult. op. cit*., p. 944; e SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 10.

[19] Precisiamo che un conto è il modo per *regolare* il contenuto di una norma, altro, il modo per *esprimerlo*. Mentre il primo profilo ci proietta nella cifra *strutturale* della fattispecie, il secondo, nella sua dimensione *linguistica* (dunque, esegetica). La puntualizzazione si rivela utile a quanto diremo in seguito, cfr. § 5.

[20] Il modello che nasce con la tipizzazione riduce il fatto a "caso", ad "esempio". In ciò consta la differenza tra giudizio storiografico e giudizio giuridico. Quest'ultimo, infatti, non è solo accertamento degli accadimenti, bensì richiede l'ulteriore attribuzione ai medesimi di un predicato. In quest'opera di "qualificazione", condotta alla luce del modello, il fatto naturalistico si veste di un giudizio: quello che riconosce il fatto stesso come applicazione del modello, si veda sul punto IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista Diritto e Processo*, 2014, p. 39; cfr. anche GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, Padova, 1932, pp. 4 e ss.

[21] Sulla nozione, si v. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, *cit*., p. 926 e ss.: letteralmente "figura", "apparenza" del fatto, la fattispecie vale a designare un fatto come modello, come paradigma. Introdotto nella letteratura giuridica da Emilio Betti (nella sua opera *Istituzioni di diritto romano,* I rist. Padova, 1947, già nell'edizione precedente del 1929), questo termine viene mutuato dalla dottrina tedesca nella stessa accezione, ivi assunta sotto il termine di *Tatbestand*. In particolare la dottrina penalistica germanica per prima adottò tale termine per indicare il complesso di elementi posti a

della necessità che la rappresentazione preesista all'accadimento di cui essa è immagine.

E' possibile ritenere che la tipizzazione risponda (nel sistema giuridico) ad una duplice necessità: in via preliminare, a quella, implicita, di procedere alla giuridicizzazione degli accadimenti naturalistici e, in secondo luogo, a quella di rendere questi accadimenti "esemplari", in quanto orientati al futuro.

Tale processo selettivo, operato, a nostro giudizio, dalle norme giuridiche, culmina, come visto, nella *fattispecie*.

La norma giuridica costituisce il criterio di giudizio che regola la tipizzazione e diventa fonte e perimetro della "figura normativa" in essa rappresentata.

La rappresentazione della realtà contenuta nella norma, a sua volta, non coincide con quella empirica, non la descrive ([23]). Essa, piuttosto, è una realtà giuridica, in quanto

---

presupposto della pena prevista dalla legge penale. In questa nozione di *presupposto*, di *causa* degli effetti giuridici, il termine è stato esteso a tutte le altre discipline per esprimere un concetto fondamentale della dinamica del diritto ed usato come sinonimo di "fatto giuridico", così MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, *cit*., p. 113; anche SCOGNAMIGLIO, *cit.*, p. 331). Distinguono invece fatto giuridico e fattispecie, facendo corrispondere il primo ai singoli elementi costitutivi di fattispecie, ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 2000, pp. 86 e ss. e CONSO, *I fatti giuridici, cit.,* pp. 15 e ss. In particolare, per Allara la fattispecie è il complesso di fatti a cui la norma giuridica, dato il suo carattere condizionale ed ipotetico, ricollega o la vicenda del rapporto o l'assenza della vicenda stessa (costituzione, modificazione, estinzione di rapporto giuridico). Essa risulta dunque dalla composizione di fatti giuridici (che divengono dunque elementi costitutivi di fattispecie) e si mantiene distinta dalla norma giuridica che la prevede: la fattispecie costituisce, infatti, della norma giuridica, la sua parte ipotetica (p. 96). Per Conso le fattispecie possono essere composte da plurimi fatti giuridici (fattispecie complesse) ovvero fatte coincidere con il fatto giuridico (nel qual caso non vi sarà alcuna differenza tra i due termini, si parlerà piuttosto di fattispecie semplice), pp. 45 e ss. C'è poi da aggiungere che quando si parla di fattispecie come *causa* o *presupposto* degli effetti giuridici occorre sempre distinguerla secondo che la si voglia intendere in senso astratto o in senso concreto; sulla fattispecie *concreta*, si veda RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 33. Sul punto cfr. GALLO, *Premesse alla teoria della colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1949, p. 396.

Il termine è poi utilizzato con altri e diversi significati, venendo a designare a volte la parte della sentenza in cui è esposto il fatto, altre volte l'insieme degli elementi che compongono la parte materiale del reato, inteso in senso formale astratto; l'argomento ci offre l'occasione per ricordare la differenza tra la fattispecie di parte sostanziale e il fatto processuale, essendo la prima "un simbolo linguistico, costruito per induzione, attraverso la sintesi di una più o meno ampia serie di dati elementari" e il secondo "l'insieme dei requisiti che concorrono a profilare sul piano storiografico un certo avvenimento, nel quale si assume che ricorrano gli estremi previsti da un'ipotesi normativa", in CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, pp. 939 e ss.

[22] IRTI, *ult. op. cit.,*, p. 38; così anche PAPA, *ult. op. cit*., p. 158, il quale pone in evidenza l'aspetto iconico della fattispecie, ricorrendo anche all'argomento etimologico: la radice latina del termine, individuata nel verbo *spicere* (guardare attentamente, osservare), spiega che nella fattispecie è impressa una perspicua "visione" degli accadimenti naturalistici. Sul tema, più diffusamente, dello stesso Autore, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2016.

[23] Non potendo la norma appiattirsi sulla realtà empirica, essa risulta sempre sottratta al giudizio di verità. E' pertanto scorretto, in quanto contraddittorio, parlare di *errore* della norma. I concetti

assume i caratteri che la norma seleziona in base al fine che essa persegue: *la norma non pensa il dato esterno nel suo essere, ma enuncia un tipo di fatto possibile, cioè costruisce un paradigma, che possiede soltanto la realtà di concetto legislativo* ([24]).
Il fine pratico del diritto necessita di un procedimento selettivo in grado di individuare ciò che rileva per la regolamentazione di una specifica realtà empirica futura.
La creazione di "modelli" è dunque utile – pertanto necessaria - al diritto ([25]).

4. *La fattispecie come formalizzazione di una scelta di valore.*

La tipicità, si è detto, implica un procedimento di astrazione che contenga in sé e consideri in sè già risolta l'analisi dei fenomeni di cui la figura astratta diviene "modello". Essa opera, cioè, una classificazione di elementi, mutuati dalla realtà empirica e, tuttavia, spogliati delle particolarità contingenti in cui essi trovano manifestazione. Colti negli aspetti essenziali, i dati empirici confluiscono in una costruzione in grado di dominare, prevedendola ([26]), la realtà futura.
Come tutti i processi di classificazione ([27]), anche quello che porta alla costruzione della fattispecie segue il metodo induttivo, implicando necessariamente una fase valutativo-comparatistica che precede la formalizzazione ([28]).

---

legislativi sono in tal senso *arbitrari*, risultando dalla combinazione di elementi che vivono nell'interno congegno della norma, anche su questo IRTI, voce *Rilevanza*, *cit*., p. 1102. Per un excursus sul carattere della scienza giuridica, cfr. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica,* in *Rivista di filosofia*, 1967, pp. 235 e ss.

[24] IRTI, voce *Rilevanza, cit.*, p. 1102, il quale a sua volta cita, sul punto, il GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Padova, 1941, p. 140 (citazione, quest'ultima, *de relato*).

[25] IRTI, *Un diritto, cit.*, p. 172: la fattispecie è espressione di un *calcolo di probabilità*, essendo essa la rappresentazione di un accadimento futuro.

[26] Il profilo della *prevedibilità* (o calcolabilità) è indissolubile dal carattere generale e astratto della figura tipica, nuovamente IRTI, *Un diritto, cit.* pp. 20 e ss. Sulla funzione predittiva, anticipatoria del "concetto" si veda ABBAGNANO, voce *Concetto*, in *Dizionario Filosofico*, Torino, 1980, p. 185.

[27] La fattispecie è preceduta da un processo di formazione comune al "concetto" e alla "definizione". Sulle tre diverse ricostruzioni di "definizione" (come dichiarazione dell'essenza sostanziale; come dichiarazione dell'essenza nominale; come dichiarazione dell'essenza-significato), si vedano MARTINO, *Le definizioni legislative*, Torino, 1975, pp. 18 e ss. e ABBAGNANO, *ult. op. cit.,* p. 261. Sul tema anche SCARPELLI, *La definizione nel diritto,* in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, p. 183, il quale individua due parti nella teoria della definizione: quella statica relativa a natura, oggetto e caratteristiche della definizione e quella dinamica, relativa all'uso che di questa venga fatto. Sul concetto, diffusamente STRACHE, *ult. op. cit*., p. 35.

[28] PALAZZO, *ult. op. cit.*, Padova, 1979, pp. 347. L'autore analizza il significato della *definizione intensional*e descrivendone la struttura nei termini di una forma concettuale ottenuta mediante un procedimento di astrazione, preceduta da una conoscenza in forma analogica delle cose. Le uguaglianze e somiglianze tra gli oggetti costituiscono, infatti, il fondamento per la loro riconduzione

La figura normativa contenuta nella norma giuridica è dunque il risultato di un bilanciamento tra interessi e valori confliggenti. Il loro contemperamento trova definitiva espressione nella "decisione" di tale conflitto ([29]).

Il carattere definitivo della fissazione del modello permette alla fattispecie astratta di scindersi dalla fase genetica e di acquisire, così, profili di autonomia, uniformità e regolarità ([30]).

Quanto precede chiarisce non soltanto che la fattispecie sarà sempre diversa dalla realtà descrittiva di cui essa è rappresentazione giuridica, ma anche che si conserverà come prodotto distinto dalla fase valorativa che ne precede la formulazione.

Con la prima affermazione intendiamo chiarire che mai la fattispecie sarà descrizione della realtà e che, proprio per questo, essa rappresenta semmai un *parametro* dotato di caratteri di stabilità al quale gli accadimenti futuri andranno a rapportarsi.

La seconda osservazione illustra un dato che non dovrebbe essere seriamente contestato: la fase assiologico-valutativa, che precede il dettato normativo va in esso ad esaurirsi. Sussiste cioè un rapporto di consequenzialità irreversibile tra una prima fase, tutta politica, di apprezzamento dei valori, e il suo successivo esito, suggellato nella rappresentazione giuridica dello stesso ([31]).

---

ad unità, sul punto ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963, pp. 24-25: *Der Begriffsinhalt (..) besteht in der Gleichartigkeit oder wenigstens Ähnlichkeit der Objekte, auf die das Begriffswort als Kennzeichnung zutrifft und die der Grund für diese Kennzeichnung ist.* MARRADI, voce *Classificazioni, Tipologie, Tassonomie,* in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Roma, 1993, p. 22, in cui, nel trattare la classificazione intensionale, si afferma che "il concetto relativo ad una classe viene formato o chiarificato mediante la definizione dei suoi confini semantici con i concetti relativi alle altre classi": l'osservazione aiuta a porre in evidenza il profilo *oppositivo* implicitamente contenuto in ogni operazione di "assegnazione sistematica", o "categorizzazione".

[29] IRTI, *Un diritto incalcolabile, cit*., p. 184. L'Autore precisa che la decisione che supera il conflitto anteriore alla formalizzazione non coincide con un occasionale volontarismo (non è, cioè, *decisionismo*). *La normalità non è spiegata dalla decisione, ma dalla costanza della regola* (cit. testualmente). La decisione evidenzia semmai la relatività della genesi del diritto, in quanto essa viene a coincidere con la fondazione di una regola che irrompe nella neutralità, per prendere una posizione rispetto ad essa.

[30] IRTI, *ult. op. cit.*, p. 176.

[31] DI ROBILANT, *Osservazioni sulla concezione della norma giuridica come giudizio di valore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 1440. Nel trattare della norma giuridica, in particolare, nel sottoporre a critica la concezione della norma come giudizio di valore, l'Autore afferma recisamente che *struttura* e *genesi* della norma debbono essere tenute distinte. La confusione di questi due piani ha luogo allorquando, preso atto della fase valutativa che precede la formazione della norma, si pretenda di estendere alla definizione della stessa profili che di essa sono il solo presupposto. Dire, in breve, che la norma deriva da un giudizio di valore non abilita a ritenere la norma, allora, un giudizio di valore. Torneremo sul punto più avanti, trattando alcuni aspetti della norma penale (v. *infra* § 7). Sul termine "valore", cfr. OPOCHER, voce *Valore*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, 1993, pp. 111 e ss.

5. *Il rapporto tra la norma giuridica e la realtà fenomenica.*

Se quanto finora esposto ha messo in luce il carattere normativo del processo che presiede alla creazione della fattispecie astratta; se ciò che della *tipicità* abbiamo inteso tratteggiare in questa prima parte è, in sintesi, il *giudizio* in cui essa viene a consistere, vorremmo ora, invece, rendere conto del ruolo interno alla norma svolto dalla tipicità.

Trattandosi di un modo per rappresentare una realtà, ci appare indiscutibile che questa governi, altresì, il rapporto tra l'oggetto della rappresentazione e il materiale linguistico utile alla sua perimetrazione semantica.

La costruzione della fattispecie richiede, infatti, che l'accadimento ivi descritto venga prima selezionato dagli altri ad esso simili e poi riprodotto nei tratti che la norma ha interesse ad evocare, attraverso l'uso corrente del parametro linguistico. Quest'ultimo traccia il confine verbale entro il quale va ad imprimersi la "scelta" operata dalla norma giuridica ([32]). La norma contiene una rappresentazione della realtà giuridicamente rilevante e attraverso il *modo* in cui questa rappresentazione viene fatta, il legislatore attribuisce *senso* alla fattispecie.

La specificazione fatta sopra si rende necessaria per distinguere la tipicità intesa come processo di selezione per la creazione di un modello da una seconda accezione di tipicità, intesa questa volta, come conformità del fatto concreto al modello astratto ([33]).

Questa seconda declinazione, cosiddetta *dinamica* ([34]), vede, sì, nuovamente coinvolta la realtà fenomenica, ma non per la creazione della fattispecie astratta,

---

[32] A questo proposito ci avvediamo della rilevante funzione assolta dalla componente linguistica nella trattazione del tema. Si tratta di un profilo che attiene ad uno specifico versante della tipicità, rappresentato dalla *tassatività* e dalla *determinatezza* della descrizione normativa (per tutti PALAZZO, *ult. op. cit*., pp. 13 e ss.), dalla trattazione dei quali esula tuttavia il nostro lavoro, salvo pochi cenni al § 11.

[33] IRTI, *ult. op. cit*., pp. 1101 e ss. fa riferimento alla differenza tra rilevanza *interna* e rilevanza *esterna*, laddove la prima indica la posizione che il concetto riceve nel congegno normativo e la seconda implica il riferimento ad un dato esterno, sussunto sotto uno schema normativo.

[34] GARGANI, *op. cit.,* pp. 14 e ss. L'Autore scinde la tipicità nei due profili statico e dinamico: uno relativo alla fattispecie penale astratta e l'altro al procedimento di sussunzione del fatto concreto sotto il modello legale. Sulla duplice anima statico-astratta e dinamico-concreta della tipicità, cfr. anche DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, pp. 86 e ss.; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, pp. 1207 e ss.; DONINI, voce *Teoria generale del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche,* XIV, Torino, 1999, pp. 260-261 e ss. Ricalca la necessità di scindere i due profili in

bensì per l'attribuzione al caso concreto della veste giuridica che gli assegni *rilevanza* ([35]). Quest'ultimo profilo postula, dunque, che vi sia piena corrispondenza del fatto concreto alla fattispecie astratta: il fatto può dirsi, cioè, *tipico* solo quando ad essa conforme.

Tanto premesso, appare evidente che il carattere *dinamico* di questa particolare accezione della tipicità attiene al momento applicativo del diritto: quello, cioè, in cui alla valutazione (qualificazione) giuridica degli accadimenti naturalistici, successiva al loro accadimento, fa seguito la determinazione della disciplina applicabile, ossìa del loro trattamento.

Entrambi questi volti del concetto di tipicità – quello statico e quello dinamico - racchiudono il rapporto tra realtà fenomenica e realtà normativa. Ma mentre per la tipicità statica questo rapporto perde di significatività, in quanto assorbito una volta per tutte nella fattispecie astratta ([36]), per la tipicità dinamica il predetto rapporto è fondamentale, in quanto costitutivo delle operazioni di accertamento giudiziale ([37]).

Per maggiore chiarezza, mentre nel suo primo significato la tipicità non ci pone di fronte alla preoccupazione di rapportare e discernere il piano fenomenico e quello normativo, in quanto questi vengono a fondersi nella fattispecie formale astratta; nel suo secondo significato la tipicità impone di tenere distinti i due piani: in tanto ha

---

parola, PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1963, p. 344.

[35] Facciamo adesso correttamente riferimento alla rilevanza esterna di cui in IRTI, voce *Rilevanza*, cit. p. 1106 e ss.

[36] Anticipiamo fin da ora il pensiero di due autori che spiegano con chiarezza la "consumazione" della componente pregiuridica in quella formale (normativa) e rileviamo, ancora, che la realtà normativa è un particolare *modo* di vedere la realtà naturalistica, motivo per cui nel momento in cui quella riprende quest'ultima, già ne ha scartato ciò che di essa non vuol esser colto, sul punto NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 41 e ss. PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, Padova, 1966, pp. 31 e 99.

[37] La dicotomia ora esposta permette di apprezzare la differenza tra il processo creativo che genera la forma rappresentativa e quello interpretativo che questa vuole "intendere", nonché la loro posizione speculare. Sul punto BETTI, *Di una teoria generale sull'interpretazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* 1965, p. 241: "si ha così un'inversione del processo creativo nel processo interpretativo: una inversione, per cui nell'iter ermeneutico l'interprete deve ripercorrere in senso retrospettivo l'iter genetico e operarne in sé il ripensamento". Un ripensamento, come specificato più avanti, che si realizza non in termini soggettivi, bensì nell'intendimento dell'oggettività di ciò che deve essere interpretato. L'interpretazione postula dunque il riconoscimento dell'oggettività, dell'alterità del senso che si tratta di ricavare (pp. 242-243). Con ciò Betti afferma che è improprio chiamare "interpretazione" una spiegazione soggettiva della realtà (p. 237), così come risulta una vera improprietà del linguaggio parlare di interpretazione in tema di fenomeni naturali (testualmente citato, p. 243).

senso parlare di conformità al tipo, in quanto sia concettualmente chiara la differenza delle entità che vengono poste a confronto ([38]).

Ancora, mentre la prima accezione di tipicità presuppone già risolto il problema *definitorio*, la seconda descrive il processo mediante il quale si realizza la qualificazione del fatto.

E' facile avvedersi della diversità delle accezioni in parola: l'una si occupa di formalizzazione, l'altra di applicazione del diritto ([39]).

Non solo. Se quanto detto è vero, l'accertamento della conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta postula, allora, la fissità di quest'ultimo parametro. E se è altrettanto vero che la struttura di detto parametro risiede nel corredo linguistico, certamente è in questo argine che si esplicherà questo carattere *fisso* e *costante* necessario all'esegesi ([40]).

---

[38] Le entità poste a confronto sono la fattispecie legale e il caso concreto, secondo una distinzione che trova corrispondenza in quella operata dal Grispigni, in ambito penale, tra reato-fatto e reato-istituto giuridico: il primo è avvenimento concreto naturalistico, un atto umano; il secondo rappresenta un complesso di norme, il fatto descritto dalla norma. Mentre al reato-istituto giuridico corrisponde la fattispecie legale, al reato-fatto corrisponde invece la realizzazione di questa fattispecie, cfr. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano – La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano, 1952, pp. 9-10 e 125 e ss. Qui l'Autore prende le distanze dalle ricostruzioni di numerosi studiosi tedeschi e di alcuni italiani - tra cui il Ranieri (ne il *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947, p. 79) – secondo il pensiero dei quali la conformità al tipo sarebbe requisito *esclusivo* del reato. Osserva che, sebbene nell'ambito penalistico sia senz'altro più avvertita l'esigenza di circoscrivere con precisione l'area punibile, ciò non deve escludere il carattere generale della "conformità al tipo". Più accurata e corretta per la configurazione del reato sarebbe allora l'espressione "*conformità al tipo legale descritto in una norma penale*" (p. 129). Sulla tipicità come *qualificazione* di un fatto naturalistico anche BETTIOL-PETTOELLO-MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 242. In DELITALA, *Il fatto*, pp. 116 e ss., la differenza tra *Tatbestand* legale e *Tatbestand* concreto è, in definitiva, la differenza che intercede tra il modello e la copia; cfr. altresì CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, pp. 79 e ss., in cui si spiega che la fattispecie non è descrizione pedissequa di un fatto, ma astrazione delle caratteristiche salienti dello stesso: è "*indicazione di una categoria*".

[39] Le due espressioni possono essere convertite rispettivamente in: decisione politica, da un lato, e decisione giudiziale, dall'altro. Entrambe mediate dagli schemi tipici delle norme, esse non sono tuttavia identiche l'una all'altra. E ciò perché, come risulta evidente, nei predetti schemi l'una si fissa, mentre l'altra ne discende, così IRTI, *Un diritto, cit*., p. 186.

[40] Il tema apre orizzonti eccessivamente vasti per divenire in questa sede oggetto di consapevole indagine, sopravanzando, peraltro, gli scopi del nostro lavoro. Ciò che tuttavia merita di essere considerato non è solo lo stretto legame tra il dato linguistico, racchiuso nel testo, e l'attività interpretativa (per il quale, tra i molti, cfr. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 515) ma altresì – e soprattutto - il rapporto di successione logica che vede nel primo il necessario presupposto della seconda. La questione tange il dibattito metodologico, in tutte le ipotesi in cui, invertendo l'ordine interno alla scansione dei due termini sopra descritti, si pretenda di confondere il parametro di una valutazione con l'esito stesso di tale valutazione, sul punto cfr. il ficcante contributo di GIANNOTTA, *Un problema di interpretazione*, in *Rivista italiana*, 1954, pp. 102 e ss., il quale, nell'analizzare il problema ermeneutico dal duplice punto di vista *logico* e *storico*, evidenzia l'inversione metodologica sottesa al procedimento teleologico di interpretazione (e così anche a quello sistematico e comparato), per la

6. *Introduzione alla tipicità penale: i punti essenziali del prosieguo dell'indagine.*

Con alle spalle l'esposizione delle principali caratteristiche del processo di tipizzazione e della natura dicotomica del concetto di tipicità, trasfondiamo ora le considerazioni che precedono nel settore penalistico, procedendo all'analisi della tipicità penale.

Senza voler qui ripercorrere le origini del concetto di tipicità penale - analisi, questa, che ci porterebbe troppo lontano dagli obiettivi che vorremmo perseguire ([41]) - la nostra attenzione si rivolge ad un duplice aspetto: il primo concerne l'interno congegno ([42]) della norma penale; il secondo, indissolubilmente legato al primo, riguarda il significato del concetto di illecito penale.

Lo scopo dell'analisi di questi punti è capire in che rapporto l'illecito si ponga con il suo fondamento formale, la norma penale.

---

pretesa, in essi insita, di utlizzare come strumento risolutivo di un caso giuridico, ciò che rappresenterebbe il risultato stesso di tale procedimento; le tracce di tale dibattito affiorano in numerosi autorevoli contributi, si vedano tra i più rilevanti NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in *Rivista italiana*, 1949, pp. 385 e ss. (con riguardo, in particolare, al dibattito sull'interpretazione). Cenni di quanto troviamo tra le pagine del chiaro Autore, con specifico riguardo allo stretto legame tra teoria dell'interpretazione e oggetto del reato, si rinvengono altresì in MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1961, pp. 45 e ss. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale,* 1937, pp. 121 ss. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche,* in *Archivio penale,* 1958, pp. 173 e ss; SANTORO, *Scienza giuridica e realtà*, in *Rivista italiana di diritto penale,* 1936, pp. 529 e ss. (in particolare, p. 533). Per un inquadramento in chiave storico-filosofica, cfr. BARATTA, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1972, pp. 29 e ss.; a proposito della scienza giuridica non solo come scienza di norme ma anche come scienza dei valori, si veda anche CARNELUTTI, *Controversie sul metodo*, in *Foro italiano,* 1948, p. 1 e ss. All'interno della dogmatica penalistica numerevoli sono i "pretesti" per introdurre il problema del metodo. Interessante ci pare a tale riguardo altresì CORRADINI, *Formalismo, costruzione giuridica e valori,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1965, p. 715, che nel trattare i problemi relativi alla regolamentazione del rapporto tra forme e valori, rileva la necessità di superare atteggiamenti "negazionisti", diretti all'obliterazione dei giudizi di valore nel settore giuridico, e di escogitare, piuttosto, forme di controllo delle premesse assiologiche immancabilmente sottese alla scienza giuridica; d'interesse per profili analoghi DOMINEDO', *Giurisprudenza dei valori,* in *Scritti in onore di Carnelutti*, I, Padova, 1950, pp. 477 e ss. Per un'analitica ricostruzione delle correnti "positivistiche" in diritto penale, in aperta critica alla Kieler Schule, segnaliamo il contributo di ZIMMERL, *Gesetz und materielle Gerechtigkeit im Strafrecht*, in *Beiträge zur Neugestaltung des deutschen Rechts,* Marburg, 1937, pp. 222 e ss., nel quale l'Autore sembra caldeggiare l'introduzione di criteri sostanziali nel sistema penale, nei limiti, tuttavia, del perimetro formale. Sul rapporto tra scienza, tecnica ed empirismo, BARBERO, *Empirismo e dogmatica del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1949, pp. 320 e ss.

[41] Facciamo rinvio all'opera di GARGANI, *cit*., in particolare pp. 157 e ss.

[42] L'espressione è di IRTI*, ult. op. cit*., pp. 21-22.

Il ruolo della tipicità penale è, del resto, quello di governare il rapporto tra il contenuto della norma incriminatrice e il carattere formale di questa previsione.

Riteniamo, infatti, che l'approccio al tema della tipicità richieda una preliminare presa d'atto del fatto che essa, più che un elemento della teoria del reato – come sarebbe il fatto tipico – rappresenta un vero e proprio carattere del reato inteso nella sua configurazione legale e astratta ([43]).

Anticipando già in breve ciò che emergerà nel prosieguo della trattazione, l'obiettivo che intendiamo proporci affrontando la prima questione è sostenere che il rapporto, interno alla norma penale, tra precetto e sanzione, rappresenta sul piano astratto una condizione necessaria e alla *prescrittività* della norma penale, ponendosi a fondamento del *modo* in cui la norma penale opera, e alla perimetrazione dell'ambito di tutela.

Con la trattazione della seconda questione, invece, relativa alla nozione di illecito penale, ci è offerta occasione per mettere in luce che, mentre sul piano puramente astratto, costituisce un'imprecisione, a nostro avviso, parlare di "illecito", dovendo questo essere qualificato piuttosto come l'ambito di punibilità che la norma penale circoscrive entro gli argini della risposta sanzionatoria, sul piano concreto - l'unico a nostro avviso sul quale la nozione d'*illecito,* o meglio, di *illiceità*, può trovare la sua sede naturale - esso viene a coincidere con la violazione del precetto penale, con il realizzarsi di una condotta, cioè, in grado di integrare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie (*ergo*, con la conformità del fatto concreto alla fattispecie incriminatrice).

Le domande da cui occorre muovere per lo svolgimento delle questioni introdotte vertono, in primo luogo, sul ruolo della sanzione nella definizione della materia penale e, in secondo luogo, sulla determinazione dei presupposti al realizzarsi dei quali l'applicazione della conseguenza sanzionatoria trova legittimazione.

Riteniamo che l'approfondimento di questi temi costituisca una premessa importante, in quanto utile a fare chiarezza sul rapporto che intercorre tra il profilo formale della tipicità e quello dinamico-naturalistico.

Dare risposta ai quesiti appena introdotti, come vedremo, implicherà inoltre una riflessione – da svolgersi successivamente - inerente agli effetti della quantificazione

[43] Per analoghe riflessioni, VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1984, pp. 550 e ss.

della sanzione penale: ci chiederemo, infatti, se questa intervenga negli stretti limiti della concreta punibilità o se possa risalire addirittura alla definizione della punibilità astratta.

Dovremo domandarci, pertanto, se il principio gradualistico che governa la determinazione della concreta misura di pena abbia o non abbia il potere d'intervenire sulla fattispecie astratta, letteralmente "riscrivendo" l'ambito della penale rilevanza, anche oltre i confini formali entro i quali essa è circoscritta.

7. *Il ruolo della sanzione nell'interno congegno della norma penale*.

Partendo dall'analisi della struttura interna ([44]) della norma penale incriminatrice, è possibile affermare che questa è di regola costituita dalla presenza di due elementi: il precetto e la sanzione.

Con il primo termine ci riferiamo non solo alla *fattispecie legale* ([45]), contenente la descrizione del modello di condotta, ma anche alla regola di comportamento, la cui violazione è condizione necessaria al sorgere della sanzione ([46]).

Quest'ultima, posta come conseguenza giuridica della violazione del precetto, è dunque diretta ad esercitare una coazione psicologica sui destinatari della norma penale ([47]), adempiendo così alla propria funzione preventiva.

---

[44] CAVALLO, *Diritto penale. L'essenza del diritto penale*, Napoli 1962, p. 292. L' Autore individua della norma penale la *struttura esterna*, la *struttura interna* e il *contenuto*. Precetto e sanzione in rapporto tra loro configurano l'interna struttura della norma penale.

[45] La fattispecie viene qui da noi intesa in termini ampi, come l'insieme dei presupposti a cui è condizionata la sanzione nella norma penale. Intendiamo quindi accogliere una nozione più lata del *Tatbestand* della penalistica tedesca: in particolare non ci stiamo riferendo alla sua concezione restrittiva, così come coniata da Beling (dal primo Beling) e ripresa dal Delitala. Sul concetto di "fattispecie" rinviamo alla nota 27 (v. *supra*).

[46] La fattispecie non può considerarsi propriamente coincidente né con la norma che la prevede nè con il precetto che la implica. Essa si ricava dal contenuto della norma (cd. norma-madre), sottraendo dagli elementi costitutivi che integrano quest'ultima, ciò che inerisce alla sanzione, cfr. FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino 1958, pp. 343 e ss. Essa è astrazione delle caratteristiche salienti del fatto, e non sua descrizione pedissequa. Viene dal Carnelutti identificata come *indicazione di connotati*: quelli che secondo la tradizione giuridica tedesca rappresentano e compongono il *Tatbestand*, cioè, *quel tanto del fatto che è rilevante per il diritto penale,* in CARNELUTTI, *Teoria generale, cit*., pp. 79 e ss. Il precetto postula la descrizione della condotta prescritta ma esso si esaurisce nella forma imperativa, sotto la quale può assumersi, senza modificarla sostanzialmente, la forma descrittiva del reato, in questi termini MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1981, pp. 610 e ss.

[47] Il problema dei destinatari della norma (se i consociati o gli organi statali incaricati di eseguire il potere coattivo) è stato oggetto di lunghe dispute, delle cui tracce si può avere contezza leggendo BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari,* Loescher, Roma, 1910, pp. 206 ss., in particolare, in cui l'Autore espone la propria posizione, secondo la quale il prioritario destinatario

Prevedendo una conseguenza afflittiva, astrattamente subordinata al verificarsi di una condotta contraria a quella descritta nella fattispecie legale, la sanzione concorre all'imposizione, seppur in via mediata, della condotta desiderabile, sancendo così il carattere prescrittivo della norma penale.

Quanto appena affermato richiederebbe una ben più ampia indagine non soltanto sulla derivazione del carattere prescrittivo della norma penale dalla relativa sanzione, ma, più a monte, sul carattere imperativo della norma giuridica.

Mentre quest'ultimo punto ci appare lontano dagli obiettivi del lavoro di ricerca ([48]), il primo di essi viene a toccare un problema a noi più vicino, come vedremo, legato

---

sarebbe la collettività; *contra* ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Rivista di diritto civile*, 1955, I, p. 279, in cui chiaramente si afferma l'esclusività degli organi statali.

[48] BOBBIO, *Teoria generale, cit*., pp. 79 ss. Ci stiamo riferendo alla teoria dell'imperatività del diritto, secondo la quale le norme giuridiche appartengono alla sfera del linguaggio prescrittivo e consisterebbero pertanto in comandi o imperativi (sul punto segnaliamo altresì BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, 1965, p. 331). Pur essendo stata accolta dalla dottrina più risalente – tra i massimi esponenti della quale si annoverano August Thon, Rudolph von Jhering, Karl Binding – questa tesi non rappresenta l'unica soluzione possibile, essendovi infatti anche orientamenti "misti", per i quali solo una parte delle norme giuridiche che compongono un ordinamento giuridico sarebbero imperative, e vere e proprie teorie "negative", a tenore delle quali le norme giuridiche non sarebbero affatto imperative. Tra queste ultime trova spazio la ricostruzione della norma come giudizio di valore (come valutazione o semplicemente *giudizio*), cfr. ALLORIO, *ult. op. cit.,* pp. 254 e ss. Per una panoramica anche DI ROBILANT, *cit*., pp. 1377 e ss. In parziale contrasto con le teorie imperativiste è inoltre la ricostruzione che vede la norma come giudizio ipotetico, di cui è sostenitore il Kelsen. Benchè a suo fondamento risieda il rifiuto dell'imperativismo puro, la predetta ricostruzione non implica una negazione del carattere prescrittivo della norma. Concepire la norma come comando, in senso assoluto, invece, implica a monte il rigetto degli orientamenti che invece ne *condizionano* il carattere prescrittivo al ricorrere di determinati elementi, ad es. alla sanzionabilità della sua violazione. Rinviamo direttamente alle pagine del Binding, in cui Egli afferma che la norma vincolante che dirige la condotta è il divieto o permesso giuridico (*Pflicht* o *Gebot*) indipendentemente dalle conseguenze sanzionatorie. Questa „norma" è contenuta in tutte le leggi, in quanto rappresenta il loro presupposto. In particolare le prime pagine del primo volume pongono in evidenza la differenza tra norma (die Norm) e la legge penale (das Strafgesetz), potendo solo la prima essere oggettto di violazione. Il carattere illecito della condotta dell'agente si risolve, infatti, nella violazione della norma, non della legge penale: „*Jene Rechtssätze taufe ich Normen, weil der Verbrecher nur den Satz übertreten kann, der ihm die Rechtssschnur seines Verhaltens vorschreibt*". BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I Bd., Aalen, 1965, pp. 4-6 e 45 e ss. Diversa è la posizione del Wach, per il quale, essendo la norma contenuta nella legge penale, non può costituirne il presupposto logico; questo dovrebbe semmai essere ravvisato nella sanzione, di cui allora la norma costituirebbe il logico antecedente (p. 59). Per una descrizione delle posizioni del Binding e di Armin Kaufmann in relazione alla teoria del Kelsen, cfr. SCHMID, *Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht,* Berlin, 2002, pp. 60 e ss. Diversa, ma non lontana dall'approccio imperativista, è la teoria di Pekelis, secondo la quale il diritto sarebbe espressione più che di un comando, della *volontà di azione*. Il diritto, in quanto scienza *pratica* (e non teoretica), contiene questo profilo *volontaristico*, assente nelle scienze naturali, la cui manifestazione trova spazio nell'*azione*, cfr. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1930, pp. 136 e ss. A proposito dell'incidenza delle diverse concezioni del diritto sopra accennate sull'interpretazione, cfr. BURDESE-GALLO, *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* 1949, pp. 357 e ss. Sul tema anche MAGGIORE, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*, in *Archivio penale*, 1949, pp. 3 e ss. Anche MODUGNO, *Norma (teoria generale),* in

alla duplice veste della norma penale: rispettivamente di norma-comando e di norma di garanzia ([49]).

Pur consapevoli che la prescrittività della norma giuridica – il suo carattere giuridico - non è da tutti posta in relazione alla previsione sanzionatoria ([50]), e questo perché non tutte le norme giuridiche sono sanzionate ([51]), ci pare condivisibile, invece, la ricostruzione che, per quanto concerne più da vicino la norma penale, vede nel suo interno congegno, costituito dal nesso condizionalistico precetto-sanzione ([52]), il fondamento della sua efficacia precettiva ([53]).

Enciclopedia del Diritto, XXVIII, 1978, pp. 351 e ss.; ancora, CONTE, voce *Nomostatica e nomodinamica*, in *Novissimo Digesto italiano,* XI, Torino, 1965, pp. 321 e ss; CONTE, voce *Normativismo*, in *Novissimo Digesto italiano,* XI, Torino, 1965, pp. 338 e ss. Sul tema anche si segnala il contributo di Aldo Moro, MORO, *La subiettivizzazione della norma penale*, Bari, 1942, il quale, affrontando le differenze tra le diverse concezioni della norma penale, dimostra come il problema del carattere sanzionatorio del diritto penale muti secondo che lo si collochi entro la teoria della norma o della teoria degli interessi tutelati, pp. 37 e ss. (in particolare).

[49] L'espressione è di NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 22. Sul significato di questa distinzione si veda *infra* nota 50.

[50] BOBBIO, *ult. op. cit.*, pp. 115 ss. Il carattere prescrittivo della norma giuridica non risolve tuttavia ancora il problema di come distinguere questa dalle altre proposizioni normative. La giuridicità di una norma può essere ricostruita, infatti, sulla base di numerosi e diversi criteri: ad esempio in base al *contenuto*, al *fine*, al *soggetto che pone la norma*.

[51] La sanzione rappresenta, in ogni sistema normativo, l'espediente con cui si cerca di salvaguardare la legge dall'erosione delle azioni ad essa contrarie; in un ordinamento giuridico questa sanzione è *esterna* ed *istituzionalizzata*, differenziandosi in tal modo e dalle sanzioni morali (sempre interne) e da quelle sociali (non istituzionalizzate). L'equivoco in cui cadono i sostenitori della teoria non sanzionista è quello di non aver considerato che la sanzione organizzata come elemento costitutivo del diritto dovrebbe essere considerata in relazione al complesso dell'ordinamento normativo. Poiché la presenza in ogni ordinamento giuridico di norme non sanzionate appare incontestabile, ciò di cui occorre preoccuparsi non è tanto la capacità di una singola norma di produrre effetti, quanto l'essere questa conforme alle regole dell'ordinamento di appartenenza (cioè, valida). E, essendo la validità di una norma svincolata dalla sua efficacia, ben può accadere che in un ordinamento nel suo complesso efficace esistano norme valide non sottoposte a sanzione. Ciò rappresenta anzi un'implicazione fisiologica, sul punto *cfr*. BOBBIO, *ult. op. cit.,* pp. 134 ss.

[52] Il nesso causalistico interno alla norma si differenzia nettamente da quello fisico-naturalistico, per essere il primo fondato su un criterio deontologico, anche detto, dal Kelsen, nesso d'*imputazione*. E' la norma, cioè, ad imputare determinate conseguenze all'atto umano, sul punto BOBBIO, *ult. op. cit*., pp. 108-109; cenni al pensiero del Kelsen e al legame logico retrostante la *Zurechnung,* in JAROMIR, *Il concetto realistico e il concetto normologico della norma giuridica,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,*1933, p. 161; anche BARBERO, *Polemiche sulla sanzione*, in *Rivista di diritto civile,* 1956, pp. 915-917; rinviamo direttamente al testo originale, KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1994, pp. 53 e ss.; sul punto anche ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1913, pp. 79 e ss. Il tema è, come si comprende, di un'ampiezza che sovrasta i confini dell'attuale ricerca; ci limitiamo pertanto a qualche riferimento parsoci utile alla ricostruzione delle essenziali questioni di nostro interesse: spunti sul nesso tra la fattispecie e gli effetti ci provengono dal CATAUDELLA, *cit*., pp. 930 e ss.: l'aspetto problematico sotteso al concetto della causalità normativa è il passaggio dalla virtualità della fattispecie alla sua effettualità (il passaggio, cioè, dalla dimensione astratta a quella concreta). Importanti, per l'argomento trattato, ci appaiono i contributi di Cammarata e Rubino, per i quali una soluzione plausibile per rendere omogenei i due termini del nesso potrebbe risiedere nella intermediazione del fatto concreto (la cd. *fattispecie concreta*). Si veda, in particolare, RUBINO, *La*

Lo schema in parola – quello, cioè, di subordinare la sanzione alla violazione del precetto – permette, infatti, di salvaguardare l'efficacia potenziale della norma penale mantenendo costantemente viva la minaccia punitiva.

Ci trova dunque concordi l'idea che la norma giuridica penale segua l'andamento del giudizio ipotetico, la cui formulazione permette di stabilire le condizioni al sorgere delle quali è connessa la conseguenza sanzionatoria e, così, di prescrivere, sebbene in via indiretta, il modello comportamentale desiderato ([54]).

Da quanto premesso emerge come il nesso condizionalistico preservi ad un tempo la qualificazione della condotta descritta nella fattispecie e il meccanismo prescrittivo sotteso alla norma penale incriminatrice ([55]), senza che tra i due predetti profili sorga contrapposizione alcuna ([56]).

---

fattispecie, cit., pp. 33 ss.; similmente per il Cammarata, in CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico: studi*, Milano, 1963, pp. 281 ss. Il Cataudella invece rileva criticamente che la "trasformazione" della norma giuridica da astratta in concreta appare una "sovrastruttura concettuale, piuttosto che il portato di una valutazione realistica della dinamica giuridica". Il peccato originale delle ricostruzioni sottoposte a critica risiede, a giudizio dell'Autore, nell'aver analizzato il problema dal punto di vista delle singole norme, obliterando invece la considerazione dell'ordinamento nella sua globalità. Osserva che la prospettiva che ravvisa nel rapporto tra l'ordinamento nel suo complesso e la realtà sociale i corretti termini del problema permette di spiegare la dinamica giuridica in relazione al *significato* e alla *funzione* che le norme giuridiche assumono: rispettivamente di valutazioni astratte operate dall'ordinamento e di mezzi per fissare i criteri cui s'ispira la risposta dell'ordinamento al verificarsi di determinate circostanze. Ci pare che l'Autore intenda costruire il legame virtuale tra il piano astratto delle norme giuridiche e quello concreto degli effetti sulla base di un giudizio di *coerenza* e *idoneità* (si tratta cioè di porre in relazione due tipi di valutazione, quelle astratte e quelle concrete, entrambe operate dall'ordinamento): in tanto è possibile affermare la sussistenza di un legame tra questi due diversi piani, in quanto la fattispecie astratta offra il parametro per il trattamento delle ipotesi concrete che presentino note comuni con quella contemplata dalla norma. Sia gli effetti che la fattispecie sono dunque il portato di valutazioni che l'ordinamento assume nei riguardi rispettivamente del fatto concreto e della norma astratta: quest'ultima non potrà dunque ritenersi né causa, né concausa, né condizione per il prodursi degli effetti, costituendo semmai uno dei termini dell'atto di valutazione, ossìa, l'oggetto della medesima (pp. 934-935). Una recisa critica alla ricostruzione cd. *logica* della causalità giuridica – la ricostruzione, cioè, secondo la quale la conseguenza giuridica consisterebbe unicamente nell'inclusione del fatto in una norma giuridica, mediante giudizio di sussunzione – proviene da FUCHS, *Fatto e conseguenza giuridica,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1928, pp. 44 e ss. il quale sostiene che la natura del nesso sia piusttosto *psicologica,* dovendo la fattispecie essere considerata come "motivo" rinviante a criteri di valore nei quali poi si trovano le relative conseguenze giuridiche. La norma, secondo la tesi degli psicologisti, rappresenterebbe dunque un nesso psicologico di motivazioni in rapporto ad un determinato criterio di valore (p. 49). Per la totale abolizione della nozione di causalità giuridica, si veda ONDEI, *Per l'eliminazione dei concetti di "causa" e di "fatto" dal Diritto penale*, in *Archivio penale*, 1949, pp. 122 e ss.

[53] Per la completezza della trattazione e le indicazioni bibliografiche, rinviamo a ROCCO, *L'oggetto, cit.,* pp. 67-77; ivi l'Autore dimostra l'indissolubilità del nesso tra precetto e sanzione come connottato dell'imperatività della norma penale, del suo carattere coercitivo. La sanzione esercita una funzione motivante, per produrre essa – e in essa consistere – la *minaccia*.

[54] BOBBIO, *ult. op. cit*., pp. 106-110.

[55] Vi è sostanziale concordia nel ritenere che la norma penale racchiuda insieme al suo interno sia il carattere *imperativo*, consistente nel profilo precettivo, necessario a tutte le norme di condotta, sia

quello *valutativo*, concernente le scelte di tutela operate dal legislatore nel tipizzare determinate modalità lesive e non altre. Alle origini di questa bipartizione risiede la disputa tra le divergenti concezioni del diritto, la prima delle quali, quella propria dell'imperativismo giuridico, vede questo come espressione della volontà (sociale) e la norma come prescrizione di un comportamento (anche detto comando, imperativo, volontà sociale indirizzata a volontà individuale); la seconda accezione concepisce il diritto, invece, come strumento finalizzato al perseguimento di determinati scopi di tutela e la norma come strumento di valutazione per esplicare questa funzione. La dicotomia in parola deriva dalla cd. *Doppelfunktion des Rechts*: questo eserciterebbe, per un verso, una funzione valutativa attraverso le *Bewertungsnormen,* indirizzate alla generalità, in quanto dirette alla tutela di un interesse oggettivo; per altro, una funzione dispositivo-imperativa, attraverso le *Bestimmungsnormen* dirette unicamente ai destinatari dell'obbligo. Per la conciliazione di questa dicotomia nella dottrina italiana si vedano ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1955, p. 29; dello stesso Autore ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 61 e ss. Anche NUVOLONE, *Il sistema, cit.* p. 22: "La norma penale è comando che tende a garantire un interesse che il legislatore ritiene meritevole di particolare tutela". Abbiamo già visto come l'Autore metta in evidenza la duplice dimensione della norma penale: di comando e di garanzia. In PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1966, pp. 33 e ss. e 90 e ss., l'Autore afferma che è errato ritenere che la concezione della norma come comando – in particolare quella per la quale *"il valore della norma è tutto nella creazione dell'obbligo e nella imposizione della sua osservanza"* - contrasti con la teoria della norma come valutazione, in quanto quest'ultima non è che il presupposto logico per la formulazione di un imperativo. Il carattere imperativo della norma non elide, anzi, comprende il suo aspetto valutativo; in senso analogo MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, pp. 22 e ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1962, pp. 221 ss.; BONUCCI, *Il reato come fatto illecito e fatto punibile*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1919, p. 181; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, pp. 19 e ss.; BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1938, pp. 15 e ss.; ID., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1938, pp. 518 e ss.; ancora, NUVOLONE, *Il Sistema*, *cit*., p. 145, che fonda l'analisi dei temi penalistici sulla dicotomia norma – comando / norma – garanzia. La norma-comando descrive nell'ambito della fattispecie, il comportamento vietato o imposto: investe, cioè, il fatto nella sua dimensione oggettiva e soggettiva. Non tutto ciò che confluisce nella "norma" è tuttavia proiezione del comando (si pensi alle condizioni obiettive di punibilità o alle circostanze oggettivamente addebitate). Queste rientrano nel fatto di reato in senso lato, non in quello oggetto di comando. Mentre quest'ultimo compone la *fattispecie normativa* (quella cioè che contiene i riferimenti essenziali all'imputazione), tutto quanto esondi da essa compone la *fattispecie-punibilità*. Si può dire, scrive Nuvolone, che la *fattispecie-punibilità* partecipa, in misura più ampia del consueto, della dimensione di garanzia. Cfr. anche DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, pp. 43 e ss. La distinzione di Nuvolone corrisponde, ci pare, a quella fatta dal Dell'Andro tra *dimensione precettiva* e *di tutela della norma penale*, la seconda delle quali più ampia della prima, in quanto comprensiva di interessi ulteriori rispetto a quelli tutelati dalla fattispecie in senso stretto (precetto). Si tratta di una distinzione che affiora allorquando la teoria generale del reato comincia a prendere coscienza della distinzione tra reato in senso antiprecettivo e fattispecie penale. Una stessa norma penale potrà essere valutata da questa duplice prospettiva: quella precettiva-personale (formale) e quella lesiva di tutela (sostanziale). Assumendo che questo modo d'intendere la norma penale sia accoglibile, si comprende come secondo la prospettiva assunta, possa diversamente declinarsi il problema dell'unità o pluralità di reati, appunto affrontato dall'autore citato. Nella ricostruzione della fattispecie plurisoggettiva concorsuale – che peraltro rappresenta l'oggetto del lavoro dell'Autore – Egli fa propria una concezione di tipo oggettivo della norma penale e della fattispecie: una concezione, cioè, ricavata dalla considerazione dell'ambito di tutela ad esse sotteso. Il fatto tipico, l'integrazione, cioè della fattispecie penale astratta, è fatto *tipico-lesivo* (pp. 55 e ss.). Ciò che, ai perspicui fini dell'analisi condotta nell'opera citata, permette all'Autore di fondare la fattispecie plurisoggettiva autonoma è proprio l'aver assunto una concezione di tipicità oggettivo-strutturale, secondo la quale l'ambito di tutela è esso stesso contenuto, impresso, nella configurazione strutturale della fattispecie astratta. Da ciò si comprende come la fattispecie plurisoggettiva possa essere ricostruita nei termini di una *qualificazione giuridica* nuova e diversa dalla fattispecie monosoggettiva, in quanto dotata di nuova funzione incriminatrice (p. 86).
Benchè da una prospettiva non penalistica, segnaliamo anche SCARPELLI, *Il linguaggio valutativo e prescrittivo*, in *Jus,* 1953, p. 306, il quale evidenzia che il linguaggio prescrittivo e valutativo sono

Secondo tale rappresentazione la norma penale sarebbe dunque espressione di un duplice aspetto: per un verso, essa enuclea una scelta di tutela, condotta sulla scorta di criteri di meritevolezza; per altro verso, essa prescrive un comportamento.

Essa individua l'esito del giudizio di *punibilità* ([57]) effettuato dal legislatore in astratto, associando ad un modello di condotta una sanzione proporzionata alla sua violazione.

---

accomunati dall'essere entrambi diretti alla guida delle umane condotte. A conferma di questo assunto l'Autore prende in esame la tesi di Richard Mervyn Hare che, nel trattare la materia, fa riferimento più in generale al linguaggio prescrittivo, all'interno del quale distingue poi tra discorso imperativo e giudizi di valore. Nella dottrina tedesca, si vedano MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1938, p. 693; OEHLER, *Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen* in *Festschrift für Sauer,* 1949, p. 266; NOWAKOWSKI, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, pp. 286 ss. MIR PUIG, *Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert. Zum Verhältnis von Tatbestand und Norm*, in *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebziegen Geburtstag am 14. Februar 2008,* Tübingen, 2008, pp. 57 e ss., per il quale, il disvalore *"Unwert"* non andrebbe cercato in una *"Bewertungsnorm"*, bensì in un apprezzamento posto esso stesso a fondamento della *"Bestimmungsnorm",*ossìa in una *"Normbewertung"*.

Le teorie che distinguono e separano i profili imperativo e valutativo sono derivazione, come già abbiamo accennato, di divergenti concezioni del diritto e della norma giuridica (*supra*, in nota 43).

Per DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enciclopedia del Diritto,* II, Milano, 1958, pp. 552-553, l'aspetto imperativo della norma non costituisce la sua essenza, semmai il presupposto per il suo funzionamento pratico; essa non può dirsi neanche valutazione, essendo quest'ultima prodromica alla norma, non ad essa corrispondente. L'aspetto valutativo, osserva l'Autore, precede o segue la norma, ma non coincide con essa: essa è risultato di una valutazione e criterio di valutazione. Della stessa opinione DI ROBILANT, *cit*., p. 1440: "*mentre non si può affermare che la norma è un giudizio di valore, si può dire che essa è condizionata da un giudizio di valore*".

Le predette distinzioni rappresentano una premessa importante, come vedremo, per la comprensione dei dibattiti sorti intorno all'autonomia del diritto penale e al concetto di antigiuridicità penale, nelle sue plurime categorizzazioni: a solo titolo di esempio, mentre la concezione soggettiva di antigiuridicità è imperniata sulla violazione dell'imperativo contenuto nella norma, quella oggettiva trova il proprio fondamento nella violazione dello scopo di tutela. Ma su ciò, e più oltre, si vedano i §§ 8-8.1.

[56] Il carattere ipotetico della norma non elide la sua prescrittività, rappresentando la costruzione ipotetica soltanto un modo, una peculiare forma di esprimere l'imperativo, così BOBBIO, *ult. op. cit*., pp. 66 e ss. e p. 109, a proposito della distinzione tra imperativi categorici e imperativi ipotetici.

[57] Il tema della punibilità risulta essere piuttosto controverso, in quanto, sebbene possa apparire evidente il legame di tale espressione con i fondamenti etico-sociali della potestà punitiva e, dunque, con i connotati principali della pena, è stato rilevato come a ciò non abbia corrisposto una feconda elaborazione scientifica sul tema, salvo alcune poche trattazioni più specifiche, tra le quali riportiamo BATTAGLINI, *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale,* in *Annali di diritto e procedura penale,* 1934, pp. 1089 e ss. PETROCELLI*, Reato e punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1960, pp. 669 e ss. e MARINUCCI, *Fatto e scriminanti, cit.,* pp. 1190 e ss. Alla punibilità è stato, infatti, sovente negato un autonomo ruolo operativo, venendo talvolta intesa come conseguenza automatica dei dati della fattispecie - quando, cioè, riguardata con riferimento ai suoi presupposti causativi - talaltra intesa come contenuto della pena, quando proiettata nella dimensione applicativa. E' soltanto nella concezione del Battaglini, prima citato, che la punibilità viene inserita tra gli elementi del reato. L'orientamento in parola non fu accolto sul piano teorico, poiché non solo fondato sull'inversione metodologica di aver scambiato l'effetto con la causa, ma anche giudicato un inutile doppione dell'antigiuridicità. Tra le voci critiche, NUVOLONE, *Il sistema, cit*., p. 189, per il quale la punibilità non costituisce elemento, bensì attributo essenziale del reato, si veda RUGGIERO, G., voce *Punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto,* XXXVII, Milano, 1988, pp. 1118 e ss. Per ulteriori

Tanto premesso, appare evidente che la sola funzione assegnata alla sanzione all'interno del meccanismo della norma penale è di stabilirne l'ambito di operatività, individuando i termini di rilevanza penale della condotta ivi descritta, senza con ciò concorrere alla definizione dei suoi contenuti ([58]).

Quest'ultimo asserto richiede tuttavia una precisazione: escludere che la sanzione possa concorrere alla definizione semantica di un elemento di fattispecie o a quella di una fattispecie nel suo complesso non significa altresì escludere che la sanzione possa venir considerata dal giudice, nel fisiologico svolgersi del processo interpretativo, come criterio per orientare la valutazione del caso concreto, già individuato, tuttavia, alla stregua del riferimento testuale contenuto nella fattispecie legale.

Mentre nel primo caso la sanzione assume efficacia "costitutiva" del riferimento normativo alla stregua del quale il caso concreto viene valutato (o meglio, *qualificato*), in quanto sarebbe la valutazione di gravità a stabilire il *significato* dell'elemento costitutivo di fattispecie o della fattispecie nel suo complesso - e, dunque, a decretare la sussistenza del parametro normativo stesso ([59]); nella seconda

---

riferimenti, cfr. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto,* VI, 1960, pp. 609 e ss. Tra i sostenitori della punibilità come elemento del reato, NURULLAH KUNTER, *Tipicità e punibilità come elementi legali del reato,* in *Rivista penale*, 1950, p. 350. Il tema imporrebbe il rinvio ad un vastissimo panorama bibliografico, per una cospicua parte del quale segnaliamo DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016.

[58] Sul ruolo della sanzione nella definizione di reato, cfr. GALLAS, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit,* in *Beiträge zur Verbrechenslehre*, a cura di Wilhelm Gallas, Berlin, 1968, pp. 8 e ss.

[59] E' quanto accade allorquando si pretenda di ricostruire i limiti formali della fattispecie astratta e dei suoi elementi sulla base della concreta offensività del caso, come spesso accade per tutte le fattispecie fondate su una notevole anticipazione della tutela penale (a titolo di esempio, si pensi ai delitti contro l'ordine pubblico o contro la personalità dello Stato, dove si addensano numerose fattispecie ritagliate sui modelli dei delitti di attentato). Per un recente riferimento giurisprudenziale in tema di pedopornografia, cfr. Cass. Pen., Sez. III, n. 16340/2015, a proposito della condotta di *produzione* di materiale pedopornografico: aderendo ad un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, la Corte accoglie un'interpretazione della condotta incriminata dall'art. 600-ter, c.1, secondo la quale essa può dirsi integrata se abbia raggiunto una consistenza tale da implicare il concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto. Sul ricorso all'offensività come criterio esegetico, cfr. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione,* in *Scritti in onore di Costantino Mortati,* vol. IV, 1977, pp. 448 e ss. In senso critico, ZUCCALA', *Due questioni attuali sul bene giuridico. La pretesa dimensione "critica" del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene,* in *Rivista trimestrale di diritto penale economico,* 2004, p. 846. Per un'illustrazione del procedimento ermeneutico applicato a casi giudiziari per lo più legati alle fattispecie di associazione per delinquere, falso in bilancio e violenza sessuale, segnaliamo FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2000, pp. 353 e ss. e CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cassazione penale,* 2006, pp. 1184 e ss. Si colloca nell'alveo di tali problematiche la riflessione sul ruolo recentemente attribuito alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.), per la quale rinviamo a GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività o irrilevanza penale*

ipotesi illustrata il profilo di gravità concretamente rilevato indirizza il giudice nell'apprezzamento delle caratteristiche del caso concreto all'unico fine di individuare la specifica fascia di pena da associare al fatto già ricondotto nell'alveo applicativo della fattispecie astratta.

Nell'un caso è la premessa maggiore a cambiare in funzione della minore; nell'altro, stabilita la premessa maggiore – il parametro linguistico, cioè, alla stregua del quale operare l'accertamento del fatto, la sua qualificazione – ciò che può variare è soltanto il margine di pena per il caso concreto, individuato alla stregua del riferimento legale ([60]).

Mentre la prima ipotesi non differisce dal procedimento analogico, la seconda non esonda dai limiti del procedimento interpretativo ([61]).

---

del fatto?, in *Cassazione penale*, 2001, pp. 2535 e ss., il quale, rispetto alle ipotesi di scarsa significatività dell'offesa (teoricamente diverse da quelle di "inoffensività"), ritiene che queste debbano essere considerate vere e propri casi di irrilevanza penale del fatto, da ricondurre, più che ad una generica "causa di non punibilità", alla stessa insussistenza del reato, in quanto "*il fatto tipico non avrebbe raggiunto la soglia minima di offensività ragionevolmente idonea a giustificare l'esistenza di un illecito penale*". In senso contrario, tiene ben distinte "inoffensività" e "offesa tenue" VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel Secondo Novecento,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E.Paliero, Milano, 2006, pp. 2077 e ss. Riteniamo che l'esito di ritenere esclusa l'offensività del fatto possa essere raggiunto tutte le volte in cui venga a mancare un elemento essenziale del fatto tipico, posto che l'offesa è circoscritta entro l'ambito di rilevanza penale designata dai singoli elementi costitutivi di fattispecie. Essa potrebbe venir meno al mancare di uno di essi. Ci appare meno persuasiva l'idea che l'offesa possa venir meno nonostante l'integrazione di tutti gli elementi di fattispecie. Sulla valorizzazione della struttura della fattispecie, in luogo di un'acritica esaltazione del bene giuridico, cfr. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, parte introduttiva, pp. 1-25 e MANTOVANI, *Contributo*, *cit*., p. 52. Sulla ricostruzione del bene giuridico in tutte le sue funzioni, le principali delle quali possono essere considerate quella dommatica e quella critica, rinviamo al contributo di ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 106, in particolare, sulla differenza tra oggetto materiale e bene giuridico. Sull'art. 131-bis c.p. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p.*, in *Studium Iuris*, 2015, pp. 968 e ss. e, ancora, AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali,* in *Scritti in onore di Sergio Moccia*, 2017, pp. 393 e ss. Sui rapporti tra tipicità e offensività, MANTOVANI, *Il problema dell'offensività del reato nelle prospettive di riforma del codice penale*, in *Problemi generali di diritto penale – contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, pp. 63 e ss. e FIORE, *Principio di tipicità e concezione realistica del reato*, in *Problemi generali di diritto penale: contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano 1982, pp. 57 e ss.

[60] A proposito della diversa ampiezza che la norma può guadagnare rispetto al fatto concreto, forniscono utili spunti di riflessione, ancorchè in tema di errore, PALAZZO, *L'errore su legge extrapenale*, Milano 1974, pp. 90 e ss. (in particolare, § 4, Cap. IV), il quale distingue tra *esistenza*, *struttura* e *ampiezza* della norma, e (in senso critico su quest'ultima ricostruzione) PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

[61] La difficoltà dell'esatta distinzione tra interpretazione estensiva e analogia deriva dal fatto che in entrambe le operazioni viene usato il medesimo procedimento logico. Ciò che muta è l'ambito in cui tale procedimento opera, a seconda che si muova all'interno di una norma o all'esterno di essa, verso la produzione di norme nuove, in base ad un principio comune alla norma già posta ed alla norma da

Fatte queste precisazioni, riteniamo che sottolineare lo stretto legame della punibilità – che in questo particolare frangente di cui ci stiamo occupando, dovrà necessariamente dirsi "astratta" – con il funzionamento della norma penale ([62]) conduca a valorizzare la sanzione nei limitati termini di un riferimento legislativo utile all'apprezzamento del giudizio di valore sotteso alla scelta di tipizzazione del legislatore.

Al di là della funzione che la sanzione ricopre nel regolare, infatti, l'efficacia prescrittiva ([63]) della norma penale – aspetto, questo, legato più in generale alla giuridicità della norma (giuridica) ([64]) – ci pare che questa non possa "costituire" i contenuti della fattispecie, bensì solo il *perché* questi rilevino e in quale *modo* (quanto gravemente viene valutata la condotta che il precetto vieta) ([65]).

---

porre, cfr. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale,* in *Novissimo Digesto italiano*, I, 1957, p. 605. Anche MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2007, pp. 1254 e ss. Sull'argomento, in particolare con riferimento al rapporto con la teoria sui limiti taciti della norma penale, cfr. anche CAIANI, voce *Analogia*, in *Enciclopedia del Diritto,* II, 1958, pp. 349 e ss.

[62] Considera la punibilità nel contesto della fonte normativa nella quale si incorpora, RUGGIERO, G., voce *Punibilità*, *cit*., pp. 1124-1126. Per gli stretti legami del tema in oggetto con la teoria della norma, cfr. le pagine di DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pp. 65 e ss. BONUCCI, *Il reato, cit*., pp. 175 e ss.

[63] Il ruolo assunto dalla sanzione nella dinamica interna alla norma penale non solo conferisce a quest'ultima, come abbiamo già visto, il carattere della prescrittività ma individua anche i *limiti* entro i quali l'effetto giuridico può venire a prodursi. La sanzione finisce per contenere logicamente non solo la minaccia, ma anche l'attuazione di ciò che viene minacciato: *si tratta di una restrizione coattiva della sfera giuridica, minacciata dall'ordinamento al fine di impedire la trasgressione del precetto e applicata come reazione alla trasgressione quando questa si è verificata*. Il legame logico tra precetto e sanzione compone l'unità della norma, permettendo la tutela della sua funzione, così PETROCELLI, *Principii di diritto penale*, Napoli, 1955, p. 93.

[64] Sul tema ci è parso utile il contributo di MANDRIOLI, *Svolgimenti sulla sanzione e su una recente negazione*, in *Jus,* 1956, pp. 362 e ss. L'Autore, in seno al dibattito sulla sanzione avviato con altri studiosi, in particolare, con Allorio, espone la propria concezione di sanzione, come strumento utile ad assicurare la necessarietà delle norme, la loro giuridicità. Il *proprium* costante della sanzione consiste nell'essere questo lo strumento di cui l'ordinamento si dota per il mantenimento della sua stessa efficacia; la sua essenza consiste dunque nella "possibilità costante" (p. 373) di una reazione dell'ordinamento a fronte della violazione di una delle sue norme, alla "violazione del precetto". In aperta critica ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Rivista di diritto civile,* 1956, pp. 1 ss. Sui vari tipi di sanzione, si veda BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Novissimo Digesto italiano*, XVI, 1969, pp. 530 e ss.

[65] Essa è funzionale a distinguere, almeno sul piano formale, l'illecito penale dalle altre forme d'illecito. Sul punto, merita particolare attenzione la Circolare della Presidenza del Consiglio del 19 dicembre 1983 recante *"Criteri orientativi per la scelta di sanzioni penali e sanzioni amministrative"*, di cui forniscono accurato commento PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1984, pp. 952 e ss., PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice penale*, 1986, pp. 35 e ss. e PARODI GIUSINO, *Il ruolo del bene giuridico nella formulazione delle fattispecie penali*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale – Itinerari, problemi e prospettive*, Milano, 1993, pp. 459 e ss. Secondo quanto previsto dalla Circolare i criteri che dovrebbero orientare la scelta tra la sanzione penale e la sanzione amministrativa sono due: quello di *proporzione* e quello

Mentre dunque la fattispecie legale, contenuta nel precetto, individua l'oggetto (l'esito) del giudizio di punibilità, la sanzione governa le modalità di funzionamento di tale giudizio, per non dire che ne costituisce il vero e proprio fondamento *funzionale*: la sua condizione di esistenza.

La misura sanzionatoria suggella la proporzione interna alla norma rispetto al contenuto della fattispecie legale e garantisce, in tal modo, lo svolgersi delle funzioni della pena ([66]).

Quanto esposto consente di affermare, inoltre, che ad ogni sanzione sta il proprio precetto ([67]), secondo un nesso di mutua esclusività necessario al funzionamento

---

di *sussidiarietà.* Il tema si estende verso i vasti orizzonti del rapporto tra diritto penale e illecito punitivo amministrativo, disciplinato dai progressivi interventi di depenalizzazione (tra i più rilevanti la l. 689/1981, il d.l. 505/1999 e, da ultimo, il D.L.vo 8/2016) e tocca le altrettanto ampie questioni relative al bene giuridico, alle tecniche di tutela e alla razionalizzazione dell'odierno sistema punitivo: tutti temi attinenti, per il vero, più alla politica criminale che al diritto in senso tecnico, cfr. tra i molteplici, DOLCINI, "*Depenalizzazione" e tipologia delle sanzioni*, in *Temi*, 1977, pp. 371 e ss.; NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1968, p. 60; in particolare, sui diversi significati di depenalizzazione e sull'opportunità di intendere questa in astratto come valido rimedio all'ipetrofia penalistica, cfr. GIUNTA, *Depenalizzazione,* in *Dizionario di Diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, p. 207.

[66] I due asserti ci inducono a ribadire nuovamente che la sanzione non determina l'esistenza del precetto, bensì la sua operatività da un lato, e la sua "natura", dall'altro, al fine di distinguere il precetto penale da quello amministrativo, ad esempio. Quanto al contributo della sanzione allo svolgimento delle funzioni della pena, occorre precisare che tale contributo è da subordinare all'*efficacia* della sanzione medesima, cioè alla sua applicazione. Sulla nozione di efficacia in rapporto a quella di validità, rinviamo al testo di teoria del diritto del Kelsen, KELSEN, *cit.*, p. 39. Sulle diverse nozioni di efficacia dichiarativa e costitutiva, si veda FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, 1965, pp. 482 e ss.

[67] L'assunto ci pone, tuttavia, di fronte alle ipotesi, problematiche, di norme penali incriminatrici contenenti plurime condotte associate ad una medesima sanzione. Casi come questo comportano infatti l'alterazione del rapporto di mutua esclusività tra precetto e conseguenza sanzionatoria, imponendo di risolvere il quesito relativo al riconoscimento del precetto stesso, cfr. FINZI, *Reati con azioni plurime*, in *Giustizia penale*, 1933, p. 1646. L'Autore distingue tre diverse ipotesi: norme che contengono la descrizione di più azioni tra loro indipendenti ma accomunate dall'essere tutte riconducibili ad un criterio unitario; norme che contengono la descrizione di più azioni non ben delimitate reciprocamente, anzi fra loro somiglianti e avvinte in una configurazione sintetica; norme che contengono azioni che costituiscono una vera e propria pluralità di reati (p. 1649). Egli scrive che rispetto al primo caso si avrà unicità di reato; nel secondo, un reato continuato; e nel terzo caso, un concorso materiale di reati. Il Binding è tra i primi a porre attenzione a questo fenomeno (p. 1656): secondo l'opinione dell'Autore tedesco si ha *Mischgesetz* quando il contenuto della legge penale (il *Tatbestand*) è costituito dalla violazione di più norme. Le plurime azioni (che incarnano le violazioni di legge) sono tutte punibili dalla medesima sanzione; questa si applica quando venga posta in essere l'una o l'altra delle azioni contrarie al precetto. Il legislatore avrebbe adottato questa tecnica per ragioni di brevità, dimenticando tuttavia che ad ogni violazione dovrebbe corrispondere la propria sanzione. Il contenuto del *Tatbestand* conserva così solo apparentemente la sua unità; contemplato più da vicino, si divide in una somma di contenuti non riuniti interiormente ("*nicht innerlich verbundene Tatbestände*", ripreso da BINDING, *Die Normen*, *cit*., pp. 205-209). L'Autore fa altresì riferimento alla ricostruzione di Beling che nella sua *Lehre vom Verbrechen* distingue i casi in cui si abbia pluralità di tipi (*Vielzahl von Typen*) con apparente unità di legge dai casi in cui un legame interiore abbracci il contenuto del reato (*das tatbestandlich Fixierte*): nel primo caso si avrà un tipo di reato con

della norma penale. La precisazione si rivela importante ai fini di quanto andremo ad esporre successivamente (infra §§ 3-4, Cap. II).

8. *L'avveramento dei presupposti della sanzione penale: l'illiceità del fatto.*

Aver rilevato la funzione della sanzione nell'interna struttura della norma penale lascia tuttavia insoluto il problema sul come insorgano le conseguenze giuridiche. L'interrogativo sotteso alla trattazione delle prossime tappe del nostro pensiero – che collochiamo nella parte *dinamica* dell'analisi della norma penale - tocca dunque la definizione delle premesse che concorrono all'attivazione del meccanismo penale, cioè della sanzione punitiva. In particolare, ci poniamo di fronte al quesito se sia sufficiente l'integrazione dei requisiti della fattispecie legale, oppure se occorra, altresì, che a questi si affanchi il contributo di ulteriori elementi concreti che, "sfuggiti all'astrazione tipizzatrice della norma giuridica penale, possano a volte escludere che gli estremi formali tipici realizzino in concreto un disvalore giuridico", condizionando, così, l'effetto penale.

Il tema costituisce, come si può notare, il seme da cui è nato l'interesse per il tema dell'antigiuridicità ([68]) – per adesso intesa in senso lato - e rappresenta, più in particolare, il problema sotteso alla distinzione – ammesso che la si voglia accogliere - tra le concezioni formale e sostanziale della medesima ([69]).

---

modalità equivalenti; nel secondo, un quadro chiuso, individualizzato nella sua specialità qualitativa, si veda BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* Aalen, 1964, pp. pp. 267 e ss.; per qualche rilievo critico sulle *Mischgesetze* dell'ordinamento tedesco, cfr. DELOGU, *Le norme penali congiunte,* in *Annali di diritto e procedura penale,* 1936, pp. 521 e ss. Ancora, VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della legge Merlin,* in *Studi in onore di F. Antolisei,* vol. III, Milano, 1965, pp. 347 e ss. Su problematiche analoghe, benchè in relazione alle circostanze, cfr. MANERA, *Sul giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee e sul concorso tra circostanze aggravanti previste in uno stesso numero dell'art. 625 c.p.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, pp. 545 e ss.

[68] Per una ricostruzione delle diverse definizioni di antigiuridicità, rinviamo, per tutti, a BRICOLA, voce *Teoria generale del reato,* in *Novissimo Digesto Italiano,* XIX, Torino, 1973, pp. 26-27; per la concisa evocazione dei problemi essenziali relativi al tema, segnaliamo TESAURO, *L'antigiuridicità penale,* in *Foro penale,* 1961, pp. 1 e ss. Sulla disputa dell'antigiuridicità come elemento o come essenza del reato, si vedano SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1946, p. 130; GUARNIERI, *Diritto penale, cit.,* p. 164; MANZINI, *Istituzioni di diritto penale*, Padova, 1958, pp. 47 e ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1962, p. 218 e dello stesso, in PANNAIN, *La struttura del reato*, Torino, 1958; ANTOLISEI, *Manuale, cit*. pp. 176 e ss. tutti concordi nel ricostruire l'antigiuridicità come carattere, essenza, predicato del reato, non elemento del medesimo.

[69] Si è correttamente rilevato che il problema dell'antigiuridicità può essere affrontato da due diverse prospettive: quella di teoria generale del diritto, che inquadra la questione prescindendo dalle specificità dei singoli ordinamenti e dei singoli settori di ciascuno di essi, e quella "strutturale", incentrata sull'analisi degli elementi che, in un dato ordinamento, configurano il fatto antigiuridico. La

La dicotomia in parola – di ampio interesse ai fini della nostra indagine – muove, più specificamente, dal seguente interrogativo: premesso che l'illecito (ad esempio, penale) è costituito dall'insieme degli elementi condizionanti un determinato effetto giuridico (ad esempio, la pena) ([70]), è sufficiente, per la produzione di quest'ultimo, che l'insieme di tali elementi sia conforme al modello normativo della fattispecie astratta, oppure è altresì necessario, sempre al fine di essere idoneo a produrre l'effetto in parola, che tale insieme di elementi contrasti con lo scopo pratico perseguito dalla legge ([71])?

Gli esiti di tale quesito ci appaiono chiari: dando risposta positiva alla prima domanda, l'antigiuridicità viene a coincidere con il giudizio di conformità del fatto alla fattispecie (alla cd. tipicità dinamica, di cui abbiamo fatto cenno al § 5 di questo Capitolo); rispondendo, invece, positivamente alla seconda, l'antigiuridicità si risolve in una valutazione più ampia della mera interpretazione esegetica da rimettere, tuttavia, egualmente al giudice.

Altrettanto chiare ci sembrano, altresì, le premesse che soggiacciono agli sviluppi appena illustrati: il primo di essi sottende, infatti, la sufficienza del precetto penale come parametro alla luce del quale qualificare la condotta contraria al diritto.

---

prima prospettiva, che assume l'antigiuridicità come problema di *qualificazione giuridica* (prospettiva che sentiamo di condividere), descrive quest'ultima nei termini di contrasto tra il fatto e la norma, esaurendosi essa in un sillogismo che ha per premessa maggiore la norma e per medio una qualunque situazione di fatto. Appare evidente che in questa peculiare prospettiva la distinzione tra concezione formale e materiale di antigiuridicità rappresenta uno pseudo-problema, poiché già con il rapporto di contrasto (dunque, nella sua accezione formale) si esaurisce anche il disvalore che essa incarna, così GALLO-SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale,* in *Enciclopedia Treccani,* II, 1988, p. 2; anche PANNAIN, *Manuale, cit.,* pp. 215 e ss. (parte sull'antigiuridicità). Il problema si lega alla disputa sulla concezione formale e sostanziale di reato. Quest'ultima, della cui sensatezza si è dubitato, comporta una deviazione dal campo giuridico-penale, a favore della quale ci pare si siano espressi PERGOLA, *Il reato*, Roma, 1930, pp. 20 e ss.; così anche VALLETTA, *L'antigiuridicità penale in relazione allo scopo della pena*, Napoli, 1951. Per un orientamento analogo si vedano anche MAGGIORE, *Principii del diritto penale,* Bologna, 1939; FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934, pp. 59 e ss.; DE MARSICO, *Diritto penale*. *Parte generale*, Napoli, 1937, pp. 143 e ss. Si oppone, invece, a simili ricostruzioni e agli influssi di matrice filosofica il Massari, cfr. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930, pp. 1 e ss. Sul ruolo del *sentimento giuridico* come componente del diritto contro e a favore delle fonti formali, MASSARI, *La norma penale,* Santa Maria Capua Vetere, 1913, p. 137. Si segnala in questa sede altresì la posizione di PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico di reato,* Milano, 1954 (si veda la parte introduttiva, in particolare), il quale precisa il rapporto dell'approccio adottato nell'opera rispetto a quello "filosofico" e "naturalistico". Esso implica una critica alla concezione deontologica di reato (concezione, cioè, normativa) e, d'altro canto, una valorizzazione del suo presupposto naturalistico. Sulla prospettiva ontologica, ancorchè inserita nell'analisi del concetto di azione, segnaliamo PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, pp. 193 e ss.

[70] Si veda *supra* nota 45.

[71] Abbiamo qui riportato le parole di DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità, cit*., 1958, p. 554.

Il secondo sviluppo impone, invece, la valutazione di condizioni ulteriori che, sopravanzando la violazione del precetto penale, appaiano in grado di ricavare *aliunde* un significato sostanziale dell'accadimento conforme al tipo.
Prescindendo questa valutazione dall'accertamento della tipicità formale, essa si sostanzierebbe, allora, in un giudizio di valore ulteriore e diverso rispetto a quello già compendiato nella fattispecie legale.

8.1. Segue: *l'illiceità come realizzazione della fattispecie.*

Sarebbe in questa sede una pretesa ambiziosa il solo far cenno alla imponente trattazione dell'antigiuridicità ([72]). Il nostro intento è qui invece quello di limitare l'indagine al quesito di partenza, diretto alla comprensione del legame che intercede tra la previsione astratta del comportamento vietato – il precetto penale - e l'applicazione in concreto delle conseguenze sanzionatorie.
L'antigiuridicità viene comunemente descritta nei termini di un *giudizio di relazione* che descrive il contrasto della condotta umana con l'ordinamento ([73]).
Mentre l'oggetto di tale giudizio è rappresentato da una condotta umana, già valutata come tipica per essere questa conforme alla fattispecie astratta, il parametro alla stregua del quale avviene la valutazione della penale rilevanza della condotta concreta non potrà che essere la norma giuridica.
E' stato osservato, infatti, che rappresenterebbe un'imprecisione concettuale affermare che il rapporto di contrasto riguardi l'ordinamento nel suo complesso, e non piuttosto le sue singole componenti, le norme. Esse rappresentano, in effetti, il riferimento minimo alla stregua del quale il giudizio può trovare ragionevolmente la sua concreta formulazione ([74]).

---

[72] Per una circoscritta panoramica sul dibattito italiano, VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 427 e ss; a proposito della collocazione dogmatica dell'antigiuridicità nel sistema di reato, in relazione e al fatto e alla colpevolezza, SANTORO, *Circostanze, fatto ed antigiuridicità nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, III, Roma, 1933, pp. 340 e ss.
[73] JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,* Berlin, 1996, p. 233, che chiaramente la qualifica nei termini di "*Widerspruch gegen das Recht",* così riprendendo la definizione di NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit,* in *Festgabe für Frank*, 1930, 343; MEZGER, *Diritto penale. Strafrecht*, trad. it. a cura di Filippo Mandalari, Padova, 1935, p. 181.
[74] PETROCELLI, *Riesame, cit*., p. 387, in cui l'Autore fa riferimento alla differenza tra *Normwidrigkeit* e *Rechtswidrigkeit,* dovendosi intendere, con la prima, il rapporto di contrasto con la

La questione che ha dato adito al sorgere delle diverse concezioni di antigiuridicità concerne, del resto, proprio l'individuazione della *norma* sulla base della quale ricostruire questo rapporto di contrasto, nonché la determinazione del significato ad essa ascrivibile.

Come già abbiamo avuto occasione di rilevare (si veda, *supra* nota 60), mentre secondo una prima ricostruzione il predetto contrasto riguarderebbe la norma intesa come scopo di tutela, secondo un diverso orientamento, invece, esso concernerebbe la norma intesa come imperativo.

Più specificamente, per i sostenitori dell'antigiuridicità oggettiva, la norma svolgerebbe la funzione di regolamentare la condotta dei consociati allo scopo di permetterne una pacifica convivenza; il carattere antigiuridico della condotta consisterebbe allora nella violazione del profilo oggettivo della norma giuridica: quello, cioè, in cui è impressa la valutazione che l'ordinamento compie rispetto a determinati beni della vita associata, in ordine ai quali appare meritevole una specifica garanzia di tutela ([75]).

Diversamente, secondo una ricostruzione soggettiva dell'antigiuridicità ([76]), essendo il diritto diretto a stabilire dei modelli di condotta e, così, ad indirizzare i

---

singola norma e, con la seconda, il rapporto di contrasto con l'ordinamento tutto (*Verstoss gegen die Rechtsordnung als Ganzes)*: differenza qualificata in termini di contraddizione.

[75] La concezione oggettiva, per la quale l'antigiuridicità andrebbe costruita sulla base della norma giuridica intesa come *Bewertungsnorm* è stata largamente accolta dalla dottrina, rinviamo alle indicazioni bibliografiche di cui in MEZGER, *ult. op. cit.*, pp. 182 e ss. (in particolare, in note 1 e 2). Rivolge critiche alla nozione di *Verbrechen* in termini di *Rechtsgutverletzung*, GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Berlin – Leipzig,1936, pp. 50 e ss. (in particolare, si vedano pp. 55-61).

Ci appare in questa sede doveroso osservare che, sebbene larga parte della dottrina abbia fondato la differenza tra le due concezioni (oggettiva e soggettiva) di antigiuridicità sull'oggetto della norma, ritenendo sussistente la prima quando il contrasto riguardi gli elementi oggettivi della fattispecie, esterni all'agente, e la seconda quando esso concerna il profilo subiettivo della stessa, non si è mancato di osservare che sarebbe forse più opportuno costruire tale distinzione sulla base di un diverso parametro: il valore giuridico alla stregua del quale condurre il giudizio di antigiuridicità. Il dibattito tra le diverse concezioni, più che vertere sull'oggetto, dovrebbe invece riguardare il parametro di giudizio. Ne deriva che la concezione soggettiva, assumendo come parametro di giudizio la volontà imperativa della norma giuridica, si risolve nel contrasto tra l'atto di volontà del singolo e l'atto di volontà della norma giuridica; mentre quella oggettiva, formulata sulla base della valutazione di scopo operata dall'ordinamento, consisterebbe nel contrasto tra la condotta umana e gli scopi dell'ordinamento, si veda per tutto quanto esposto DELL'ANDRO, voce, *Antigiuridicità, cit*., p. 545.

[76] Osserva il Petrocelli che l'indirizzo soggettivistico dell'antigiuridicità non deve essere confuso con il diritto penale della volontà e ciò in quanto il primo, fondandosi sulla funzione imperativa del diritto e sulla concezione di norma come comando, accentua il ruolo attribuito alla norma nella sua dimesione giuridica ed etica, a salvaguardia della garanzia individuale; il secondo, sorto, al contrario, da un profondo abbassamento del valore della norma, pone piuttosto la comunità al di sopra della legge, esaltando il coefficiente soggettivo per il perseguimento di finalità di prevenzione di stampo

comportamenti dei consociati, la norma ricoprirebbe in questo quadro la veste dell'imperativo ([77]) e l'antigiuridicità, di conseguenza, si esaurirebbe nel contrasto della condotta umana con il profilo individual-precettivo contenuto nella norma, definita, appunto, *Bestimmungsnorm* ([78]).

Come evidenziato in precedenza, riteniamo che i due aspetti non debbano essere tenuti separati e che entrambi trovino, anzi, equilibrato compendio nella norma penale.

Implicando la norma penale l'imposizione dell'obbligo, essa non soltanto determina l'individuazione del soggetto a carico del quale tale obbligo è posto, bensì anche circoscrive il contenuto della prescrizione stessa ([79]).

Ci sembra che il connubio tra i due profili oggettivo e soggettivo si realizzi, peraltro, in corrispondenza del concetto di azione ([80]).

---

liberticida, cfr. PETROCELLI, *L'Antigiuridicità, cit.,* pp. 82 e ss. Su punto si rinvia anche a ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe 1960, pp. 421-423. Per un saggio del secondo modello, segnaliamo DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, Berlin, 1935 (in particolare pp. 35 e ss); cfr. anche VOLK, voce *Reato nei paesi di lingua tedesca*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XI, Torino, 1996, pp. 300 e ss.

[77] E' nota, sul tema, l'obiezione mossa alla predetta concezione della norma giuridica: essa potrebbe fungere da comando solo nei confronti dei soggetti capaci, così in PETROCELLI, *L'antigiuridicità, cit*., pp. 48 e ss.; anche ENGISCH, *ult. op. cit.*, p. 415. La versione soggettiva dell'antigiuridicità ha portato ad una sovrapposizione della categoria in parola con la colpevolezza, sul punto si veda per tutti BRICOLA, voce *Teoria*, *cit*., pp. 62 e ss. Contrario alla ricostruzione di reato, o meglio, di condotta, nei termini di *Pflichtverletzung,* SPENDEL, *Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem,* in *Festschrift für U. Weber,* Bielefeld, 2004, pp. 3 e ss. Con specifico riferimento al concetto di azione, nelle diverse versioni occorse in dottrina, di veda MAYER, *Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff*, in *Festschrift für von Weber*, 1963, pp. 137 e ss.

[78] Rinviamo, in principal modo, alla manualistica tedesca, tra cui, nuovamente, JESCHECK, *ult. op. cit*., p. 237 e ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* München, 2006, pp. 322 e ss. Sebbene nella sua versione originaria questa si fosse risolta nella commistione tra antigiuridicità e colpevolezza, da ultimo è stato evidenziato che della distinzione tra i due piani (oggettivo e soggettivo) non si dovrebbe seriamente dubitare, p. 323.

[79] Accogliamo pertanto la tesi per cui l'antigiuridicità penale si sostanzierebbe nella violazione della norma penale intesa nella sua duplice veste: sia come fonte dell'obbligo, sia come fondamento di tutela di un interesse, v. PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, Padova, 1947, p. 10. "*Principio fondamentale dell'antigiuridicità è che essa non si fonda su un rapporto di contraddizione meramente naturalistico tra il fatto e un interesse umano, cioè sul semplice esistere nella vita sociale di un certo interesse che è leso da un certo fatto, bensì essenzialmente (ed esclusivamente, come si vedrà) sulla* dichiarazione giuridica *di questo contrasto. Ciò che è essenziale è la qualificazione giuridica del fatto."* (p. 11). Si vedano anche dello stesso Autore, in *Principi*, *cit.,* pp. 90 e ss. e 97 e ss.

Riportiamo a tal proposito alcune osservazioni utili alla riflessione sul superamento della tradizionale contrapposizione tra descrittività e prescrittività della norma: il carattere valutativo della norma non collide con quello imperativo della stessa "atteso che non è il comando arbitrario, né l'automatico meccanismo della causalità giuridica, bensì la presa di posizione manifestata dall'ordinamento mediante un giudizio di valore inserito tra precetto e sanzione, fattispecie e conseguenza giuridica, che caratterizza il fenomeno normativo nella sua essenza", da RUGGIERO, G., voce *Punibilità, cit.*, p. 1123.

L'azione, valutata alla stregua dell'ordinamento giuridico, costituisce il perno sul quale si sostiene il giudizio di antigiuridicità nella sua duplice dimensione.

Il concetto di azione rappresenta, infatti, la condizione minima indispensabile per valutare come l'individuo si pone nel mondo, divenendo centro d'imputazione delle conseguenze che dal suo agire derivano ([81]).

Se la relazione di contrasto della condotta umana ha come riferimento la norma penale nella sua duplice dimensione, venendo così essa intesa come sintesi di tutela e di comando, occorre allora comprendere se la predetta sintesi sia ricompresa entro e non oltre i confini della fattispecie legale astratta o se da essi vada esondando ([82]).

---

[80] Per l'analisi dell'azione nella prospettiva naturalistica e ontologica, MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1971 (in particolare pp. 80 e ss.). Per un concetto *normativo* di azione, JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, pp. 12-13. Anche MEZGER, *Die Handlung im Strafrecht*, in *Festschrift für Rittler,* 1957, 119 e ss. che accoglie una definizione complessa di azione, causale e finalistica insieme.

[81] PETROCELLI, *L'Antigiuridicità, cit*., pp. 71 e ss. L'Autore osserva che le ricostruzioni oggettivistiche, ispirate all'idea che nel diritto sia essenziale la funzione valutativa, e che dunque sia l'evento primariamente a segnalare l'illiceità di un fatto, dimenticano che tutto quanto rappresenta un "fatto" agli occhi del diritto, assume rilevanza in quanto riconducibile ad un'umana condotta. L'evento in sé, senza legame alcuno con l'azione dell'uomo, non si presta ad una qualifica di liceità o illiceità. Di esso potrà semmai essere rilevata la lesività rispetto ad un interesse. Sul tema, anche MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale,* in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Milano, 1984, pp. 256 e ss. il quale predilige invece una lettura fondata sul disvalore di evento. Per l'orientamento contrario, in chiave criminologica, MORSELLI, *Disvalore di evento e disvalore di condotta nella teoria del reato,* in *Rivista italiana,* 1991, p. 796 e ss.

[82] Per il primo indirizzo, sostanzialmente, PALAZZO, *op. cit*., pp. 259-260, il quale, aderendo alla tesi di Nuvolone, sostiene che il parametro normativo alla stregua del quale individuare – o meglio, qualificare – il fatto concreto sarebbe costituito dalla norma "reale". Questa deriverebbe dal concorrente intervento dei *limiti esegetici* – da intendere come i limiti posti alla punibilità dagli elementi essenziali della fattispecie incriminatrice e, dunque, dalla norma contenente una preliminare valutazione del fatto - e dai *limiti scriminanti*, che, agendo in un momento logicamente successivo ai limiti esegetici, sottrarrebbero all'ambito di applicazione della norma incriminatrice (cd. norma apparente) i casi corrispondenti a situazioni in cui il fatto descritto dalla norma incriminatrice non costituisce reato. Come prima accennato la distinzione tra norma apparente (anche qualificata norma in senso stretto, generica, imperfetta) e norma reale (anche detta norma in senso lato, specifica, perfetta) è di NUVOLONE, *I limiti taciti*, Padova, 1972, p. 33. Per l'Autore le norme favorevoli concorrono insieme ai limiti esegetici per l'individuazione del fatto tipico (pp. 46-47), benchè in forma negativa, cioè, agendo per sottrazione; in senso concorde anche GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, p. 230.

Stando a questa rappresentazione il fatto descritto e circoscritto dai soli limiti esegetici non identifica l'ambito della tutela penale perché non coincide ancora con il fatto-reato ma con un fatto *generico*, non ancora in contrasto con l'ordinamento.

Per sintetizzare, dunque, l'operatività delle scriminanti sarebbe basata su un duplice presupposto: per un verso esse agirebbero per sottrazione, estraendo dall'ambito di punibilità massimo stabilito dai limiti esegetici perspicue ipotesi in cui il fatto, benchè tipico, non può tuttavia dirsi reato; per altro verso, e in senso coerente con simile ricostruzione, il limite massimo di punibilità sarebbe costituito dai limiti esegetici, non potendo le scriminanti operare al di fuori di esso, ma solo al suo interno (PALAZZO, *op. cit*., p. 289). Avverte l'Autore che mentre con riferimento al primo punto vi sia concordanza, non altrettanto accade con riferimento al secondo.

La divergenza di posizioni sul punto deriva proprio dalla ritenuta insufficienza della fattispecie legale a circoscrivere le scelte di valore sottese alla sua stessa produzione ([83]). La fattispecie non sarebbe valutata sufficiente, cioè, a contenere i margini di punibilità.

Dal primo presupposto deriva che i limiti di tutela e il precetto non coincidono con quelli esegetici, ma sono il risultato della combinazione di questi con i limiti scriminanti.
Una posizione analoga ci pare venga assunta da Renato Dell'Andro, per il quale, in breve, l'illecito non è tale in quanto punito. L'illecito è tale *per esclusione*, in quanto cioè non siano sopravvenute in concreto condizioni/elementi di ontologica giuridicità aventi l'efficacia di sottrarre dall'illecito le ipotesi approvate dall'ordinamento. Si tratta di norme che autorizzando o imponendo come doveroso il comportamento, sottraggono quest'ultimo alla rilevanza attribuitagli da altra norma giuridica. A condizionare la conseguenza giuridica sono per Dell'Andro "tutti e soli gli estremi formali della fattispecie d'illecito (…), in quanto, tuttavia, non siano tutto od alcuni, già ontologicamente giuridici". L'Autore specifica "in tanto gli elementi tipici in parola sono idonei in concreto a produrre l'effetto giuridico in quanto tutti gli altri elementi concreti (non tipizzati) non sono validi ad escludere tale idoneità; (…)" e viceversa (p. 557). L'interprete che debba vagliare se la sussistenza di concreti elementi sia in grado di escludere l'idoneità degli elementi tipizzati a produrre l'effetto giuridico deve rifarsi, a parere dell'Autore, alla valutazione normativa dalla quale è nata la norma: deve, cioè, valutare l'integrale fatto concreto alla stregua dei criteri che hanno condotto alla creazione della norma.
Gli orientamenti appena illustrati sono fondati su una ricostruzione del rapporto fatto-scriminanti nei termini del rapporto fra norme, risolvendo il problema sul piano della teoria della norma, così anche GIULIANI, *Le norme di liceità nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1974, pp. 813 e ss. Sulle molteplici ricostruzioni relative alla sistemazione dogmatica delle cause di giustificazione, si veda RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione,* in *Indice penale,* 1981, p. 608; anche GIULIANI-BALESTRINO, *Sull'intima crisi della concezione della teoria tripartita di reato*, in *Indice Penale*, 1984, pp. 476 e ss., il quale, in particolare, riesaminando il pensiero del Petrocelli, segnala che del concetto di antigiuridicità lo Studioso ha dato due definizioni: la prima nel senso del contrasto con la norma penale, la seconda come assenza di cause di giustificazione. Ad esporre una critica all'impostazione di Pietro Nuvolone e di Francesco Carlo Palazzo, fondata sulla sintesi tra precetto generico e limiti taciti, si segnala il Contento, per il quale tale sintesi sarebbe ineccepibilmente vera, se intesa nel significato per cui "per determinare l'effettiva sfera di efficacia di ogni norma non si può prescindere dall'interpretare, insieme con essa, l'intero ordinamento del quale fa parte"; sarebbe da considerarsi, per contro, del tutto discutibile, se assunta nel senso per il quale "strutturalmente i limiti di ogni norma costituiscono altrettante parti della norma stessa, cioè, traducendo il discorso in termini di fattispecie, sono altrettanti elementi contenutistici della singola previsione normativa considerata", cfr. CONTENTO, *Limiti della norma e fattispecie non punibili*, in *Archivio Penale*, 1965, p. 324, nel quale procede ad una confutazione altresì della teoria delle scriminanti come elementi negativi.
[83] Appartengono a questa dottrina i numerosi sostenitori di quelle teorie che legittimano, nello studio della teoria del reato, il ricorso a valutazioni di stampo sostanziale, sospinte talvolta anche verso una rielaborazione ermeneutica della fattispecie formale. Un esempio di esse è offerto dalla teoria dell'*adeguatezza sociale.* Analoga funzione possono assumere il criterio del *bene giuridico* o, più in generale, l'*approccio teleologico*. Per l'accoglimento dei predetti criteri, GREGORI, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978, pp. 64 e ss.; altresì GALLAS, *Zur Kritik, cit.,* pp. 61 e ss; per un cenno al risvolto pratico derivante dall'applicazione di criteri di matrice sostanziale alla fattispecie formale, anche WARDA, *Tatbestandbezogene Unrechtsbewusstsein*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1953, pp. 1052 e ss., di commento ad una pronuncia su un caso di incesto, in cui, attraverso una ricostruzione interpretativa fondata sul criterio del bene giuridico, il BGH estende l'applicazione della fattispecie con effetti in *malam partem*. Sul punto reputiamo interessante il contributo di MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Indice penale*, 1990, pp. 527 e ss. il quale, nel trattare il problema dell'analogia – affrontando, dunque, il tema nella prospettiva applicativa - afferma che l'applicazione della legge ha, come effettivo punto di partenza, non già la fattispecie letterale, vale a dire l'insieme degli elementi descrittivi contenuti nel modello legale preveduto dal

Come abbiamo già accennato in precedenza (v. *supra* § 7), a fronte delle teorie che rinvengono nella punibilità – intesa qui come ambito di penale rilevanza - l'essenza stessa del reato, se ne affiancano altre che ne ricostruiscono i profili nei termini di suo "elemento" ([84]).

---

legislatore, bensì la cd. fattispecie *esegetica* rappresentata dal "risultato esplicativo del senso delle parole usate dal legislatore, conseguito attraverso il lavoro di interpretazione". Nella fattispecie esegetica di esaurisce per l'autore la delimitazione della sua portata sia logica che assiologica. Nel trattare della ricostruzione interpretativa dei limiti di fattispecie Egli richiama il criterio dell'adeguatezza sociale come criterio interpretativo strumentale alla definizione dei limiti di fattispecie. E' nota la disputa sulla collocazione dogmatica del criterio in parola, teorizzato dal Welzel e da esso individuato dapprima nella tipicità e dipoi nell'antigiuridicità. Il Morselli aderisce alla prima teoria welzeliana e attribuisce al giudizio di adeguatezza sociale una precisa funzione integratrice e delimitativa della fattispecie, unica, a Suo dire, in grado di preservare profili di oggettività, sottraendosi dunque all'arbitrio giudiziale. Diversamente, sarebbero da considerarsi del tutto arbitrari i criteri extranormativi dell'antigiuridicità materiale, dell'antisocialità, della mancanza di danno sociale, dell'offensività etc. in quanto privi di minimi profili di oggettività (p. 337). Il tema dell'adeguatezza sociale è anch'esso imponente: questa categoria implica un giudizio di liceità relativo a determinate condotte, non derivante, tuttavia, da norme permissive, bensì da una generica valutazione di carattere etico-sociale condotta alla luce di parametri radicati nella consuetudine di una comunità socialmente organizzata. Essa non s'identifica pertanto con le cause di giustificazione, bensì viene a collocarsi tra la tipicità e l'antigiuridicità; cenni in PETROCELLI, *Riesame*, *cit*., p. 385, nota 92; in DOHNA, (GRAF ZU), *Ein neuer Grundriss des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1941, pp. 292 e ss. viene evidenziato che l'adeguatezza sociale acquisisce profili similari a quelli delle scriminanti, differenziandosene tuttavia per essere, le seconde, ipotesi „eccezionali", poste in rapporto al *Tatbestand* nei termini analoghi al rapporto di regola-eccezione. Per L'Autore l'adeguatezza sociale si approssima, piuttosto, al criterio del giusto mezzo per lo scopo giuridicamente riconosciuto. Sui rapporti dell'adeguatezza sociale con le scriminanti, anche GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Tatbestand*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1955, p. 22. Per una ricostruzione dell'adeguatezza sociale nei termini di un criterio ermeneutico, incidente sull'accertamento del *Tatbestand*, non senza rilievi critici, cfr. HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1962, pp. 132-135. Per la dettagliata ricostruzione delle posizioni assunte dal Welzel nello sviluppo della sua teoria e per le critiche ad esso mosse da altri studiosi, in particolare da Hirsch (pp. 375 e ss.) e da Graf zu Dohna (pp. 379 e ss.), si veda SCHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1960, pp. 369 e ss.; per le implicazioni in tema di errore LANG-HINRICHSEN, *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*, in *Juristische Rundschau*, 1952, pp. 304 e ss. In Italia, segnaliamo lo studio di GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969 (in particolare pp. 35 e ss. per l'incidenza sulla dimensione esegetica della fattispecie); con riguardo alla ricostruzione sostanziale di reato, a cui tutti i criteri interpretativi sopra enunciati possono essere ricondotti, in chiave critica, si veda MARINI, voce *Reato,* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, 1991, pp. 5 e ss.; a favore, invece, SPASARI, *Fatto e reato nella dommatica del codice e della Costituzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, pp. 1104 e ss.

[84] Secondo la prima ricostruzione, dunque, la punibilità, lungi dall'incidere unicamente sulla sanzione, sarebbe invece costitutiva del reato stesso, della nozione d'illecito penale, vedasi VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto,* VI, 1960, pp. 618-620. Come osservato nel contributo citato, tale orientamento porta a suo sostegno una corrispondenza tra antigiuridicità e punibilità: solo che così facendo si attribuisce alla prima, implicitamente, il significato (restrittivo) di antigiuridicità penale: è quanto accade in NUVOLONE, *Il Sistema, cit.* p. 109 e PETROCELLI, *L'Antigiuridicità, cit.*, p. 15 e ss. Sul punto segnaliamo la posizione di Dell'Andro, secondo il quale solo superando il piano della funzionalità giuridica - solo esautorando cioè il nesso condizionalistico interno alla norma - sarebbe possibile ammettere il concetto di antigiuridicità. L'Autore, sostenitore del concetto di *giuridicità ontologica,* di cui sarebbero espressione la liceità e la doverosità, ritiene che l'errore delle teorie dell'antigiuridicità risieda nell'aver preteso di desumere quest'ultima – che per lo

Le elaborazioni teoriche sull'antigiuridicità tendenti a ricostruire quest'ultima nei termini di una componente del reato ([85]) nascono proprio dall'esigenza di cogliere un *disvalore giuridico* tra gli elementi condizionanti l'insorgere degli effetti giuridici. Escludere che questo disvalore, posto a fondamento della punibilità di una condotta, trovi ancoraggio nel reato inteso in senso formale – così come inquadrato, cioè, dal legislatore - significa, in breve, ricondurre il predetto disvalore ad una valutazione esterna ai confini della fattispecie astratta.

---

stesso Autore sarebbe, come detto, una qualifica ontologica - da una qualifica funzionale (posta a fondamento del nesso condizionalistico precetto-sanzione), o, peggio, da valutazioni sostanziali delle conseguenze giuridiche dell'illecito (come sostenuto dalle teorie sull'antigiuridicità materiale), in DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità, cit*., p. 549.
Le molteplici e differenti ricostruzioni del legame tra antigiuridicità e punibilità sono parzialmente legate alla disputa sul carattere autonomo del diritto penale. E' stata ormai respinta dalla maggior parte della dottrina penalistica l'idea del preteso carattere sanzionatorio e complementare del diritto penale, così come teorizzato dal Binding, secondo la quale esso non avrebbe altra funzione che quella di apprestare la sanzione a precetti di condotta già esistenti in altra parte dell'ordinamento giuridico. Obiezioni radicali all'indirizzo in parola provengono dal Rocco e dal Petrocelli, entrambi sostenitori di una concezione della norma giuridica come *unità logica* di precetto e sanzione. L'indissolubilità dei due termini all'interno della norma penale porta coerentemente a ritenere che il precetto sia parte di questa. E nemmeno si potrebbe obiettare, com'è stato fatto, che i beni giuridici tutelati dal diritto penale trovino già tutela in altri settori dell'ordinamento, poiché, se è vero che numerose sono le ipotesi di tutela "rafforzata", altrettanto vero è che ciò non esclude affatto il carattere originario e perspicuo della tutela penale, per essere questa derivazione di uno specifico precetto. Tra i sostenitori di una particolare lettura della concezione sanzionatoria, si segnala il Grispigni, il quale, pur non negando il legame tra precetto e sanzione che connota la norma penale, sostiene tuttavia che esista tra gli altri precetti dell'ordinamento ed il precetto penale un rapporto di presupposizione tale da attribuire al secondo una funzione di mero completamento rispetto ai primi (teoria ulteriormente sanzionatoria). Questa lettura "quantitativa" dell'antigiuridicità penale – che va a sommarsi all'antigiuridicità extrapenale – non coglie che la differenza che riposa nella scelta di una sanzione in luogo di un'altra risponde soltanto ad un criterio di qualità. Si osserva, infatti, che la debolezza di tale orientamento consiste nel considerare l'illecito penale non diverso dagli altri tipi di illecito, bensì solo più grave; sul punto rinviamo a PETROCELLI, *Principii, cit*., pp. 8 e ss. Aderisce alla teoria bindinghiana, fondata sulla dicotomia *Norm – Strafgesetz*, anche il Beling, il quale afferma che presupposto della legge penale è la *Norm*, senza la quale quella sarebbe priva di contenuto (riportando le parole del Binding: "*die Norm ist erst den Schlüssel zu dem Strafgesetz, daß ohne sie ein verschlossener Schrank ist"*). Le *Normen* sono, infatti, le fonti in relazione alle quali può essere valutata l'antigiuridicità della condotta conforme al tipo descritto nella legge penale. L'essere la condotta conforme al tipo non dice ancora niente sul suo carattere antigiuridico, che promana piuttosto da queste fonti extrapenalistiche, cfr. BELING, *Die Lehre, cit*., pp. 116 e ss. Anche BELING, *Methodik der Gegsetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung*, Berlin, 1922, pp. 43 e ss., il quale, a proposito del rapporto tra antigiuridicità e punibilità, si esprime nei termini che seguono: "*Die Problemstellung ist bedingt durch scharfe Auseinanderhaltung der Begriffe Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit und zugleich durch deren logische Reihenfolge: erst Rechtswidrigkeitsfrage, dann Strabarkeitsfrage. Auch bei der Antwort sind die Begriffe exakt geschieden festzuhalten, nur kann das gesetzlich gegebene Material, bei dem wir einzuhaken haben, möglicherweise nur den zweiten Gesichtspunkt, die Strafbarkeit behandeln, so daß wir dann psychologisch zur Rechtswidrigkeitsfragebeantwortung vorwärts (im logischen Sinne rück-) schreiten".* Per la completa trattazione del tema, si veda ROCCO, *L'oggetto, cit*., pp. 63 e ss.; GRISPIGNI, *Corso, cit.,* p. 264. A sostegno della concezione sanzionatoria, CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Milano 1926, p. 83.
[85] RUGGIERO, voce *Punibilità*, *cit*., pp. 1132 e ss.

A chi evidenzia che gli effetti giuridici non possano che essere conseguenza delle premesse contenute nella stessa norma che li prevede, infatti, si obietta che una simile concezione, implicante la piena coincidenza – anzi, l'indissociabilità - tra estremi formali e disvalore giuridico, verrebbe a far corrispondere il concetto d'*illiceità* ([86]) con quello di *rilevanza giuridica*, con il limite di non soddisfare le esigenze espresse dall'interrogativo di partenza: da cosa derivi la differenza qualitativa tra atto illecito e atto giuridicamente rilevante ([87]).

Sebbene l'obiezione appaia a prima vista convincente, secondo il nostro modo d'intendere essa confonde, tuttavia, il concetto di *rilevanza giuridica* – correttamente inteso nei termini di "conformità di un fatto concreto ad un modello normativo" ([88]) – con quello, più specifico, di *rilevanza giuridica penale*, che invece implica che il riferimento normativo del giudizio di antigiuridicità sia rappresentato da una norma penale incriminatrice.

Per essere più chiari, l'aderenza del fatto concreto al modello astratto, che origina il giudizio di illiceità, non è qui riferita al rapporto di corrispondenza della vicenda concreta ad una norma giuridica generale, bensì ad una norma giuridica dotata di sanzione.

---

[86] SCADUTO-RUBINO, voce *Illecito (Atto)*, in *Nuovo Digesto italiano,* IV, Torino, 1938, pp. 702 e ss. espongono la differenza tra antigiuridicità e illiceità, configurando, la prima, la reazione dell'ordinamento alla violazione della norma; e la seconda, il solo contrasto con la norma formale. La illiceità andrebbe ricondotta, quindi, al solo precetto, in quanto considera la violazione della norma indipendentemente dalle sue conseguenze; l'antigiuridicità obiettiva non manca il precetto, ma per la natura o per la posizione del destinatario, l'atto o il fatto vengono considerati soprattutto in ordine ai loro effetti materiali e, corrispondentemente, nella norma acquista preminente rilievo la sanzione (p. 705). Distingue i due termini altresì il Delitala, il quale riferisce l'illiceità all'obbligo giuridico, l'antigiuridicità al diritto; qualifica la prima nei termini di un predicato di condotta, e la seconda, nei termini di un predicato del risultato della condotta. L'illiceità è dunque elemento costitutivo dell'antigiuridicità, del torto. Quest'ultima si compone infatti anche della lesione all'interesse tutelato dalla norma. Del resto, secondo il Delitala, la norma, in riferimento alla cui violazione si costruisce l'illecito, è sempre formalizzazione di una funzione di tutela. Il torto è collisione contro il diritto oggettivo, in DELITALA, *Il contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto,* in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1976, pp. 174 e ss. Sul punto anche ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, pp. 28-30, per il quale, il torto è il contrasto con un dovere giuridico incardinato su un'azione umana. L'antigiuridicità, intesa come elemento costitutivo del torto, si affianca a tale azione attribuendole rilevanza giuridica.

[87] L'obiezione viene illustrata in DELL'ANDRO, *Antigiuridicità*, *cit*., p. 548 (in nota n. 20), a proposito della ricostruzione del KELSEN, *op. cit*., p. 51; sul tema anche NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, in *Festgabe für Frank*, 1930, pp. 339 e ss. in cui il problema dei rapporti tra diritto e contrarietà al diritto viene affrontato in una prospettiva sostanzialistica, che oblitera la riflessione, potremmo dire, preliminare sulla mera rilevanza giuridica dell'atto antigiuridico.

[88] IRTI, voce *Rilevanza*, *cit*., p. 1106.

Ed essendo la sanzione, come già osservato, il coefficiente necessario a fare del suo stesso presupposto un "illecito", ne consegue che l'illiceità si realizzerà soltanto allorquando il fatto occorso nella realtà naturalistica acquisisca i profili di quello rappresentato nella fattispecie astratta incriminatrice: acquisisca cioè i profili del presupposto della sanzione.

E non ci pare che tale conclusione conduca ad incertezze, aderendo essa al modello descritto al principio: quello secondo il quale l'aspetto valutativo-assiologico necessario alla qualificazione di un fatto come "reato", lungi dal poter mettere in discussione i limiti del precetto penale in una fase successiva alla sua formulazione, trova la propria naturale collocazione, piuttosto, in un momento anteriore alla formalizzazione della fattispecie. Nella fattispecie formale si esaurisce, infatti, la scelta del legislatore penale ([89]).

Se il giudizio di valore è competenza del legislatore, che vi provvede nella formulazione del precetto penale, una volta accertate l'illiceità della condotta - la corrispondenza, cioè, della medesima alla descrizione tipica - il giudizio di

---

[89] Riduce ad unità il profilo formale della fattispecie e quello sostanziale il Moro, cfr. MORO, *Antigiuridicità cit.*, pp. 132 ss., per il quale la fattispecie è pregna di un disvalore etico-giuridico del fatto, di quel caratteristico disvalore che essa, per essere tipica, propriamente esprime (...). La tipicità del fatto è propriamente espressiva del suo valore giuridico". Mentre tuttavia per Moro scindere il momento descrittivo da quello di valore equivale ad arbitraria frattura dell'unica inscindibile realtà, per Palazzo i due momenti seguono una scansione logica: i limiti esegetici hanno priorità (logica) su quelli scriminanti; di nuovo anche NUVOLONE, *I limiti taciti, cit.,* pp. 38-39.

Quanto affermato ci spinge a chiarire, conformemente a quanto sostenuto dal Petrocelli (*L'Antigiuridicità*, *cit*., pp. 94-97 e p. 108), che dall'illecito deve essere tenuto distinto il concetto d'*illiceità*. Mentre il primo è compendiato nel *fatto* descritto dal legislatore, in tutti i suoi elementi essenziali, e costituisce appunto il contenuto della norma penale, l'illiceità è giudizio formulato *sull'* illecito così definito. Si tratta di un rapporto, quello dell'antigiuridicità con il fatto descritto nella norma penale, secondo il quale essa non contiene il secondo, bensì lo *qualifica*. Riprendiamo le letterali parole dell'autore: *"L'antigiuridicità esprime una pura idea di rapporto, e se un contenuto deve esserle attribuito, questo non può essere che un giudizio di valore contenuto nella norma, e di cui quegli elementi sono l'oggetto"* (p. 95). Dunque "*l'antigiuridicità ha anch'essa il suo contenuto, che è costituito dalla manifestazione del giudizio e della volontà del legislatore*" (p. 97). Le teorie sull'antigiuridicità materiale confondono, appunto, l'antigiuridicità con l'oggetto del reato, facendo corrispondere la prima all'offesa o all'esposizione al pericolo di determinati beni. Quando, piuttosto, di tale offesa non è dato parlare se non con riferimento alla norma che la prevede. La ricostruzione più ordinata è, come sostiene il Petrocelli, quella per la quale antigiuridicità formale e materiale non sono che facce della stessa medaglia *fuse insieme dalla valutazione del legislatore.* La distinzione viene, a buona ragione, percepita come artificiosa "perché come nel divieto è implicito il giudizio di dannosità, così nel giudizio di valore che riguarda l'infrangimento del divieto è implicito il riferimento al verificarsi, secondo il giudizio del legislatore, del danno o pericolo che col divieto si voleva impedire". Vedi anche, GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano, 1950, p. 13].

antigiuridicità può dirsi concluso ([90]). Con esso si determinano le premesse per il sorgere della pena.

Come appare evidente, tutto quanto intervenga per elidere o graduare l'applicazione della sanzione (comprese le scriminanti, cfr. nota 77) non potrà che inserirsi in una fase successiva a quella della qualificazione.

Esaurendosi la valutazione di antigiuridicità del fatto nella conformità di questo al modello astratto, tutto quanto esorbiti da tale giudizio potrà tutt'al più rilevare sul

---

[90] Il giudizio negativo circa l'assenza di antigiuridicità – che si traduce nell'accertamento degli estremi di una scriminante – potrebbe, dal nostro punto di vista, rappresentare, piuttosto, un problema attinente alla valutazione della gravità del caso concreto, già qualificato, già meritevole di pena. In effetti, se il problema delle scriminanti venisse collocato definitivamente fuori della definizione dell'ambito della punibilità astratta, così permettendo il superamento delle teorie che, nel ricercarne un'adeguata collocazione, ricostruiscono le cause di giustificazione in chiave di elementi negativi del fatto ovvero di limiti alla cd. norma "apparente", non resterebbe che riconoscere loro spazio nell'alveo della determinazione e applicazione della sanzione penale. La riflessione muove da una considerazione per la verità nient'affatto nuova: le scriminanti agiscono su di un piano diverso da quello della fattispecie penale, in quanto necessariamente suscettibili di individuazione solo sul piano concreto. Esse postulano la realizzazione di un fatto tipico, sul quale viene poi proiettato un giudizio in grado di elidere l'applicazione della pena. Ebbene, se quanto affermato evidenzia la collocazione delle scriminanti in una posizione logicamente e cronologicamente successiva a quella del fatto tipico - sul punto DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato,* Milano, 1991, pp. 133-134 - e se, accogliendo il punto di vista da noi difeso, la realizzazione del modello legale è sufficiente al sorgere dei presupposti della pena, ne consegue che la scriminante potrà semmai rilevare soltanto allo scopo di elidere o, al più, alleviare la risposta sanzionatoria, inserendo in detta valutazione (tutta commisurativa) una graduazione, adeguata alla vicenda concretamente occorsa. Le cause di giustificazione potrebbero in tal senso essere viste allora come vere e proprie attenuanti. Tra i sostenitori degli elementi negativi, GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, pp. 18 e ss.; GALLO-SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale, cit.,* p. 8; MORO, *L'antigiuridicità cit.*, pp. 132 e ss. Altresì AZZALI, *Profili in tema di struttura del fatto e classificazione del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, p. 93 per il quale una definizione appropriata per le cause di giustificazione sarebbe quella di *elementi negativi* o *limiti scriminanti (inversamente espressi) di norma*. Ci sembra di poter affermare che l'antigiuridicità si sostanzi in una valutazione incidente sugli effetti dell'illecito, sull'efficacia della norma penale, e non anche sulla sua validità. L'antigiuridicità di un fatto, derivante dalla violazione di un obbligo posto dalla norma giuridica non vulnera le condizioni di esistenza dell'obbligo stesso, il quale può dirsi ancora valido. Essa è diversa dall'illegalità, concernente, invece, le situazioni di difformità dell'atto dai presupposti legali per la sua validità, sul punto PETROCELLI, *L'antigiuridicità, cit*., pp. 7 e ss. Sempre a tal proposito lo stesso Autore rileva, in critica al Binding, la differenza tra *Normen-Übertretung* e *Normen-Verletzung*: mentre con il primo termine si deve intendere la mera inosservanza del diritto posto dalla norma giuridica, con il secondo termine si dovrebbe alludere invece alla radicale neutralizzazione del carattere imperativo del diritto; situazione, quest'ultima, non ragionevolmente accoglibile. Sul punto cfr. KELSEN, *Teoria, cit*., pp. 53-54, secondo il quale la qualificazione dell'illecito nei termini di "violazione del diritto" o di una sua negazione (nei termini di non-diritto, *Unrecht*), ponendo in evidenza il contrasto rispetto allo scopo del diritto, può rilevare in termini metagiuridici, ma non giuridici. Dal punto di vista giuridico, infatti, non è corretto parlare di violazione del diritto in quanto l'azione ad esso contraria non vanifica la validità, l'esistenza della norma. Le definizioni correnti non sono precise, in quanto non colgono il problema sul piano giuridico, il quale dovrebbe risolversi, secondo il pensiero dell'Autore, qualificando, piuttosto, l'illecito come condizione determinata dal diritto.

versante sanzionatorio, ovverosìa in una fase successiva all'insorgere delle conseguenze giuridiche. Chiameremo questa fase, allora, di punibilità concreta ([91]).
Da quanto emerso, rileviamo che mentre la tipicità penale si risolve, a parer nostro, esclusivamente nella dimensione statico-formale - nella fissazione, cioè, dell'area penalmente rilevante, della punbilità astratta - tutto quanto attenga alla fase dinamica di conformità al tipo rientri invece nel giudizio di antigiuridicità ([92]).

9. *Breve sintesi dei punti che precedono.*

La norma penale circoscrive l'ambito della rilevanza penale prescrivendo un comportamento mediante descrizione della condotta punibile.

---

[91] Benchè dal punto di vista degli effetti ultimi le scriminanti vengano a coincidere con le cause di esclusione della punbilità o con le cause di estinzione di essa, le differenze tra gli istituti sono molteplici e rilevanti, si osserva in PALAZZO, *ult. op. cit.,* p. 262: mentre dal punto di vista formale le scriminanti escludono, secondo le diverse concezioni, il fatto tipico (anche antigiuridico) ovvero l'antigiuridicità, le seconde escludono l'effetto giuridico tipico del reato: la punibilità; sul piano sostanziale i limiti scriminanti fanno addirittura venir meno le ragioni della tutela, così per ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale,* 1955, p. 192, in quanto esse consistono, sul piano sostanziale, nel venir meno del danno sociale o per sostituzione della causa lecita del fatto scriminato a quella del fatto illecito (sulla rilevanza attiva dell'interesse impeditivo, v. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, *cit.,* pp. 135 e ss.) o perché sarebbe lo stesso precetto a presupporre logicamente i propri limiti (di limiti logicamente necessari parla Nuvolone, *I limiti*, cit., pp. 56 e 110 e ss). La punibilità si muoverebbe invece su un piano diverso, fondato sulle ragioni di opportunità di punire determinati soggetti in circoscritte situazioni.
Le scriminanti e le cause di esclusione della punibilità si porrebbero inoltre in un diverso rapporto rispetto alla norma incriminatrice: le prime concorrerebbero con essa alla definizione della norma reale; le seconde invece vi entrerebbero in conflitto, in quanto rispetto ad essa derogatorie.
Rileva il Nuvolone che "il giudizio di antigiuridicità o illiceità penale è un giudizio di rapporto tra il fatto concreto e la norma giuridica: è il giudizio di corrispondenza al tipo, cui è inscindibilmente connesso, pel fatto che è previsto da una norma penale, il giudizio di disvalore penale", da NUVOLONE, *Il sistema, cit.,* p. 108. Prosegue oltre, affermando che un ragionamento analogo può farsi per la punibilità: "Le cause di esclusione di punibilità sono in realtà o limiti scriminanti inerenti alla condotta o circostanze in presenza delle quali si prescinde dalla pena per ragioni di politica criminale inerenti al post-factum o ai rapporti tra offeso e colpevole (…)" (p. 109). Critiche all'orientamento che colloca la punibilità come quarto elemento del reato provengono da ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività, (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1723.
[92] VANNINI, *Ricostruzione sintetica della teoria del reato*, Siena, 1927 in cui l'Autore, negando cittadinanza ad una nozione di illecito graduabile, afferma che "nel campo dell'illiceità non vi sono gradazioni quantitative che non si risolvano in altrettante specificazioni criminose". I fenomeni di aggravamento o di attenuazione riguarderebbero, infatti, solamente la pena. Dello stesso Autore anche VANNINI, *Concetto e contenuto dell'illecito penale*, Siena, 1932 (cap. II, con particolare riguardo alla differenza tra contenuto del reato e reato come fatto giuridico).

La prescrizione origina dall'associazione della pena ad una determinata condotta: l'aspetto *prescrittivo* della norma penale è, cioè, il risultato dell'interno congegno della norma, del nesso condizionalistico precetto-sanzione ([93]).

Nella rappresentazione della condotta, che noi identifichiamo con la fattispecie, risiede la componente "valutativa" della norma penale: la fattispecie rappresenta, cioè, come già evidenziato, la "decisione" definitiva di una previa valutazione comparatistica.

Il nesso condizionalistico precetto-sanzione è espressione di una concezione *funzionale* della norma, che ben si presta alla vocazione pratica della scienza giuridica: essa è strumento per regolare le condotte umane e con ciò esplicare la propria efficacia ordinante.

Esso mira, per quanto concerne l'operatività della norma giuridica penale, in particolare, a rendere stringente la regola per cui al verificarsi di determinate condizioni si realizzeranno precipue conseguenze e non altre (mutua esclusività); e che dunque, solo il loro prodursi è prova della reale presenza di tutti gli estremi della fattispecie che ne costituisce il presupposto.

Senza concorrere dunque alla definizione dei *contenuti* della fattispecie (del precetto), la sanzione agisce per determinare i confini di operatività della norma penale, qualificando in termini penalistici l'ambito di tutela, da un lato, e attivando il profilo prescrittivo della norma, dall'altro.

Qualificare sul piano formale una condotta come punibile (associarle, cioè, un precipuo effetto giuridico: la pena) presuppone già risolto, a monte, il problema di *quale* essa sia.

Il nesso condizionalistico è solo una regola *modale*: ci avverte, cioè, di come ed entro quali limiti deve operare la norma, non che cosa essa dica.

E' implicito che solo alla luce dei presupposti della sanzione, cioè alla luce della fattispecie, andrà letto il "disvalore" che connota l'illecito, il suo contenuto.

Nella fattispecie formale, nei cd. limiti esegetici, si esaurisce infatti la valutazione compiuta dal legislatore nella definizione della materia punibile.

---

[93] Sull'*unità logica della norma*, rinviamo nuovamente a PETROCELLI, *L'Antigiuridicità, cit.,* pp. 16-17, in particolare le critiche a Binding, pp. 20-21.

E' ad essa sola, dunque, intesa come approdo formale di una valutazione pre-giuridica, che dobbiamo riferirci nel trattare la tipicità penale.

Il problema dell'antigiuridicità - del quale abbiamo inteso cogliere soltanto alcuni aspetti – rappresenta, per il nostro modo d'intendere e alla luce degli scopi del nostro lavoro, una superfetazione.

O questa viene a coincidere, come noi riteniamo, con la violazione della fattispecie tipica, dunque con la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta - ma allora non vi sarebbe necessità di parlarne in termini diversi da quella che essa rappresenterebbe - cioè, un mero giudizio di sussunzione - oppure essa deve essere cercata al di fuori dei limiti di fattispecie, restando dunque rimessa al giudice la scelta dei criteri sulla base dei quali accertarne gli estremi.

Di più. Mentre se intesa nel primo senso, questa acquisirebbe significato nell'ambito dell'accertamento del fatto tipico, se presa nella sua seconda accezione, essa interverrebbe sul solo piano sanzionatorio, non anche qualificatorio.

Poichè il suo accertamento presuppone, infatti, lo svolgimento di un giudizio sul solo piano concreto, essa inciderebbe direttamente sulla risposta sanzionatoria e non anche sulla qualificazione del fatto, che di quella è, anzi, il presupposto ([94]).

10. *Alcuni profili del legame tra tipicità e principio di legalità nelle sue plurime accezioni.*

Se finora abbiamo cercato di inquadrare la tipicità, dapprima in termini generali, come un particolare modello di rappresentazione di una realtà astratta, poi in termini giuridici, come principio che governa la configurazione del contenuto della norma giuridica, ed infine, come connotato peculiare della fattispecie penale, in questo

[94] DONINI, *Illecito, cit.*, pp. 182 e ss.; sul carattere "contingente" e "concreto" dell'antigiuridicità come giudizio di relazione, si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, cit.,* p. 132. In una prospettiva diversa da quella sopra esposta, ed evidentemente fondata su una concezione della norma giuridica in termini di efficacia, è stato rilevato che sarebbe difficile immaginare, sul piano astratto, la qualificazione dell'oggetto (il reato) la cui esistenza dipende tuttavia dagli effetti ad esso associati. Il quesito si declina nei termini che seguono: quando, in presenza di una situazione ancor priva di efficacia, può ritenersi perfezionato il nucleo di elementi cui deve attribuirsi la qualifica di reato? Se una cosa può essere definita solo in virtù degli effetti che produce, solo cioè al sorgere della conseguenza giuridica di cui essa è premessa, se cioè la qualificazione dipende dall'efficacia del fatto giuridico qualificato, è possibile immaginare una qualificazione che si pone su di un piano completamente astratto, cioè in un momento anteriore alla efficacia stessa? da GALLO, *Premesse, cit.*, p. 413.

paragrafo intendiamo fare cenno ad ulteriori argomenti a sostegno della tesi per la quale la risposta al problema della punibilità (alla definizione dei suoi limiti) vada trovata entro i margini formali della fattispecie penale astratta e non al di fuori di essi.

Il primo concerne lo stretto legame intessuto dalla tradizione liberale del diritto penale tra la tipicità ed il principio di legalità ([95]); il secondo riguarda invece la vocazione pratica del diritto, che a nostro modo d'intendere, impone per necessità una lettura formale della fattispecie e della tipicità ([96]).

I due punti appena enucleati assumono un significato assai più pregnante nel settore penalistico, non soltanto per ragioni storiche, ma anche ideologiche.

Partendo dal primo profilo, è ben noto che il *Tatbestand* legale ([97]) nasce per esigenze di garanzia ([98]).

Dal momento che, come già visto al principio della trattazione sul tema, la tipicità non implica di per sé necessariamente un legame con la fonte legislativa - potendo essere quella perfettamente compatibile con sistemi giurisprudenziali o, più in generale, non vincolati al principio della riserva di legge ([99]) - la scelta di attribuire al

---

[95] La tipicità viene definita infatti nei termini che seguono: il primo significato di *tipicità* è dunque quello di "*predeterminazione legale e tassativa che delimita ed esaurisce l'insieme di ipotesi che possono assumere rilevanza giuridica per l'ordinamento"*, da GARGANI, *cit*., pp. 14-15. Intesa come "principio", la tipicità viene considerata presupposto dell'incriminazione, in quanto i sistemi penali „*lo adottano a strumento necessario della propria codificazione*".

[96] Da NUVOLONE, *I limiti, cit.*, pp. 6 e 34, legalità e determinatezza della norma penale non rispecchiano solo un principio politico, bensì logico: l'essenza della norma penale (quella di comando e non di garanzia) potrebbe esplicarsi soltanto osservando i predetti principi.

[97] Il termine *Tatbestand* – colto nella sua accezione generale, non specificamente legata, quindi, ad alcuna particolare branca del diritto - si riferisce al "fatto giuridico", inteso come "causa degli effetti giuridici", presupposto della sanzione. La dottrina penalistica invece tende ad attribuire al termine un significato più ristretto, quello di "fattispecie penale", riferita, secondo almeno le ricostruzioni "classiche", alle componenti materiali e oggettive del modello legale astratto, cfr. PAGLIARO, voce *Fatto (dir. pen),* in *Enciclopedia del Diritto,* XVI, Milano, 1967, pp. 951 e ss. Sul tema anche FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, V, 1991, pp. 154 e ss.

[98] GARGANI, *cit*., p. 23. In particolare, illustra l'Autore, alla base delle concezioni legalitarie e garantiste del periodo post-illuministico, coincidente con le prime codificazioni, vi è il contrattualismo utilitaristico come prerogativa della classe borghese e, in senso ancor più ampio, come espressione di un'opera di razionalizzazione del sistema punitivo. Si legano a questo concetto la calcolabilità anticipata delle conseguenze giuridiche e la tutela conseguente della libertà individuale (in particolare, cfr. pp. 28 e ss).

[99] La dottrina prevalente tende a vedere la tipicità come un particolare aspetto del principio di legalità, da ricondurre alle principali fonti rappresentate dall'art. 1 c.p. e dall'art. 25, c. 2 Cost. Tuttavia, come già si era notato, citando il Vassalli (cfr. *retro* § 1), i due principi non possono essere fatti coincidere, in quanto la tipicità non esaurisce i contenuti del *principio nullum crimen sine lege*, il quale, anzi, è ben più esteso, ricomprendendo esso il profilo della riserva di legge. Si è osservato, inoltre, come la mancata osservanza della tipicità penale possa non comportare ancora la violazione del principio di

Tatbestand l'attributo della legalità rappresenta un'opzione non necessaria e, anzi, relativa alle contingenze storiche e istituzionali di un ordinamento. Nell'evoluzione storica del diritto penale, tale scelta ha rappresentato, infatti, il risultato della progressiva secolarizzazione del diritto del periodo illuministico ([100]).

Nella tradizione continentale fonda questo nesso il Feuerbach ([101]), associando il *Tatbestand* al *nullum crimen sine lege*, con ciò tuttavia facendo richiamo a due declinazioni distinte del medesimo principio.

Per un verso, infatti, questo è da intendere nei termini della riserva di legge, assumendo in tal modo un precipuo spessore politico ed ideologico, da ricondurre alla separazione dei poteri ([102]); per altro verso, esso rimanda alle due ulteriori declinazioni della legalità penale - la determinatezza e la tassatività - in quanto esprime la necessità di ancorare il contenuto delle fattispecie incriminatrici alla descrizione di "beni" e "interessi" meritevoli di particolare tutela ([103]).

---

legalità: ciò accade, ad esempio, con riguardo alle fattispecie che insistono su un ambito di rilevanza particolarmente esteso, per essere questo incentrato sul solo riferimento all'interesse oggetto della lesione, sul punto VASSALLI, voce *Nullum crimen, cit*., p. 282.

[100] Particolarmente attento a segnalare la congiuntura, sul piano storico, tra la tipicità e la legalità è RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, pp. 95 e ss.

[101] Sul *Tatbestand* di Feuerbach, sul legame di esso con il concetto di verificabilità empirica e sull'influenza esercitata sullo sviluppo belinghiano, rinviamo per tutti a GARGANI, *cit*., pp. 309 e ss.; ad espressione della vocazione liberale del sistema feuerbachiano, nel nostro ordinamento, le opere del Delitala (precedentemente citate) e del Carrara, in particolare CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca 1867, p. 68. Sulla "esteriore riconoscibilità dell'azione", anche PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità oggettiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1983, p. 551. Sul limitrofo concetto di "verificabilità empirica" cfr. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato,* in *Giurisprudenza costituzionale,* 1981, pp. 806 e ss. Riteniamo che l'aspetto *materiale* del reato debba ricongiungersi concettualmente alle radici processuali dello stesso, per cui rinviamo alla imponente trattazione di GARGANI, *cit*., pp. 157 e ss. in particolare; sul punto anche HALL, *Entwicklung des Verbrechensbegriffe aus dem Geist des Prozesses*, in *Festschrift für Mayer*, 1966, pp. 35 e ss. Altresì MITTERMAIER, *Ueber den Begriff „Verbrechen",* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1923, pp. 2 e ss. Per la valorizzazione del sostrato sociologico del reato come contributo alla redazione della fattispecie, in ossequio all'orientamento di Winfried Hassemer, cfr. SCHICK, *Kritische Überlegungen zur Genese des Straftatbestandes*, in *Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik,* a cura di Winkler-Schilcher, Wien*,* 1981, pp. 93 e ss.

[102] Come osservato da Ronco, il fiorire di questo legame trova il proprio fondamento nella critica al sistema giudiziario e alla struttura politica dell'*Ancien Régime*, entro il quale ampio potere era demandato ai giudici, RONCO, *cit*., p. 100. Mentre la riserva di legge garantiva l'individuo dall'arbitrio giudiziale, la tipicità si affermava come strumento di tutela contro le cd. "pene straordinarie", contro l'applicazione arbitraria, cioè, di pene, indipendente dall'accertamento dei fatti di reato. Sull'argomento, copiosa la produzione di F.C. Palazzo, tra cui PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale,* in *Studium Iuris,* 1996, pp. 276 e ss.

[103] GARGANI, *cit.*, p. 24.

Mentre il nesso con la riserva di legge parlamentare ([104]) rappresenta una scelta politica inerente agli equilibri istituzionali interni ad un determinato ordinamento e risulta per questo legato all'assetto organizzativo statale, storicamente condizionato, l'aspetto "tipizzante" della descrizione legislativa della materia penale è, per il nostro modo d'intendere, più prossimo a ciò che prima abbiamo denominato "vocazione pratica" del diritto: ad esigenze, cioè, che non tarderemmo a qualificare come ineludibili in ciascun ordinamento. E, come vedremo, più in linea con la tipicità da noi delineata ([105]).

Proseguiamo dunque avendo riguardo a questo secondo profilo.

La tipizzazione dei fatti criminosi risponde, come già abbiamo avuto modo di esporre, ad un'aspirazione di razionalizzazione e semplificazione.

In particolare, per quanto concerne la materia penale, la tipizzazione vincola la risposta penale a specifici accadimenti, a dimostrazione del fatto che non tutte, ma solo alcune specifiche modalità lesive possono guadagnare la tutela dello strumento punitivo ([106]).

Questo rilievo ci appare di estrema importanza, non soltanto perché disvela il sotteso bisogno di contenimento della risposta punitiva, ma anche perché indizia la necessità che i tipi criminosi, rappresentati nelle singole fattispecie e compendiati nella norma penale, vengano intesi come nuclei conchiusi ([107]).

---

[104] Sulla funzione garantista della riserva di legge e sul carattere assoluto di tale riserva, cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, pp. 100 e ss.; del medesimo Autore, sull'argomento, altresì PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.),* in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 3373 e ss.; PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche,* Torino, 1993, p. 344 e ss. Segnaliamo anche PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enciclopedia del Diritto,* XXIII, Milano, 1973, pp. 1040 e ss. e SINISCALCO, *Ratio di "certezza" e ratio di "garanzia" nella riserva di legge dell'art. 25, 2° comma della Costituzione,* in *Giurisprudenza Costituzionale,* 1969, pp. 993 e ss.

[105] Ritiene la tipicità estranea alla riserva di legge e per contro in linea di continuità con la determinatezza, PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1962, pp. 214 e ss.

[106] Questa selezione prende il nome di *frammentarietà*, che, com'è noto, risponde a sua volta al principio dell'*extrema ratio,* alla necessità, cioè, che il diritto penale sia contenuto in limiti definiti da perspicue scelte di valore e di tutela, PALAZZO, *Corso, cit.*, pp. 79 e ss. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts,* in *Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 11 ss.

[107] Trattando della corrispondenza tra la determinazione e variazione degli elementi di fattispecie e la determinazione e variazione del disvalore in essa rappresentato – corrispondenza che sentiamo di accogliere – Bricola evidenzia che "la fattispecie penale presenta la caratteristica di connotare un comportamento qualificato da un disvalore necessariamente specifico; ove la necessaria specificità è conseguenza del fatto che il disvalore è esprimibile tramite una certa misura di sanzione penale, sia pure compresa entro uno Strafrahmen che non può essere (…) eccessivamente dilatato", da BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale,* Milano, 1965, pp. 201 e ss.

In ciascuno di essi è racchiuso l'oggetto di tutela, il "bene" tutelato, il presupposto della sanzione.

Quanto appena osservato è, a sua volta, fonte di un'ulteriore considerazione che, per quanto già esposta in precedenza, vorremmo in questa sede riprendere: la tipizzazione favorisce la comprensione della mutua esclusività che connota il nesso precetto-sanzione, interno alla norma penale, da un lato; e permette di affermare l'appartenenza del "tipo" alla norma penale, in quanto espressione degli elementi di fattispecie, dall'altro.

Esso è, dunque, contenuto nella sintesi del materiale linguistico utilizzato dal legislatore per la rappresentazione del *Tatbestand* legale.

Quanto al primo profilo, relativo al rapporto che la tipizzazione coltiva con il meccanismo interno alla norma penale, ci sembra che lo sforzo di razionalizzazione sotteso alla creazione dei "tipi criminosi" soddisfi, nel congegno normativo, la corrispondenza tra illecito e sanzione in termini di adeguatezza e proporzione ([108]) e permetta, in tal modo, una più puntuale individuazione del modello di condotta rappresentato dal legislatore.

Ciò assicura, peraltro, quella sintesi, già anteriormente fatta nostra, tra la forza comunicativa ([109]) del precetto-comando e la garanzia di tutela da esso apprestata ad un determinato bene o interesse.

Venendo al secondo profilo, connesso ai mezzi espressivi che il legislatore utilizza per rappresentare l'illecito nella fattispecie, ci appare evidente che, sebbene sul diverso piano linguistico, la tipizzazione venga qui a presiedere il vaglio di comprensibilità del precetto contenuto nella norma penale e, nuovamente, la sua forza prescrittiva.

Ma mentre la prescrittività attivata dal meccanismo interno alla norma penale è quella propria della norma giuridica in quanto *giuridica*, la prescrittività derivante

---

[108] Ciò corrobora la tesi che abbiamo inteso abbracciare ed esporre innanzi circa la necessità di intendere la norma penale nella sua duplice componente di norma valutazione e norma comando.

[109] Si tratta più precisamente del carattere di "intellegibilità" a cui sono diretti, in generale, i procedimenti astrattivi e costruttivi di concetti: essi possono acquistare, cioè, un significativo rilievo per rivestire funzioni orientative di condotta o meramente conoscitive, così BETTI, *Di una teoria generale sull'interpretazione*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1965, p. 255. Sulla rispondenza del principio di tipicità (penale) ad una funzione lato sensu *precettiva* della norma, si veda PALAZZO, *Corso, cit.,* p. 80, dal quale abbiamo mutuato l'espressione usata nel testo.

dal carattere determinato della descrizione normativa appartiene alla norma giuridica in quanto *norma*.

Quando ci riferiamo, cioè, alla tipizzazione, associandola al nesso condizionalistico interno alla norma penale, pensiamo alla tipizzazione come ad un processo legato al funzionamento della norma rispetto ai suoi destinatari (senza entrare qui nel merito di chi essi siano, se i cittadini o l'organo giudiziario).

Quando questa viene, invece, pensata in relazione all'operazione di sintesi che il legislatore prima, e l'interprete poi, compiono per la perimetrazione della portata semantica del *Tatbestand* legale, essa risulterà relata alla definizione della norma rispetto ad altre norme ([110]).

Senza pretese di correttezza, potremmo pensare che mentre il primo aspetto descritto sia concettualmente più prossimo alla tassatività, il secondo sia invece limitrofo alla determinatezza.

Sebbene entrambe queste particolari accezioni della legalità operino al fine di preservare la certezza del diritto, ben note sono le diversità che tra queste intercorrono ([111]).

---

[110] Per le assonanze che ci pare di cogliere, cfr. KELSEN, *Teoria, cit*., pp. 59 e ss. a proposito della differenza tra dovere giuridico e dover essere. Mentre il primo non è altro che la norma giuridica nel suo rapporto con l'individuo, al cui comportamento la norma collega la sanzione, sancendo così, con la sua esistenza, la condizione di validità della norma giuridica; il dover essere è la condizione necessaria all'esistenza di un dovere giuridico, senza con esso identificarsi, in quanto privo a sua volta di condizioni per la sua applicazione. Esso s'identifica con il dovere primigenio incondizionato.

[111] Sulle differenze tra tassatività e determinatezza, cfr. PALAZZO, *Il principio, cit*., pp. 3 e ss. In particolare, l'Autore evidenzia che, sebbene dal punto di vista applicativo sia difficile negare la somiglianza tra fattispecie vaghe, da un lato, e fattispecie esemplari, suscettibili di estensione analogica, dall'altro, nella prospettiva della formulazione della fattispecie, non sembra del tutto corretto equiparare la determinatezza alla tassatività, non implicando l'una necessariamente l'altra, pp. 13 e ss. Nella ricostruzione di Vassalli, determinatezza e tassatività costituiscono rispettivamente il limite interno e il limite esterno della fattispecie, in VASSALLI, voce *Nullum crimen, cit.,* pp. 307 e ss. Sull'argomento anche LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale,* Torino, 1984, pp. 3 e ss. il quale propone un'analisi dicotomica del principio di determinatezza, basata sulle due diverse accezioni della stessa: l'una corrispondente al carattere di intellegibilità della norma e l'altra al carattere di pertinenza, congruità, coerenza logica del testo legislativo. Tra i vari criteri che possono costituire un punto di contatto tra i due punti di vista, l'Autore segnala la *significatività* del segno linguistico – che presiede al collegamento del messaggio alla percezione - e la *ragionevolezza* che si lega alla funzione che la norma vuole assumere e, dunque, al criterio di coerenza dei mezzi rispetto agli scopi (pp. 11 e ss.). Sul tema ancora PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969, pp. 694 e ss.; PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della* regula iuris, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, pp. 49 e ss.

Non rientrando l'analisi di questi precipui aspetti tra gli scopi della nostra indagine, rileviamo, tuttavia, l'utilità che ci deriva dalla considerazione di queste differenze da ultimo descritte.

Il nostro lavoro proseguirà, in effetti, tenendo ben distinti i piani che attengono rispettivamente al funzionamento interno della norma penale e ai contenuti della medesima.

11. *Conclusioni*.

La tipicità illustra il modo in cui il legislatore pensa e costruisce, per regolamentarla, la materia penale: la definizione dei confini di ciò che è rilevante per il diritto (penale) è ciò di cui riteniamo, infatti, debba occuparsi il legislatore.

Il principio di tipicità presiede e governa, a parer nostro, questa competenza e può essere appreso, in questa prospettiva, solo dal punto di vista formale-astratto.

Il perimetro della tutela penale, cioè della punbilità astratta, è per noi dato dai limiti esegetici della fattispecie penale astratta, in quanto in essi soltanto può esaurirsi, dal punto di vista formale, il giudizio di rilevanza che il legislatore penale intende formulare nel definire i "tipi criminosi" ([112]).

A ciascun tipo criminoso è associata una sanzione penale: all'interno di ciascuna norma penale, cioè, si realizza un nesso di corrispondenza biunivoca tra precetto ed effetto punitivo ([113]).

Il ruolo della sanzione nel congegno della norma penale è quello di perimetrare i confini di operatività della fattispecie, come presupposto del corrispondente effetto giuridico (se questa ricorre, l'effetto sanzionatorio si produce); non anche, invece, di specificarne i contenuti, operazione questa che, come visto, pertiene al precetto.

La sanzione, nel congegno astratto della norma penale, è dunque il mezzo per circoscrivere i confini *formali* della fattispecie, per dire che essa *è,* senza ancora dire nulla su *quale* essa sia.

---

[112] In NUVOLONE, *op. cit*., p. 35 il reato come figura giuridica particolare è già un dato riflesso rispetto a quello primario della norma

[113] PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, *cit*., pp. 21 e ss.; per CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, pp. 83 e ss. il quale tuttavia non concorda con la ricostruzione petrocelliana, affermando anzi l'assoggettabilità ad un precetto di una molteplicità di sanzioni di diversa natura: ciò che esclude l'unità della norma non sarebbe la sanzione, bensì il precetto (accogliendo così implicitamente una concezione ulteriormente sanzionatoroa del diritto penale).

Ciò che incide sulla cornice edittale astratta, incide dunque sull'ampiezza di tali confini. La variazione della cornice edittale indizia una corrispondente variazione dei limiti esegetici formali ([114]).

Cosa diversa è la punibilità concreta: essa concerne, infatti, la valutazione che il giudice compie sull'effettiva gravità della vicenda oggetto di accertamento.

Questa valutazione non ha la forza di impedire lo svolgersi del nesso interno alla norma, né tantomeno di incidere sulla fattispecie astratta, bensì solo il potere di delimitare l'effettiva portata degli effetti punitivi.

[114] In PETROCELLI, *op. cit.*, pp. 24-25 è posto in evidenza come il sorgere del precetto sia indissolubilmente legato alla contestuale previsione della sanzione ad esso correlata, la quale rappresenta il segno della particolare prospettiva di tutela che il legislatore ha inteso adottare. Nella sanzione si riflette una scelta di valore "*Il sorgere di ciascun precetto corrisponde al sorgere di un'esigenza determinata, che il legislatore scorge da punti di vista e per motivi e scopi determinati e pertanto come richiedente una determinata forma e intensità di tutela giuridica. Il che vuol dire che il precetto non sorge astratto e incolore, tale cioè da postulare, dal limbo nel quale per un momento si sofferma, una sanzione qualunque, o più sanzioni di diversa specie e finalità; ma sorge insieme alla sua sanzione, vale a dire a quella che in modo speciale si adegua alle esigenze, alle speciali esigenze da cui ha vita il precetto medesimo"*; in senso parzialmente analogo anche PEKELIS, *op. cit.*, p. 141 e ss. per il quale non solo non sarebbe possibile scindere il precetto dalla sanzione, ma neanche potrebbe essere accolta una simile ricostruzione senza far venir meno la realtà funzionale di tutto il diritto: la coercizione espressa mediante sanzione.

CAPITOLO SECONDO

LA CONCEZIONE GRADUALISTICA DELLA TIPICITÀ

1. Recenti sviluppi in tema di tipicità: la tipicità "stratificata". – *1.1. Segue*: la gradualità dell'illecito. - 2. Il concetto di "sottofattispecie" graduata ed i suoi caratteri di *specialità*. – *2.1. Segue*: la specialità "graduata". – *2.2.* I casi "dubbi". - *2.3*. Le intuizioni positive nella teoria della sottofattispecie speciale per diversa gravità. - *2.4.* I suoi errori. - 3. Il ruolo della sanzione nella nozione cd. *estesa* di fattispecie. – 4. La sottofattispecie come modello delle fattispecie cd. "*qualificate*". - *4.1. Segue*: la "*qualificazione*": una novità o un'estensione della fattispecie semplice? – 5. Conclusioni: sull'opportunità di risolvere il problema sul piano delle tecniche di tipizzazione.

1. *Recenti sviluppi in tema di tipicità: la tipicità "stratificata".*

Finora ci siamo dedicati alla predisposizione delle premesse della nostra indagine, al fine di delineare i tratti della concezione di tipicità che intendiamo fare nostri.

La tipicità, come visto, trova la propria sede naturale, a nostro parere, solo nella dimensione statico-formale della norma penale, in corrispondenza della fattispecie legale: in corrispondenza, cioè, della parte della norma penale in cui il Legislatore fissa una volta per tutte l'ambito di punibilità.

E abbiamo anche visto che nel governo della scelta che il legislatore compie nel selezionare i modelli di condotta, Egli si avvalga del criterio della sanzione, al duplice fine di creare un legame di corrispondenza tra un modello di condotta e la misura della pena – rispondendo in tal modo ad un'istanza di proporzione - e di distinguere l'illecito penale dagli altri tipi di illecito.

Ci siamo dunque premurati di spiegare che la sanzione partecipa, sì, alla definizione della scelta legislativa, ma nei limiti di attribuirle fondamento e renderne operante la funzione prescrittiva.

Aver posto poi attenzione al profilo dell'antigiuridicità, ci ha permesso di chiarire che il giudizio in cui questa s'immedesima s'identifica con l'accertamento della corrispondenza di un fatto alla fattispecie astratta legislativa.

Il profilo assiologico-valutativo che l'antigiuridicità dovrebbe introdurre nella

determinazione dell'illecito, secondo le ricostruzioni che le attribuiscono questa funzione, si è per noi già consumato nella fase di tipizzazione della fattispecie penale astratta, concernendo, infatti, tale aspetto, la fase prodromica alla sua formulazione.

La tipicità, che svolge la funzione di cristallizzare il contenuto di disvalore in una determinata struttura logica e linguistica, necessariamente comprende (e conclude) le valutazioni anteriori alla selezione dei dati che confluiranno nella fattispecie legale, di carattere analogico-comparatistico. Essa compendia il processo classificatorio che il legislatore svolge nella fissazione delle condotte punibili e fonda il parametro alla stregua del quale operare la *qualificazione* del fatto concreto.

La tipicità nella nostra ricostruzione è pertanto concettualmente legata alla denotazione di modelli di condotta ([115]), problema, questo, che investe il diritto, allorquando quest'ultimo debba dare una rappresentazione della realtà per regolarla.

Segue un paradigma difforme da quello ora rappresentato l'orientamento a sostegno di una concezione gradualistica di tipicità.

Alcune ricostruzioni propongono, infatti, un modello di tipicità c.d. „commisurativo", in quanto funzionale ad indiziare le molteplici declinazioni di

[115] CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Padova, 2009, pp. 155 e ss. L'Autore traccia la differenza tra "denotazione" e "connotazione" come operazioni concettuali appartenenti a fasi diverse della determinazione dell'oggetto di una valutazione. Con il primo termine si allude ad un processo di classificazione che permette di individuare un oggetto, sulla base del suo legame con la classe di appartenenza; con il secondo termine si fa riferimento ad un'operazione di attribuzione di un predicato all'oggetto, sulla base di alcune sue perspicui e singolari caratteristiche. L'Autore spiega il legame tra denotazione e classificazione da un lato ed il legame tra connotazione e costruzione ordinale dall'altro: in particolare illustra che l'adozione di un criterio tipologico-ordinale di tipicità porta a confondere i due momenti della denotazione e della connotazione che, seppur legati, sono però affatto diversi. Egli afferma, infatti, che se la denotazione si realizza nella fase della vera e propria "tipicità", la connotazione trova invece la propria sede nella "discrezionalità" giudiziale: "*il giudizio di tipicità corrisponde alla verificazione delle caratteristiche essenziali e comuni che consentono di affermare che un dato caso rientra in una determinata classe di reato connotati dal legislatore; il giudizio discrezionale, o di „equità" consiste invece nella comprensione connotativa delle caratteristiche accidentali e singolari del caso individuale accertato e non connotate dalla legge"*. I due momenti sopra descritti coesistono necessariamente, non possono essere separati. Il giudice dapprima qualifica il *Tatbestand* alla luce delle categorie formali, in tal modo *denotandone l'estensione*, quindi volge la raccolta delle prove e il giudizio alla ricerca del contenuto singolare del caso storico, *connotandone l'intensione* in vista della qualifica sanzionatoria. Non avrebbe senso e sarebbe scorretto contrapporre i due momenti in senso antagonistico. Nè potrebbe la discrezionalità essere considerata quale stampella di una tipicità deficitaria, come a dire che la prima viene incontro alle mancanze della seconda, colmandone le lacune e raddrizzandone le strutture. Sul tema dei concetti classificatori e ordinali nella fase dell'interpretazione, SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht*, in *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 307.

gravità riconducibili alla medesima fattispecie ([116]).

La teorizzazione in parola poggia sull'assunto per il quale gli elementi capaci di incidere sulla sanzione (in particolare, gli indici di commisurazione e le circostanze in senso stretto) sarebbero in grado di determinare, altresì, i contenuti della fattispecie astratta, facendo rilevare, di essa, aspetti non espressamente previsti, ma ciònondimeno in essa implicitamente racchiusi.

Ciò sarebbe possibile, in quanto i contenuti della fattispecie costitutiva di reato vengono fatti dipendere dalla sanzione e dalle variazioni incidenti su di essa.

Sebbene le plurime variazioni dell'illecito non possano venire in essere se non prima della concreta realizzazione del fatto, esse sono in grado di incidere già sulla fattispecie formale nella quale esse riposano, seppur tacitamente. Essa, infatti, secondo tale ricostruzione, comprenderebbe in sé, in modo implicito, le plurime potenziali manifestazioni che questa può assumere nella realtà naturalistica, fra loro diverse per gravità.

Esse vengono definite con il termine di "sottofattispecie" ([117]) ed indiziano la

---

[116] Facciamo riferimento, tra i contributi italiani più recenti, all'opera di Rocco Alagna, di cui in ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007; anche dello stesso, ALAGNA, *Dialogo breve, cit.* pp. 3 e ss. in cui si propone una versione della tipicità cosiddetta "stratificata".

[117] MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, pp. 94 e ss., il quale, a sua volta, cita in proposito l'opera del Frosali sul tema del concorso di norme, edita nel 1937 (si veda in particolare, nota 160, p. 95). Lo stesso Mantovani individua le "sottofattispecie" come particolari modi di essere della fattispecie: ogni elemento di fattispecie, afferma l'Autore, è capace di molteplici contenuti particolari, costituendo un *genus* comprensivo di tante *species* quanti sono i suoi possibili modi di atteggiarsi; e lo stesso dicasi per le fattispecie, sulle quali si rinvia a FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, pp. 54 e ss., in particolare, l'Autore, precisa che le fattispecie facoltative possono essere anche espresse, come accade per le circostanze, e sempre compendiano al loro interno sia l'aspetto astratto che quello concreto: astratto, in quanto compreso nella norma legislativa e concreto in quanto espressioni della realtà fenomenologica. Per esemplificare il reato di omicidio è scomponibile in tante fattispecie quanti sono i modi, mediante i quali si può cagionare la morte, e le qualifiche soggettive della vittima; così come la truffa potrà trovare tante declinazioni diverse quante sono le modalità di realizzazione degli artifizi e raggiri etc., cfr. MANTOVANI, *ult. op. cit*., p. 210. Sulle fattispecie costitutive particolari, all'interno delle quali sono comprese numerose fattispecie implicite e tacite, quante sono le differenti declinazioni concrete che la fattispecie astratta può assumere ("*atteggiamenti particolari non individualmente considerati dalla norma*, ma sempre normativi, legislativi in quanto ricompresi tacitamente nella fattispecie penale"), v. anche FROSALI, *Sistema penale italiano*, 1958, p. 343 e ss. Sul tema ALAGNA, *Tipicità, cit*., pp. 159 e ss., il quale, seppure con particolare riferimento al fenomeno di successioni di leggi penali nel tempo, riporta le posizioni di PULITANO', *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2002, pp. 1270 e ss*.,* il quale evidenzia che le differenze tra fattispecie e sottofattispecie sono solo di carattere *formale* non potendo tale caratteristica tuttavia neutralizzare il legame tra le due; e PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2 c.p.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1982, pp. 1374 e ss. il quale illustra come la sottofattispecie realizza una specializzazione "perpetua" non in grado, dunque, di fondare *ex novo* la rilevanza di un elemento. Le critiche alla

sussistenza di un particolare rapporto di *specificazione* tra le medesime e la fattispecie principale, di cui sarebbero declinazione.

Il tipo di specialità che tuttavia intercorre tra la fattispecie originaria e ciascuna sottofattispecie trova il proprio fondamento in un parametro *quantitativo*, rappresentato dalla valutazione di gravità sottesa a ciascuna di esse ([118]). Ci sembra, a tale riguardo, doverosa una considerazione: in tanto è possibile affermare un rapporto di implicita contenenza, entro una fattispecie, di una sua variazione più o meno grave, in quanto si assuma che tale variazione non venga a costituire un'autonoma realtà normativa. Il rapporto di tacita contenenza è dunque fondato sulla dipendenza delle sottofattispecie alla fattispecie originaria; e ciò, in quanto la variazione quantitativa che esse implicano non è sufficiente a fondarne l'autonomia sul piano della tipicità. Ma sul punto torneremo più avanti.

Tra gli esempi che abbiamo attinto dalla trattazione dell'indirizzo in esame ci appaiono utili quelli che, benchè posti all'interno della più specifica analisi dei problemi di diritto intertemporale - legati, cioè, alla riformulazione di alcune fattispecie di reato - ci pongono di fronte al problema pratico di capire se un determinato elemento, inserito *ex novo* in una fattispecie già esistente, concorra all'individuazione di una realtà normativa nuova e autonoma – sancendo così una frattura rispetto alla disciplina anteriore – oppure si ponga con quella in rapporto di continuità, in quanto in essa già ricompreso.

"sottofattispecie" sono note per essere tutte fondate su un approccio formale, posto a tutela dei limiti legislativi della fattispecie penale. Accoglie la "sottofattispecie" anche LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati,* in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1959, pp. 940 e ss.

[118] Il modello di sottofattispecie teorizzato dall'Autore della concezione cd. stratificata di tipicità presuppone la specialità, ma, si precisa, essa differisce rispetto a quella strutturale, in quanto fondata sul criterio sanzionatorio. Riportiamo le parole dell'Autore che, ricordiamo, applica la teoria in parola al fenomeno della successione delle leggi nel tempo: *"La tradizionale teoria strutturale individua la condizione di persistenza della funzione incriminatrice nel concetto di sottofattispecie, inteso come sottoinsieme dei casi della fattispecie incriminatrice di parte speciale, ma non riesce ad arginare il primo rischio. Lascia comunque spazio, infatti, a valutazioni politico-criminali sul significato dell'elemento specializzante o sull'intenzione del legislatore; né riesce a dare un fondamento solido alle scelte sulla continuità della funzione incriminatrice della fattispecie utilizzate per contenere il secondo rischio.* ***Diverso è lo scenario se****, come si è cercato di fare,* ***il concetto di sottofattispecie viene fondato sulla specialità individuata dalle circostanze proprie e da, alcune, circostanze improprie del reato.*** *Qui, gli elementi logicamente speciali ma che non incidono sulla gravità del reato non rintracciano una sottofattispecie, mancando un sottoprecetto della fattispecie generale. Ecco la prima differenza con l'approccio tradizionale: solo la selezione tramite circostanze del reato individua sottofattispecie, e non ogni sottoinsieme di fatti storici"*, in ALAGNA, *ult. op. cit.,* p. 365.

Più in particolare, gli schemi occorribili possono essere delineati allorquando un elemento, configurato come circostanza e addebitato in sede di condanna, divenga, a seguito di una modifica legislativa, elemento costitutivo della fattispecie a cui prima accedeva in qualità di elemento accessorio; tra i casi problematici individuati dai sostenitori della teoria che stiamo esaminando ([119]), viene riportata la riformulazione del reato di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.), secondo la disciplina previgente a quella attuale, riformata dall'art. 9 l. 27 maggio 2015, n. 69: la circostanza di rilevante gravità del danno (ex art. 61, c. 1, n. 7 c.p.) sarebbe stata integrata, ai sensi della previgente disciplina, se l'esposizione dei fatti non rispondenti al vero avesse causato un danno patrimoniale superiore al 5 % del risultato economico di esercizio; rilevando l'entità del danno, secondo l'attuale disciplina, come soglia di punibilità della nuova fattispecie, l'interrogativo è quello di capire se, avendo il danno di allora superato la soglia attuale, sia possibile affermare la continuità di illeciti negando così, implicitamente, la sussistenza di una tipicità nuova.

Analoga a questa situazione è stata ritenuta quella in cui a divenire elemento costitutivo di fattispecie, secondo la nuova disciplina, sia stata una circostanza, cosiddetta *impropria*, in grado d'incidere sulla commisurazione intraedittale della pena, ai sensi dell'art. 133 c.p. ([120]). Si faccia il caso della riforma sul reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) la cui disciplina è passata dalla previsione del dolo specifico del *„fine di procurare a sè o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto"*, secondo quanto previsto dalla L. n. 86/1990, alla diversa configurazione dell'*ingiusto vantaggio patrimoniale* e dell'alternativo *danno ingiusto* come eventi della fattispecie, secondo il tenore delle modifiche introdotte dalla L. n. 234/1997 attualmente vigente. In casi come questo, la realizzazione dello scopo individuato nel dolo specifico, secondo la disciplina previgente, e nell'evento, secondo la normativa successiva, muta la propria funzione, in quanto, se nella prima ipotesi può al massimo incidere sulla commisurazione della pena, nella seconda formulazione esso rappresenta un elemento costitutivo fondamentale all'accertamento del fatto tipico.

---

[119] Ci riferiamo al contributo di ALAGNA, *cit*. pp. 10 e ss.

[120] Per analoghe esemplificazioni, cfr. ALAGNA, *cit.*, pp. 360 e ss. e 26 e ss. con più specifico riferimento alla giurisprudenza tedesca.

Le esemplificazioni appena fatte, che nello studio monografico da cui sono state tratte fungono da paradigmi per la trattazione del problema della successione delle leggi nel tempo, e dunque attengono alla dimensione diacronica del diritto, sono stati utilizzati a sostegno dell'asserita continuità d'illecito tra le fattispecie originaria e riformulata.

Si è sostenuto, infatti, che l'esplicitazione, nella fattispecie modificata, di un elemento ulteriore o apparentemente „nuovo" rispetto alla struttura della fattispecie anteriore, non rappresenti una modifica tale da elidere il rapporto di derivazione *sostanziale* tra la le due fattispecie, allorquando tale elemento già poteva essere valutato ai fini della commisurazione del reato nella disciplina previgente.

Rimarrebbe intatto, infatti, al di là delle modifiche strutturali, il nucleo di illecito (*Unrechtskern*) comune alle due fattispecie, rispetto al quale la modifica di gravità non costituirebbe altro che un suo „strato" ([121]).

Quanto affermato ci obbliga ad una duplice considerazione: per un verso, occorre notare che in questa ricostruzione la variazione di gravità acquista rilevanza allo svolgersi dell'apprezzamento discrezionale che di essa ne faccia il giudice e, dunque, da questo apprezzamento dipende; per altro verso, risulta evidente la pretermissione dell'aspetto formale nella definizione della tipicità.

Quanto alla prima considerazione, la continuità sostanziale dell'illecito negli esempi sopra riportati riposa sulla relazione tra un fatto processualmente accertato e una fattispecie legale astratta.

L'eterogeneità dei piani su cui i termini del raffronto si muovono viene superata, secondo la concezione gradualistica di tipicità, asserendo che ciò che allora occasionalmente ha rilevato in sede di condanna, possa considerarsi tipico alla stregua di un modello legislativo insorto successivamente, se ed in quanto in tale modello vengano compendiati, tra gli elementi costitutivi, quelli che allora il giudice abbia inteso valutare ai fini della commisurazione della pena.

---

[121] L'Autore da ultimo citato afferma che: *„Soltanto nella misura in cui il reo avesse commesso un fatto previsto dalla legge come reato, con modalità tali da integrare una circostanza aggravante o d'azionare un criterio determinato di commisurazione della pena e, successivamente, tali modalità "sottotipiche" diventassero tipiche grazie alla riformulazione del reato, il fatto commesso verrebbe continuativamente punito, cioè sopravviverebbe la funzione incriminatrice della fattispecie che ha subito la modifica",* in ALAGNA, *cit*., p. 366.

E ciò in quanto, venendo così alla seconda considerazione, la tipicità viene qui concepita come protesa alla dimensione concreta, che connota l'occorrere dei fenomeni, la loro storicità ([122]). Essa rappresenta il principio che regola la formazione progressiva della realtà in rapporto al diritto e presuppone, a monte, la perpetua interrelazione tra il versante formale e quello fenomenico.

La tipicità formale è dunque definita *ex post facto* e, venendo a dipendere, in tal modo, dalle componenti concrete del dato fenomenico, assume i connotati della contingenza degli accadimenti storici.

Questo peculiare approccio, che per il vero ha investito l'intera teoria del reato nei primi decenni del secolo scorso, denuncia un generale mutamento di sensibilità che ha influenzato la comunità giuridica nell'approcciare i problemi del metodo nella scienza del diritto.

Di questo mutamento, del quale potremo qui rendere conto in minima parte, appare interessante rilevare le tracce macroscopiche sul piano dogmatico.

1.1. Segue: *la gradualità dell'illecito.*

Richiamando le considerazioni svolte nel primo capitolo sul problema dell'antigiuridicità, ci proponiamo qui di comprendere come, a quali condizioni, cioè, sia possibile ammettere la medesimezza del contenuto di illecito di due condotte, ciascuna delle quali conforme ad una determinata fattispecie astratta.

Più esattamente, considerato che l'illiceità di un fatto presuppone che a questo corrisponda un precipuo modello legale (e non altro), sulla base di quali considerazioni è possibile affermare un rapporto di continuità (nella relazione diacronica) tra il contenuto (illecito) dell'una fattispecie e il contenuto dell'altra?

Ponendoci in una prospettiva diversa da quella adottata al principio della nostra analisi si potrebbe dire che il carattere apparentemente biunivoco della corrispondenza tra illecito e fattispecie formale potrebbe in alcuni casi venir meno, dando origine ad ipotesi in cui la fattispecie formale, pur realizzatasi, non costituisca tuttavia un „illecito", oppure, ed è il caso degli schemi esposti poco sopra, ipotesi in

[122] Fa notare l'Autore della tesi qui oggetto di analisi che la stratificazione (*geschicht*, dal sostantivo *die Schicht*) condivide l'etimo con la radice del termine storia, *Geschichte,* ALAGNA, *cit*., pp. 352 e ss.

cui il contenuto di illecito di una fattispecie penale possa estendersi anche ad altra, non identica alla prima.

Le ragioni di questi scollamenti segnalano la ritenuta insufficienza della fattispecie formale a contenere l' „illecito“ (si veda retro Cap. I, § 8) e derivano dall'asserita necessità di dedurre quest'ultimo da criteri ultronei rispetto a quelli predisposti dalla norma penale incriminatrice.

Tali criteri vengono rinvenuti in altri rami dell'ordinamento o, più in generale, in altri ordinamenti o sistemi normativi (culturali, sociali, etici etc.) ([123]).

Queste brevi considerazioni che già ci avevano consentito un cenno alla concezione cd. materiale di antigiuridicità, ci portano qui ad avviare un breve esame del concetto di illecito, così come sviluppato dalla dottrina tedesca.

Per quanto i problemi sottesi alla considerazione dei concetti di illecito e di illiceità siano in parte gli stessi, la scelta di distinguere l'*Unrecht* dalla *Rechtswidrigkeit* – scelta che, nonostante qualche antecedente in Zimmerl, è da attribuire al Welzel ([124]) – nasce dal bisogno di valorizzare gli aspetti contenutistici dell'illecito.

Come già precedentemente specificato, mentre la *Rechtswidrigkeit* descrive una relazione di contrasto tra una condotta e l'intero ordinamento, venendo così a rappresentare una nozione sempre unitaria e uguale per ogni reato, il concetto di

---

[123] Si è precisato, tuttavia, che diversa sarebbe la concezione sostanziale dell'illecito dalla nozione materiale di antigiuridicità, in quanto, mentre quest'ultima trova il proprio fondamento in parametri di valutazione metagiuridici, la prima troverebbe invece ancoraggio in un dato normativo dello stesso ordinamento penale, alla luce del quale risulta possibile valorizzare, a fianco della conformità del fatto al tipo descritto, una esigenza sostanziale di valutazione del significato economico-giuridico del reato in termini di effettiva lesione dell'interesse tutelato, così letteralmente, in GALLO-SEVERINO, voce *Antigiuridicità*, cit., p. 9. Il dato normativo in questione è costituito – o meglio, lo sarebbe, secondo la lettura che ad esso si preferisca attribuire – dall'art. 49, c. 2 c.p. Sul punto, cfr anche NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo, Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 90; per la ricostruzione del pensiero del chiaro giurista, la cui esposizione trova spazio, ancor prima, in GALLO, voce *Dolo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, 1964, pp. 786 e ss. (in particolare), cfr. GALLO, *Il reato, cit*., p. 790. Ciò che di questa ripartizione, tuttavia, non ci persuade, è il limite al quale essa va incontro nel prendere come riferimento il dato normativo predetto: questo, infatti, ci pone nuovamente di fronte alla necessità di ricostruire i termini dell'inoffensività di un fatto posto che tutt'altro che univoci appaiono i criteri dell'inidoneità dell'azione e dell'inesistenza dell'oggetto. Se poi il parametro normativo da prendere come riferimento fosse costituito dalla stessa norma incriminatrice, non si comprendebbe come possano trovar luogo spazi di scarto tra conformità al modello legale e offesa, cfr. sul punto STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1973, pp. 28 e ss.

[124] ZIMMERL, *Der Aufbau des Strafrechtssystem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, pp. 65 e ss.; WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,*1949, pp. 505 e ss per il quale l'*Unrecht* deve essere ricostruito alla stregua della condotta.

Unrecht si identifica con l'oggetto di tale giudizio di contrasto e viene a coincidere con lo specifico disvalore sotteso alla realizzazione dei singoli tipi di reato, tra loro diversi per contenuto.

Mentre con il primo termine viene designato un predicato, con il secondo viene fatto riferimento ad un sostantivo: la stessa condotta giudicata illecita ([125]).

L'origine del concetto di *Unrecht* riposa nella necessità di valorizzare l'aspetto sostanziale dell'antigiuridicità ([126]), nelle sue molteplici manifestazioni e graduazioni ([127]).

Ciò che di questo tema ha travagliato la dottrina tedesca non riguarda soltanto i suoi rapporti con le altre categorie del reato (il *Tatbestand* e la *Schuld*) ([128]) – aspetto,

---

[125] Sul punto ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand*, *cit*., p. 402, il quale segnala come nelle prime trattazioni dell'oggetto non vi fosse alcuna differenziazione nell'uso dei termini *Unrecht*, *Rechtswidrigkeit*, *Widerrechtlichkeit* e come con il Welzel sia stata avviata una più precisa distinzione tra *Unrecht* e *Rechtswidrigkeit*. La loro differenza sul piano semantico, nei termini sopra esposti, conduce a ritenere l'Unrecht potenziale oggetto altresì del giudizio di colpevolezza, al quale la Rechtswidrigkeit può essere solo affiancata; ancora, si è sostenuto che proprio per consistere quest'ultima in un mero giudizio, il suo accertamento si sostanzia in una valutazione *aut-aut* di secca alternatività tra liceità e illiceità, mentre l'Unrecht, per essere oggetto valutato, sarebbe suscettibili di graduazioni. Sul punto anche DONINI, *Illecito, cit.*, pp. 193 e ss.,

[126] GALLO-SEVERINO, *cit*., p. 3; con riferimento alla nozione sostanziale di antigiuridicità evidenzia come questa possa essere rappresentativa della esigenza di affiancare al giudizio di formale corrispondenza al tipo descrittivo un giudizio di sostanziale lesività rispetto agli stessi interessi tutelati dalla norma. In tal modo la nozione di antigiuridicità non è più riferita al piano delle figure di qualificazione, bensì si proietta sul versante strutturale del singolo fatto antigiuridico; per un approccio critico, cfr. NUVOLONE, *Sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 105, secondo il quale questa concezione dell'antigiuridicità può avere cittadinanza nel mondo extralegislativo, ma non nel nostro ordinamento. Sul tema HEINITZ, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Eg. Schmidt*, 1961, pp. 266 e ss., con particolare riguardo alla scriminante non tipizzata dello stato di necessità.

[127] KERN, *cit*., pp. 255 e ss. Egli evidenzia come già nella costruzione belinghiana ci fossero cenni alla concezione gradualistica, in ordine, tuttavia alla diversa rilevanza del bene giuridico (cfr. BELING, *Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 128). Con il Baumgarten comincia a manifestarsi una maggiore sensibilità per i molteplici livelli d'intensità dell'azione antigiuridica, fino alla piena affermazione del suo aspetto gradualistico nel pensiero del Mezger. Egli, in particolare, attribuisce questa proprietà alla nozione materiale di antigiuridicità. Chi parla, tuttavia, di *Abstufbarkeit des Unrechts* è Welzel, seguito da altre voci, tra le quali vengono segnalate quelle di Sauer e di Nowakowski, il quale parla di *Steigerungsfähigkeit des Unrechts*. Tutte queste primordiali costruzioni correlano il potenziale gradualistico del fatto antigiuridico all'intensità dell'offesa nonché alla rilevanza del bene giuridico leso, allo scopo di distinguere fra le cause di giustificazione rilevanti per il diritto da quelle che rimangono nel cd. spazio giuridicamente vuoto. Lo sviluppo successivo della concezione gradualistica di antigiuridicità non soltanto affrancherà questo profilo dal legame con il bene giuridico – configurandolo, dunque, come "autonomo" - ma diverrà strumento per il legislatore e per il giudice, sia nella fase strettamente interpretativa che in quella di commisurazione.

[128] La definizione del concetto di *Unrecht* in rapporto al *Tatbestand* implica, come si comprende, che venga fatta chiarezza sui rapporti tra *Tatbestand* e *Rechtswidrigkeit*, i cui più manifesti paradigmi corrispondono, per un verso, alla concezione del primo nei termini di mero indizio della seconda e, per altro verso, alla ricostruzione che vede nel *Tatbestand* l'essenza stessa dell'antigiuridicità. Rinviando, per lo sviluppo del *Tatbestand,* alla nota successiva, annotiamo qui le impostazioni più rilevanti sul tema in esame secondo la sintesi proposta da ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand, cit*.,

questo, che come già visto, ha determinato il trapasso dalla concezione classica di reato a quella neoclassica ([129]) - ma anche i suoi precipui contenuti ([130]).

---

pp. 405 e ss. Alla teoria per la quale la *Rechtswidrigkeit* costituirebbe elemento indispensabile di ogni condotta vietata (Binding) si è obiettato di aver confuso in tal modo la valutazione con il suo oggetto: il *Tatbestand* andrebbe, infatti, concepito come un'entità separata dall'antigiuridicità (Beling, Mayer), potendo, al massimo, costituire, di essa, un indizio ("*Tatbestand als Erkenntnisgrund der Rechtswidrigkeit*"), cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen, cit*., pp. 145 e ss. Ad una posizione più radicale giunge la teoria per la quale nel *Tatbestand* troverebbe espressione il carattere antigiuridico della condotta, rappresentando esso la *ratio essendi* di questa (Mezger). La ricostruzione di Mezger è, per il vero, ancora radicata nel modello belinghiano, poiché concepisce le cause di esclusione dell'illecito (*Unrechtsausschliessungsgründe*) come ipotesi eventuali e residuali: „*Wer tatbestandsmäßig handelt, handelt rechtswidrig, sofern ein Unrechtsausschliessungsgrund nicht vorliegt*". La differenza rispetto al modello di Beling e Mayer, tuttavia, risiede nel profilo di valore che l'illecito assorbe ed in sè racchiude, fintanto che non intervengano cause o condizioni in grado di escluderlo. Il modello di *Tatbestand* immaginato dal Mezger non è pertanto privo di componenti di valore: esso, anzi, è già *vertyptes Unrecht*. Aderisce a tale modello anche Engisch, il quale ne arricchisce i profili definendo le scriminanti nei termini di elementi negativi (così anche Hellmuth von Weber e Arthur Kaufmann). Si comprende come il concetto di *Unrecht* sia venuto progressivamente ad inserirsi nel "tipo", arricchendolo di componenti di valore, prima annoverate all'interno dell'autonoma categoria dell'antigiuridicità. La critica mossa da Beling al *Tatbestand* mezgeriano è quella di aver confuso il tipo normativo (di carattere astratto e avalutativo) con il *Regeltypus* (relativo, invece, alle singole fattispecie di parte speciale), si veda BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930, p. 9. Con il Welzel si giunge, infine, e sulla scorta di un'eco di stampo giusnaturalistico, alla definizione del *Tatbestand* nei termini di "*Verbotsmaterie strafrechtlicher Bestimmungen*", coincidente, dunque, con la materiale descrizione contenuta nella fattispecie legislativa, cui si correla un concetto di *Rechtswidrigkeit* come contrasto con l'intero ordinamento (*Verbotensein*), sul punto anche GALLAS, *Zum gegenwärtigen, cit*., p. 42, il quale, facendo propri gli stimoli promananti dal finalismo nella sua fase giovanile, aderisce ad una concezione di *Tatbestand* ritagliato sul *Deliktstypus* (v. p. 44), sostanzialmente aderendo al Mezger, cfr. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für L. Traeger,* Berlin, 1926, pp. 190-191. Per un inquadramento generale del problema HIRSCH, *Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystems Delitalas,* in *Studi in memoria di G. Delitala,* III, Milano 1984, pp. 1933 e ss.
Per quanto concerne il rapporto con la *Schuld*, soprattutto nell'ambito della commisurazione della pena, dove le due categorie vengono assunte come parametri normativi, cfr. FRISCH*, Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung - Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung,* in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 2014*,* p. 496; anche FRISCH, *Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung,* in *Grundlagen staatlichen Strafens,* in *Festschrift für H. Müller-Dietz*, München, 2001, pp. 237 e ss. Sulla normatività di *Unrecht* e *Schuld* (e sul loro Wertgehalt), ESSER, *Unrecht, Schuld und Strafe im Lichte der materialen Wertlehre*, in *Festschrift für Theodor Rittler*, Inssbruck, 1946, pp. 7 e ss. Per Schmidhäuser *Unrechtstatbestand* e *Schuldtatbestand* sono diversi (il secondo è peraltro più esteso del primo e lo contiene), ma condividono un nucleo comune; in particolare, l'illecito, circoscritto entro i margini formali della fattispecie legale, contiene aspetti ulteriori che arricchiscono il profilo naturalistico di elementi di valore ricavabili anche dal coefficiente psichico dell'agente, sul punto SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag,* hrsg. v. P. Bockelmann, A. Kaufmann und U. Klug, Frankfurt am Main, 1969, p. 447 e ss.

[129] Per un inquadramento delle principali tappe dell'evoluzione, BRICOLA, voce *Teoria*, *cit*., pp. 27 e ss.; anche RADBRUCH, *Zur Systematik*, *cit*., p. 163.

[130] Sul punto KRAUSS, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1964, pp. 19 e ss., in cui vengono delineati i margini del dibattito sul tema, con particolare riguardo al significato che il disvalore di azione e il disvalore di evento assumono rispetto all'*Unrecht*. Gli orientamenti che si sono avvicendati nella trattazione del problema sono tre: l'indirizzo "classico" (*klassische Unrechtslehre*); l'indirizzo "sociale" (*soziale Unrechtslehre*); l'indirizzo finalistico (*personale Unrechtslehre*). Il primo di essi fa coincidere

La specificità che connota la nozione di *Unrecht*, ai fini della nostra indagine, è data dall'essere questa divenuta strumento per la rielaborazione dei contenuti della fattispecie astratta ([131]).

---

l'*Unrecht* con la lesione del bene giuridico e incentra il carattere dell'illecito sul disvalore di evento (*Erfolgsunwert*). Tale indirizzo, tra i sostenitori del quale si annovera Nowakowski (cfr. NOWAKOWSKI, *Zur Lehre, cit.,* pp. 312 e 321), è ispirato ad un approccio oggettivistico al sapere giuridico, la cui *ratio* risiede nella funzione regolatrice e ordinante del diritto (*Ordnungsfunktion des Rechts*). La radicale svalutazione dell'aspetto soggettivo di questa prima teoria, ha sollecitato parte della dottrina (in particolare, Oehler e Lange) ad un recupero delle componenti psichiche, senza tuttavia riconoscerle come elementi costitutivi dell'illecito. Nonostante esse non siano parte della struttura dell'illecito, sarebbero tuttavia in grado di escludere la tipicità del fatto quando non sussistenti, e così anche il suo carattere illecito. L'evidente contraddizione di questa ricostruzione ne ha determinato il limitato successo (tra le voci critiche, Finger e Hegler), benchè condivisibile sia apparso il suo intento, cfr. LANGE, *Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung*, in *Juristenzeitung,* 1953, p. 11. La tappa successiva dello sviluppo delle teorie sull'*Unrecht* è stata caratterizzata da una sempre crescente considerazione del ruolo del profilo soggettivo sull'azione, in quanto capace di attribuirle un rilievo non assiologicamente neutro: ciò è avvenuto dapprima con la dottrina sociale dell'*Unrecht*, poi con quella finalistica. La *soziale Unrechtslehre* attribuisce rilevanza al risvolto sociale della condotta individuale e, benchè mantenga ancora fede alla distinzione tra il versante soggettivo, legato alla *Schuld* e quello oggettivo, legato all'*Unrecht*, essa valorizza l'azione come elemento al quale riferire il disvalore sociale del fatto; propone una *objektiv- personale Unrechtslehre,* MAIHOFER, *Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre,* in *Festschrift für Rittler* 1957, pp. 141 e ss. (in particolare, pp. 148 e 162-163). Quanto alla *personale Unrechtslehre,* essa troverebbe il proprio aggancio in una formula sintetica nella quale si rapprendono tutti gli elementi associati alla condotta, il cd. *Aktunwert*; anche l'evento, in una simile risostruzione, non potrebbe essere inteso come elemento costitutivo, bensì come termine di delimitazione dell'illecito, il cui significato trova invece unico fondamento nel disvalore dell'azione, che appunto lo esaurisce. Per i legami di questa dottrina con i criteri ontologici della *Natur der Sache*, cfr. STRATENWERTH, *Das rechtsstheoretische Problem der „Natur der Sache"*, Tübingen, 1957, pp. 13 e ss. Per le diverse concezioni di *Unrecht*, segnaliamo la ripartizione di Gallas, il quale individua due indirizzi: il primo cd. dualistico, il quale intende l'illecito penale sotto il duplice profilo di disvalore "personale" dell'azione e di disvalore "causale" dell'evento ed il secondo cd. monistico, che assorbe nel disvalore d'intenzione tutto quanto dal primo inserito nell'aspetto oggettivo del disvalore di evento, cfr. GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1982, pp. 447 e ss. Anche ENGISCH, *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen*, in *Festschrift für Rittler* 1957, pp. 165 e ss. che, rispetto all'impostazione oggettiva di Rittler, afferma che la nozione dell'*Unrecht* deve ritenersi estesa anche al profilo soggettivo (pp. 177 e ss. in particolare). Abbraccia una concezione dualistica di *Unrecht,* fondata sul duplice *Erfolgsunrecht* e *Handlungsunrecht* HÖRNLE*, Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, pp. 220 e ss. Assorbe nel disvalore di condotta quello di evento RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Maurach* 1972, pp. 51 e ss. (in particolare, p. 69).

[131] Abbiamo già fatto cenno in precedenza alla varietà dei criteri metagiuridici che hanno permesso una simile operazione: il criterio dell'adeguatezza sociale, quello del bene giuridico in chiave interpretativa, nonché, le letture della fattispecie orientate allo scopo. Rinviamo a KLUG, *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrecht*, in *Eb. Schmidt–Festschrift*, Göttingen, 1961, pp. 249 e ss. e agli altri contributi bibliografici al § 8.1, del Cap. I. Qui segnaliamo, per un approccio critico, FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991, pp. 63 e ss.(in particolare, sugli effetti del ruolo esegetico attribuito al bene giuridico, p. 64). Dello stesso tenore le critiche contenute in FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?,* in *Foro italiano,* 2001, pp. 4 e ss. Anche STELLA, *cit.,* pp. 4 e ss. A proposito delle alterne vicende sul bene giuridico, si rileva come il passaggio da una sua

concezione empirico-naturalistica (quella di von Liszt) ad una concezione formale (quella del Binding) abbia raggiunto il proprio culmine in corrispondenza della cesura tra i due diversi profili dell'antigiuridicità (formale e sostanziale); cesura nella quale non tardò ad inserirsi la scuola penalistica neokantiana, autrice di un progressivo svuotamento del bene giuridico, divenuto mero strumento per la costruzione giuridica (concezione cd. metodologica del bene giuridico) e fondamento delle teorie dell'interpretazione teleologica, tra i più significativi esponenti delle quali si annoverano, SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930, pp. 7 e ss.; MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, in *Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, a cura di Glaispach e Kohlrausch, Berlin, 1939, pp. 37 e ss. In particolare, sostiene l'Autore che i concetti giuridici devono essere ricostruiti per via deduttiva, non derivando essi per astrazione dal dato empirico. La scienza giuridica (dunque, l'interprete) coglie l'essenza dei valori di cui esso stesso diventa latore: "*die empirisch soziale Wirklichkeit ist für die rechtliche Begriffsbildung erst vom sekundären Bedeutung. Die Rechtswissenschaft bildet ihre Begriffe nicht von der Welt der Erscheinungen aus, die zu Werten in Beziehung gesezt wird, sondern indem sie gerade umgekehrt von geltenden Werten aus Bilder und Teilausschnitte einer hypothetisch-wertbezogenen sozialen Welt, d.h. hypothetische Allgemeinbegriffe entwickelt*" (p. 37). Nel contributo emergono richiami agli orientamenti fenomenologici del diritto (in particolare, p. 38), per la trattazione dei quali si rinvia a STELLA, G. *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, 1990, pp. 64 e ss. in particolare; così anche in MEZGER, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1937, pp. 417 e ss. (per i riferimenti alla fenomenologia husserliana, p. 418); ancora ZIMMERL, *Gesetz*, *cit*., pp. 222 e ss. si veda anche MEZGER, *Die Straftat, cit*., pp. 700-701. Per uno sguardo disincantato al clima culturale della scienza tedesca di quegli anni, il breve ma ficcante contributo di RITTERBUSCH, *Rechtswissenschaft und Politik*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 1934, pp. 1362 e ss. Offre, invece, una ricostruzione dell'indirizzo teleologico, così come elaborato dai suoi più significativi esponenti (Rickert, Windelband, Schwinge, Wolf, Grünhut, Dahm), il contributo di TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1933, pp. 545 e ss.; anche BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova,1986, pp. 23 e ss. Si discosta dalla vocazione, in senso lato, "sostanzialista", a difesa delle barriere formali, invece, WÜRTENBERGER, *Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Rittler,* 1957, pp. 125 e ss. Per un inquadramento del dibattito italiano, invece, cfr. PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, pp. 393 e ss., in cui Egli propugna un teleologismo "positivo", per il quale i valori vengono tratti dalla realtà giuridica, rinnegando un teleologismo di stampo filosofico; per una critica al ricorso a criteri metagiuridici, anche NUVOLONE, *I limiti*, pp. 43 e ss. Anche PETROCELLI, *I limiti della scienza del diritto penale e la nuova legislazione,* in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, pp. 52 e ss. Ci pare pertinente la critica di Nuvolone rivolta agli orientamenti tendenti ad identificare il bene giuridico e la norma penale, i quali, attribuendo in tal modo funzione qualificatoria al bene giuridico, confondono l'oggetto di tutela con la situazione di tutela. Egli afferma che "la confusione tra *oggetto* e *modo* della tutela è uno dei vizi logici più evidenti di una certa dogmatica". La norma penale (la fattispecie in essa prevista) indica solo il *modo* in cui il legislatore decide di tutelare un bene o un interesse, individuando in tal modo non tanto un bene, quanto una modalità offensiva. Far corrispondere ad ogni norma penale un oggetto specifico significa cadere in una petizione di principio: "non fa che parafrasare la fattispecie descritta dalla norma". Il problema del "bene", dell'oggetto giuridico, sta fuori dalla norma, in una dimensione pre-giuridica alla quale il legislatore attinge per la configurazione di specifiche modalità lesive di quel bene. Ciò non significa che il bene abbia dignità autonoma, sia, cioè, a sé stante. Significa solo che preesiste alla norma, della quale tuttavia abbisogna per acquisire rilevanza: per avere rilevanza giuridica, esso deve essere "colto" dalla norma, in NUVOLONE, *Il Sistema*, cit., p. 221; si veda anche dello stesso Autore, NUVOLONE*, I fini e i mezzi della scienza nel diritto penale,* in *Trent'anni di diritto e di procedura penale,* Padova 1969, p. 164; in senso analogo MANTOVANI, *Contributo, cit*., pp. 36 e ss.; sul punto anche RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità di lesione tipiche: l'impraticabilità di un „equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 600 e ss. Ribadisce l'ancoraggio alla norma di ogni suo contenuto, non potendo il bene giuridico essere dedotto se non dai limiti formali, ZUCCALA', *Due questioni, cit.,* p. 846 (per la non necessaria lesività come criterio di tipizzazione, p. 879).

Il fatto che si tratti, infatti, di un concetto immancabilmente legato alla dimensione empirica del fatto, fa sì che i suoi contenuti vengano a dipendere dalle individue manifestazioni in cui esso si concreta, fra loro simili per essere tutte riconducibili ad una medesima matrice, e tuttavia tra loro diverse per gravità.

La *Abstufbarkeit* del concetto di *Unrecht,* la sua graduabilità interna, deriva dunque da una scelta „di metodo" ben precisa: quella di far dipendere la qualificazione di un fatto da un giudizio di valore che verte sulla sua concreta manifestazione ([132]).

Comprendiamo come la nozione, dunque, sia di per sè difficilmente inquadrabile, in quanto intrinsecamente relativa: i criteri-guida per la valutazione dell'illecito, sono rappresentati dai gradi di gravità che il fatto potenzialmente può integrare.

Fintanto che la predetta valutazione si inserisce in quella commisurativa, che le è propria, non sembra possa essere lasciato spazio ad alcuna criticità.

Diverso è, invece, l'impatto, allorquando ad essa venga fatto ricorso nella fase esegetica, in seno alla quale vengono individuati i confini della tipicità nel suo aspetto dinamico ([133]).

Il seme che ha originato lo sviluppo delle teorie di matrice sostanziale, entro le quali riteniamo sia venuto a svilupparsi il concetto di *Unrecht*, viene comunemente ravvisato, sul piano dogmatico, come visto, nella progressiva erosione della concezione classica di reato ([134]), di cui il suo stesso più eminente rappresentante, il

---

[132] SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Göttingen, 1968, pp. 268 e ss.

[133] In senso favorevole all'impiego del concetto sul piano interpretativo, SAUER, *Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1957, p. 8 il quale, identificando l'*Unrecht* con il contrasto con scopi e interessi della società, afferma che esso può essere utilizzato dal giudice non solo come criterio di commisurazione della pena, ma anche come mezzo di interpretazione delle fattispecie al fine di adattarne i contenuti alle esigenze della collettività; si veda anche, dello stesso Autore, SAUER, *Vorsatz, Irrtum und Rechtswidrigkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (Bd. 51) 1939, p. 171. In senso analogo WOLTER, *Die Krise der Rechtswidrigkeit,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (Bd. 48), 1928, p. 44. Diversa la posizione di SAX, *„Tatbestand" und Rechtsgutverletzung. Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und „Funktion" des „gesetzlichen Tatbestandes" und des „Unrechtstatbestandes",* in *Juristenzeitung,* 1976, pp. 9 e ss.

[134] Alludiamo alla prima formulazione del *Tatbestand* belinghiano (per una rappresentazione del quale rinviamo a BETTIOL, *La teoria del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Rivista italiana,* 1932, I, pp. 524 e ss.) a cui risale la nozione di fatto-tipo nella dottrina penalistica moderna: un modello descrittivo e avalutativo, concepito in tal modo per arginare l'ontologizzazione delle categorie, il superamento del quale ha avuto inizio con l'inserimento di coefficienti di valore nella fattispecie legale (elementi normativi mayeriani) e con la rivalutazione dei coefficienti psichici (sostenuta da Hegler). La tripartizione di stampo belinghiano è, infatti, costretta più tardi a dividersi il campo con le tendenze soggettivizzanti (finalistiche) della dottrina del secondo Dopoguerra, sfociata poi nella visione teleologica del reato (si passa cioè alla bipartizione Unrecht/Schuld, dove nel primo il concetto di „fatto" viene fagocitato in quello di azione), si veda per tutti GARGANI, *cit*., pp. 55 e

Beling, può dirsi in parte iniziatore ([135]). E giace, sul versante filosofico, su un retroterra culturale piuttosto vario, accomunato, tuttavia, dal rifiuto verso l'approccio

---

ss.; BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli 2016, pp. 109 e ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004. Segnaliamo per la costruzione impostata sulla teoria della norma, RUGGIERO, G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale - Lineamenti generali*, Napoli, 1965. Per un inquadramento dei risvolti del tema sulla teoria del reato, RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti tra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli, 2011. Segnaliamo in questa sede altresì il contributo di WOLF, *Tattypus und Tätertypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenslehre,* in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1936, pp. 358 e ss., il quale inserisce la propria costruzione teorica nel dibattito scientifico tra le teorie bi- e tripartite di reato. A parere dell'Autore, nessuna delle due riesce a soddisfare fino in fondo le esigenze pratiche del diritto (che si riverberano per lo più nelle aule giudiziarie) le quali, potrebbero, piuttosto, trarre giovamento da un intervento sulla parte speciale del codice penale. In particolare il Wolf teorizza la costruzione di una parte generale della parte speciale, per ciascun gruppo di reati, concepita come un microsistema (di regole generali) applicato alle sigole tipologie di delitto, ciascuna delle quali dotata di proprie caratteristiche e, dunque, bisognosa di un più specifico intervento di sistematizzazione. Tale soluzione favorirebbe l'incontro tra l'assetto teorico-dogmatico a fondamento della teoria del reato e i singoli reati, sui quali la teoria deve trovare applicazione.

[135] La progressiva rivisitazione subita dal *Tatbestand* del primo Beling condusse l'Autore a rivedere le proprie originarie posizioni al fine di rendere la propria ricostruzione più coerente con le tesi che avevano dimostrato l'impossibilità di una netta distinzione tra un fatto-tipo obiettivamente antigiuridico e un concetto di colpevolezza espresso in termini soggettivi. Mentre nella sua prima opera, *Die Lehre vom Verbrechen* il Beling utilizzava il *Tatbestand* (anche *Typus*) come il referente unico della tipicità (ancorando questa, peraltro, alla fonte legislativa), nella seconda opera *Die Lehre vom Tatbestand* i riferimenti per la costruzione del concetto di tipicità sono tre: il *gesetzlicher Tatbestand*, il *Leitbild*, il *Deliktstypus*. Con il primo termine l'Autore allude al *Tatbestand* legislativo, alla fattispecie costruita dal Legislatore, dalla quale emerge il "*Typus*" (l'estratto della norma), costituito dagli elementi che ne illustrano il contenuto. I *Typen* permettono un ancoraggio tra realtà concreta e modello astratto: sono *"Vorstellungsgebilde, die nur regulativ, verständnisbedingend, den zugehörigen Deliktstypen logisch vorgelagert sind"*. I *Deliktstypen* (p. 2) sono nuclei di disvalore, che rappresentano plurimi e diversi modelli di uno stesso *Typus* (di una stessa matrice) e che "in linea retta" prevedono una corrispondente minaccia di pena. Essi sono *sui generis*, autonomi. Diversi dunque dalle forme di manifestazione accessorie rispetto al tipo principale (le *Erscheinungsformen* o *Nebenfiguren* che trovavano menzione in *Die Lehre vom Verbrechen,* pp. 245 e ss.), i *Deliktstypen* sono nuclei autonomi e rappresentano i "modi" in cui si declina lo stesso modello di reato, quindi in un certo senso lo colgono ("*ihn erfassen"*). Essi si "agganciano", cercano un ancoraggio alla matrice e ne offrono una rappresentazione secondo la diversa "gravità". Benchè entrambi "accessori" i *Deliksttypen* e le *Erscheinungsformen* differiscono tra loro, in quanto mentre per queste ultime si tratta di un'accessorietà astratta, per i primi si tratta di un'accessorietà concreta. Scrive il Beling: "*Die Deliktstypen sind Normativgebilde, ebenso normativ wie Unrecht und Schuld, in deren Umkreis sie liegen. Jeder Deliktstypus bildet ein aus verschiedenen Elementen zusammengesetztes Ganze"* (p. 3). Ciò che fonda la loro autonomia, rendendoli "Einheiten", è il loro rinvio alla fattispecie legale astratta. Ne sono un esempio il furto e la *Körperverletzung mit Todesausgang* (p. 3): entrambi richiedono un modello (un *Muster*) di riferimento, come potrebbe essere per il furto la sottrazione di cosa altrui. Per verificare che questa sia integrata e che il singolo *Delikttypus* possa essere ricondotto alla propria matrice, occorre che sussistano tutti gli elementi del *Typus* corrispondente, per esempio per aversi il *Typus* del furto occorre che ricorrano tutti gli elementi che compongono il rispettivo *Leitbild* della "*Wegnahme einer fremden beweglichen Sache*". Questo modello, "estratto" dalla fattispecie legislativa, costituisce il perimetro entro il quale i diversi *Delikstypen*, ad esso riconducibili, si "testano", "risuonano" (*sich "duchprobieren"; "anklingeln*"). Ciò che permette la costruzione del *Leitbild*, infine, è la capacità di estrarre dal *Deliktstypus* il corrispondente coefficiente di *Unrecht* e di *Schuld.* Questi devono coesistere ed essere dominate dallo stesso *Leitbild*, affinchè vi sia corrispondenza con il modello tipico. Il *Leitbild* è un criterio, detto anche "quadro dominante"

avalutativo di stampo positivista, secondo il quale, rappresentando il diritto un complesso di norme, esso vada inteso spurio di componenti, in senso lato, assiologiche ([136]).

Di particolare interesse per la comprensione dei rapporti tra gli orientamenti a sostegno della concezione formale di reato e quelli favorevoli ad una sua rivisitazione in senso sostanziale, ci pare siano gli studi dell'ermeneutica applicati al diritto ([137]).

I risultati emersi dagli studi più rappresentativi sull'ermeneutica giuridica ([138]), incentrati sull'approfondita analisi della dinamica del processo interpretativo, hanno messo in luce come la rigorosa separatezza tra il piano normativo e il sostrato fenomenico, trovi la conferma dei propri limiti nella necessaria correlazione che i due piani devono e possono trovare nel momento dell'esegesi ([139]).

---

secondo la traduzione italiana, fatto corrispondere al parametro a cui devono riferirsi sia il lato oggettivo che soggettivo del reato (sul punto anche GARGANI, *ult. op. cit.,* p. 453). Il Beling in realtà fa corrispondere il *Leitbild* al "*gesetzlicher Tatbestand*" (così a p. 4) e a proposito di quest'ultimo afferma che esso è privo di contenuti sostanziali (*inhaltsleer*), rappresentando piuttosto un riferimento normativo, con funzione regolativa: *ein Funktionsbegriff* (*er gibt die Richtung dem Deliktstypus*). La vacuità del *gesetzlicher Tatbestand* lo porta a dipendere, dal punto di vista contenutistico, dal *Deliktstypus* che esso stesso regola. Dal carattere funzionale-relativo del *gesetzlicher Tatbestand* emerge che: in primo luogo, non è possibile affermare a priori la tipicità di una condotta muovendo dal solo dato legislativo-formale; in secondo luogo, può essere che una medesima condotta rappresenti il *Tatbestand* di un determinato *Deliktstypus* e allo stesso tempo assuma una funzione diversa rispetto ad un diverso *Deliktstypus* (es: la morte rispetto all'omicidio e alle lesioni seguite da morte); può essere che uno stesso *Leitbild* contenga plurime versioni (plurimi *Deliktstypen*), come nel caso della versione dolosa/colposa della stessa fattispecie (da BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, *cit.,* pp. 5-6). Si veda anche BELING, *Il significato del principio: "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *Giustizia penale,* 1931, pp. 319 e ss.

[136] BOBBIO, *Positivismo giuridico*, Torino, 1963, pp. 165 e ss.; anche NUVOLONE, *I fini, cit*., p. 153.

[137] In Italia segnaliamo i contributi di Vogliotti e Carlizzi, oltre agli studi condotti da Di Giovine in materia penale, si veda DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, pp. 253 e ss. Sull'approccio "relazionale" dell'ermeneutica, cfr. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011 (in particolare § 4 del cap. I); VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, pp. 131 e ss. Sul significato dell'interpretazione, CARLIZZI-OMAGGIO, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, p. 25. Sul tema anche ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice,* trad. it. a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, 1983, pp. 30 e ss in particolare. Anche ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1989, pp. 1535 e ss.

[138] Tra i più significativi, i contributi di Gustav Radbruch, in particolare si veda RADBRUCH, *Klasssenbegriffe und Ordnungbegriffe im Rechtsdenken*, in *Revue international de la theorie du droit – Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts,* 1, 1938, pp. 46 e ss. e Arthur Kaufmann, nonchè di HASSEMER, *Fattispecie e tipo*. *Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad.it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007.

[139] HASSEMER, *ult. op. cit.,* pp. 65 e ss.

Pur non essendo questa la sede adeguata alla trattazione di un tema di tale ampiezza, ci limitiamo qui a riprendere il particolare argomento, tratto dagli studi sull'ermeneutica giuridica, che ha permesso all'approccio gradualista di trasporre sul piano della teoria del reato - sul versante, dunque, non interpretativo, bensì, dogmatico - l'idea che i concetti formali non costituiscano entità statiche, classificatorie, bensì realtà in progressiva formazione, capaci di attingere dalla dimensione empirica quanto utile al completamento del loro „significato" ([140]).

L'espediente teorico che ha permesso un simile salto risiede nel „tipo" ermeneutico, per essere questo il coefficiente linguistico (il problema del „tipo" viene collocato, infatti, all'interno della dimensione linguistica della relazione che lega la fattispecie al fatto) ([141]) in grado di porre la fattispecie astratta in corrispondenza con il fatto concreto.

Esso è originato dal procedimento di dispiegamento reciproco dei due predetti termini l'uno sull'altro, e rappresenta il segno del rapporto di reciproca implicazione che intercede tra i medesimi.

Con il „tipo" la fattispecie designa i fatti da essa regolati, i quali, a loro volta, si pongono in rapporto con essa nei termini di sue possibili concrezioni.

---

[140] Ciò è accaduto con la tipicità, nel passaggio da una concezione della stessa ancorata al modello classificatorio-formale ad una nozione "ordinale", tipologica. Chi a questo passaggio ha dedicato particolare attenzione (ci riferiamo al lavoro di Giovanni Caruso) afferma che i primi passi di esso sono stati mossi dalle "aperture" del secondo Beling, attraverso un'erronea ed incongruente interpretazione dell'evoluzione del concetto belinghiano che, a parere dell'Autore, sarebbe invece rimasto ancorato ad una concezione classificatoria. Mentre quest'ultimo approccio valorizza la selezione degli oggetti *per fundamentum divisionis*, attraverso, dunque la definizione dei confini dell'oggetto da definire rispetto agli oggetti ad esso simili, l'approccio ordinale trae il proprio fondamento dal pensare "tipologico", incentrato sulla comparazione tra casi simili, per l'illustrazione del quale rinviamo a RADBRUCH, *Klassenbegriffe*, *cit*., pp. 46 e ss. La ricostruzione di quest'ultimo Autore è stata peraltro criticata per aver tratto spunto dagli studi tipologici di Hempel-Oppenheim equivocandone tuttavia i contenuti: mentre gli Autori indicati hanno spiegato la funzione dei concetti ordinatori (identificandola nella loro capacità di instaurare relazioni tra gli oggetti), il Radbruch avrebbe preteso di attribuir loro determinate proprietà (la loro misurabilità per gradi), si veda sul punto CARUSO, *ult. op. cit*., pp. 115 e ss. e BEDUSCHI, *cit*., p. 92. Sul tema anche ZIPPELIUS, *Der Typenvergleich als Instrument der Gesetzauslegung*, in *Rechtstheorie als Grundlagewissenschaft der Rechtswissenschaft,* in *Jahrbuch für Rechstssoziologie und Rechtstheorie*, vol. II, 1972, pp. 482 e ss.

[141] HASSEMER, *Tatbestand und Typus, cit.* Nella parte introduttiva all'opera viene evidenziato che l'Autore parte dal problema della linguisticità per rinvenire il nesso che collega fattispecie e fatto, segnalando come proprio la mancata considerazione di questo aspetto abbia contribuito al fallimento delle teorie logico-deduttive e logico-induttive.

Indipendentemente dall'approccio adottato nell'intendere il tipo ([142]), esso è, infatti, da considerarsi strumento ermeneutico per l'individuazione dei casi „compresi" dalla fattispecie: per l'individuazione, cioè, di quanto in essa sia stato selezionato, in ordine a - ed in funzione di - una valutazione di rilevanza.

La fattispecie, secondo tale ricostruzione, è fisiologicamente orientata, benchè in potenza, all'attualizzazione, alla dimensione empirica, in grado di attribuirle significato ([143]).

Nel corso del dispiegamento, entro il quale si svolge il processo interpretativo, l'individuazione delle „concrezioni" della fattispecie non avviene una volta per tutte, bensì per progressivi avvolgimenti ([144]): la definizione tipologica di un oggetto, dunque, non può avvenire in modo univoco, bensì per gradi, e senza poter prescindere dalla sua concreta applicazione.

La fattispecie, che segue per la definizione dei suoi elementi l'andamento appena rappresentato, è dotata, secondo tale approccio, di qualità tipologica, in quanto originariamente riferita a dati ad essa esterni ([145]).

Possono intendersi „tipi", infatti, le fattispecie, o gli elementi di essa, che intendono, denominano, valutano una realtà esterna al sistema legale di cui esse fanno parte, diventando dunque pienamente comprensibili solo a seguito del processso di dispiegamento progressivo prima individuato.

---

[142] Nella ricostruzione di Hassemer il "tipo" risulta dalle scelte linguistiche del legislatore e non gode di alcuna pre-esistenza ontologica rispetto alla fattispecie, di cui è invece sostenitore KAUFMANN, *Analogia, cit*., pp. 61 e ss.

[143] HASSEMER, cit., pp. 166 e ss.; KAUFMANN, *cit*., pp. 21 e ss. e p. 69. Sul punto, in chiave critica CARUSO, *cit*., p. 86: *„La prima impressione è che le concezioni graduale dell'illecito e stratificata della tipicità penale, ove riguardate sotto il profilo storico e riannodate all'originaria sistematizzazione della tipicità belinghiana, si siano alimentate attraverso un'incongrua operazione semantica, e cioè quella della qualificazione dei momenti storici e teorici dell'arricchimento della tipicità – e cioè quelli relativi all'aggiunta di ingredienti giuridico-concettuali alla nozione di Tatbestand – come passaggi storici e teorici di un presunto percorso di concretizzazione della stessa, intesa come apertura e sensibilizzazione della dogmatica del reato al singolo accadimento storico sub iudice, inclusiva della gravità specifica dell'illecito e della commisurazione sanzionatoria.* L'arricchimento e la concretizzazione sono "*percorsi gnoseologicamente asintotici, che non possono e non devono intersecarsi, e che, laddove insidiosamente sovrapposti, rischiano di velare la reale „concretezza" dell'esperienza giuridico-penalistica, da decifrare, come si cercherà di dimostrare, alla luce dell'epistemologia giudiziaria e non dell'analisi dogmatica dell'illecito penale".*

[144] KAUFMANN, *cit*., pp. 61 e ss. HASSEMER, *cit*., pp. 175 e ss.

[145] Il tipo trascende il sistema nel quale viene formulato e nasce dal riferimento alla realtà esterna a questo sistema. Ciò significa, da un lato, che per la comprensione del tipo occorre consultare dati transistematici; e dall'altro, che questi dati transistematici costituiscono l'attuale dimensione ermeneutica del tipo al momento della loro applicazione, così in HASSEMER, *ult. op. cit*., p. 181.

Si comprende allora come l'intendimento della fattispecie come realtà tipologica (come „tipo") conduca ad una manipolazione dei suoi connotati classificatori e, in una prospettiva più strettamente penalistica, s'intende come su questo punto sia andato ad infrangersi il sistema del diritto penale classico, il quale vorrebbe distinguere tra una fattispecie puramente „descrittiva" e un'„antigiuridicità" puramente normativa ([146]).

Il riconoscimento della storicità della fattispecie rappresenta il fondamento su cui si basa la sua versione „per gradi", nonchè la valorizzazione della sua presunta vocazione alla concretezza.

2. *Il concetto di "sottofattispecie" graduata ed i suoi caratteri di specialità.*

Tale ricostruzione della fattispecie implica che al suo interno possano coesistere plurime declinazioni della medesima, sotto le spoglie delle cd. „sottofattispecie".

E abbiamo già visto come questo espediente teorico, nato all'interno del più ampio tema del concorso di norme, sia valso ad affermare la tipicità di particolari manifestazioni di una medesima fattispecie, le quali, benchè in essa non espresse, possono dirsi ad essa avvinte – ad essa attratte – in virtù di un rapporto di genere a specie.

E' a questo rapporto di specialità interna alla fattispecie che vorremmo rivolgere la nostra attenzione.

Gli esempi riportati nella parte introduttiva mostrano come il termine medio che permette di fondare la persistenza dell'illecito sia costituito dalla cd. „sottofattispecie" graduata, nata dall'incontro tra gli elementi costitutivi della fattispecie originaria e le circostanze contingenti - siano esse proprie o improprie - in grado di incidere sulla commisurazione della sanzione ([147]).

---

[146] KAUFMANN, *ult. op. cit*., p. 64. Si è precisato che il carattere "tipologico" potrebbe in effetti essere associato agli elementi normativi di fattispecie oppure a tutti quei concetti assiologici indeterminati in essa contenuti, implicanti il ricorso ad un approccio valutativo più marcato. Ma come rilevato nella nota precedente, la qualità tipologica di un riferimento linguistico sta e si esaurisce nell'essere questa riferita ad una realtà esterna a quella di appartenenza.

[147] ALAGNA, *ult., op. cit*., pp. 357 e ss.

Il carattere speciale di tali entità „tacitamente tipiche“ è dunque ricavato dalla variazione di pena che esse comportano. L’elemento specializzante, cioè, è costituito dalla circostanza che modifica la misura sanzionatoria.

Ebbene, prima di affrontare le peculiarità di questa teorizzazione, ci sembra utile riflettere sulle caratteristiche salienti che un rapporto tra due termini deve assumere per poter essere descritto nei termini di *specialità*.

In primo luogo ci appare difficilmente controvertibile l’assunto per il quale la specialità, lungi dal definire un carattere immutabile e assoluto di un oggetto, venga piuttosto a corrispondere ad un giudizio di relazione, finalizzato a porre in rapporto due entità sulla base di un particolare parametro, di volta in volta assunto secondo la funzione che a questo rapporto voglia essere attribuita.

In secondo luogo essa richiede, proprio in quanto parametro di relazione, che i due termini relazionati condividano una matrice comune, tale da giustificare, appunto, la plausibilità di un loro rapporto. Occorre, cioè, che gli oggetti, della cui relazione si tratta, possano considerarsi „relazionabili“.

Questo potenziale, che, come si comprende, non potrà che essere individuato ricorrendo al parametro di volta in volta preso come riferimento, si compendia, in termini generici, in un minimo grado di omogeneità ([148]) tra i termini in oggetto.

La specialità, dunque, in quanto criterio di valutazione, non soltanto postula un coefficiente minimo di comparabilità tra gli oggetti valutati, ma è essa stessa il „punto di vista“ attraverso il quale l’omogeneità dei termini può venire prima individuata, e poi declinata secondo il fine in vista del quale i predetti termini vengono tra loro posti in relazione.

Il parametro, via via adottato, sarà sempre fissato, dunque, in via convenzionale.

Quanto premesso ci sembra utile, in primo luogo, alla comprensione delle caratteristiche della sottofattispecie graduata e, in seconda battuta, ad un superamento delle sue ambiguità, a nostro parere, foriere di errori, mediante conservazione delle intuizioni positive ad essa retrostanti.

---

[148] KRÜMPELMANN, *cit*. pp. 42-43, il quale, trattando la comparazione quantitativa fra casi, pone in evidenza quanto segue: “*Ein Fehler, der sich indessen leicht einschleicht, liegt darin, daß man Fällen auf verschiedenen Begriffsebenen einander gegenüberstellt, etwa den typischen und den konkreten Fall. Es können aber nur typische oder konkrete Fälle aufeinander bezogen werden. Problematischer sind die Gesichtspunkte, nach denen der Vergleich durchzuführen muß*“.

2.1. Segue: *la specialità "graduata".*

Il carattere speciale della sottofattispecie graduata risiede, come detto, nel consistere questa in una forma di „specificazione scalare": dal punto di vista strutturale, essa risulta cioè dalla riproduzione di tutti gli elementi della fattispecie originaria con l'aggiunta di un profilo ulteriore, rilevante ai soli fini della commisurazione della pena.

Essa rappresenta, a ben vedere, un termine medio (un ibrido) tra quanto può dirsi pertinente alla fattispecie legale, come figura classificatoria, e ciò che, invece, inerisce alla commisurazione dei suoi effetti.

Attraverso la sottofattispecie graduata, che esprime il „peso specifico" dell'illecito concretamente occorso, vengono a congiungersi, pertanto, l'aspetto definitorio della norma penale e quello sanzionatorio: due termini, questi, che come ricordiamo, condizionano l'operare della norma penale, concorrendo alla determinazione della materia penalmente rilevante.

Ciò che vorremmo mettere in luce di questa peculiare forma di „specialità" – che ci piacerebbe, per il vero, appellare „specialità graduata" ([149]) – si lascia declinare in due punti distinti: il primo di essi concerne il parametro preso come riferimento per la costruzione del rapporto tra la sottofattispecie graduata e la fattispecie originaria; il secondo riguarda invece il carattere più o meno omogeneo dei termini che concorrono alla configurazione delle sottofattispecie.

Partendo dal primo punto, ci pare che, per essere qui la specialità individuata dalle circostanze del reato (proprie ed improprie), il metro adottato rientri nel novero dei

[149] Questo rapporto di specificazione si differenzierebbe da quello di specialità logico-strutturale. Il rapporto logico tra qualificazioni diverse non permetterebbe il sorgere di una sottofattispecie, in quanto mancherebbe, in un simile caso, il sottoprecetto di una fattispecie più generale. Diversamente, ciò sarebbe possibile nelle ipotesi di applicazione delle circostanze, in quanto, incidendo esse sulla sola parte sanzionatoria, pongono in evidenza i diversi profili di gravità in relazione allo stesso elemento, sul punto ALAGNA, cit., pp. 365-366 (rinviamo al § 1 di questo Capitolo). Sul criterio strutturale, DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 20, secondo il quale le teorie strutturali si propongono di risolvere il rapporto tra fattispecie dal punto di vista astratto, già dunque sul piano formale della struttura delle fattispecie astratte. Partono da premesse metodologiche vicine a quelle strutturali le teorie del medesimo fatto giuridico, ma da esse si discostano per avvicinarsi, piuttosto, alle teorie naturalistiche, incentrate sul "fatto concreto" (p. 36). Nella trattazione del problema l'Autore tocca la figura della "sottofattispecie" per spiegare la convergenza di norme su di una stessa realtà fenomenica. Essa farebbe da intermediario tra il fatto concreto e la norma e verrebbe a consistere nel "*modo di manifestarsi proprio del fatto "capace di effetti giuridici" o, se si vuole, del "medesimo fatto giuridico" sul quale dovrebbero convergere le fattispecie poste a confronto"*.

paramentri afferenti alla fase di commisurazione della pena e assuma dunque le caratteristiche tipiche dei criteri finalizzati a „misurare“ in termini quantitativi i propri oggetti.

Passando poi al secondo punto evidenziato, ci sembra che gli oggetti posti in relazione siano da ricondurre a piani tra loro diversi, risultando la sottofattispecie dalla combinazione di elementi costitutivi di fattispecie e circostanze: elementi che come sappiamo assolvono funzioni differenti ([150]).

L'elemento che assolve la funzione di „specificazione“ all'interno della sottofattispecie è infatti costituito da un termine sanzionatorio, la cui efficacia, peraltro, può rilevare in termini alternativamente infra- o extraedittali.

Nella definizione che viene data della specialità cd. „graduata“, essa origina indifferentemente dalla combinazione con indici di commisurazione e circostanze proprie.

E poichè tale specificazione viene intesa come criterio per decretare l'appartenenza della sottofattispecie graduata alla fattispecie originaria, non ci pare errato affermare che il rapporto di vera e propria implicazione della prima tra gli elementi costitutivi della seconda esprima, prima ancora che un rapporto di specialità, una relazione di contenenza.

La variazione più o meno grave di un termine (che sia esso un elemento costitutivo di fattispecie o l'intera fattispecie astratta poco rileva ai fini di quanto stiamo trattando), può dirsi, quindi, in esso implicitamente racchiusa, solo se il carattere „speciale“ di tale variazione venga inteso come „strumento“, come pretesto argomentativo, per

[150] La tradizionale *accidentalità* delle circostanze deriva dal fatto che il loro venir meno non determina il venir meno dell'intero reato: in ciò si differenzierebbero dagli elementi essenziali, cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, Pre-Art. 59*, Milano, 2004, pp. 546 e ss. Mentre gli elementi costitutivi di fattispecie delineano il fatto sul piano formale-astratto, le circostanze svolgono la funzione teoretica di determinare la misura legale della pena (non provvedono, dunque, alla sua commisurazione giudiziale in senso stretto, come per gli indici ex art. 133 c.p.). Esse servono ad una migliore indicazione legale del disvalore complessivo del fatto, non già all'individuazione in concreto della misura intraedittale della pena (p. 548). La differenza tra le due categorie di elementi acquista particolare rilevanza nel nostro ordinamento dove esse sono sottoposte ad una diversa disciplina (di cui il regime di imputazione rappresenta il segnale più evidente), si vedano sull'argomento MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano, 1961, pp. 66 e ss.; MARINI, *Circostanze del reato (Diritto penale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, app. A-COD, Torino, 1980, pp. 1254 e ss. SANTORO, *Circostanze del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1959, pp. 264 e ss.

configurare un legame di appartenenza dell'un termine entro l'estensione dell'altro ([151]).

Vedremo a breve come tale puntualizzazione non debba apparire peregrina, poichè individua il punto sul quale riteniamo si addensino le più significative criticità.

In effetti, la teoria per la quale la sottofattispecie graduata rappresenta una variazione implicitamente contenuta nella fattispecie originaria, in virtù di un rapporto di „specialità graduata", potrebbe essere accolta nel limitato caso in cui il criterio assunto per porre in relazione i due termini – nel caso in esame, come visto, il criterio „quantitativo" – verta su elementi omogenei, o su di uno stesso elemento ([152]).

---

[151] Il problema viene trattato da FROSALI, *Concorso, cit*. pp. 249-265. Come già al principio dell'opera emerge, per Frosali la specialità implica un "supero" di elementi di una fattispecie rispetto a quelli di un'altra: implica cioè un rapporto suscettibile di descrizione in termini quantitativi. La norma contiene (è sintesi di) plurimi elementi costitutivi espressi e di plurimi elementi (costitutivi) non espressi, cd. "facoltativi". Può essere che una norma sia espressione di una sola fattispecie costitutiva (insieme di elementi costitutivi) e che un'altra comprenda tutti gli elementi costitutivi della prima e quelli in essa rimasti inespressi (cd. facoltativi). In casi come questo la generalità/specialità della norma dipenderà dalla sua capacità "contenitiva". Nella fattispecie che viene a ricomprendere, investendoli della qualità di "costitutivi", oltre che gli elementi costitutivi della prima anche quelli di essa cd. facoltativi, il novero degli elementi chiaramente aumenta, determinando un nuovo titolo di reato. In pratica, ciò che è rimasto inespresso in una fattispecie diventa espresso e costitutivo nell'altra, secondo un procedimento di "esplicitazione" o "emersione" delle componenti implicite che fonda il rapporto di specialità. Il carattere "ulteriore" e "aggiuntivo" dell'elemento esplicitato, gli attribuisce la qualità di "differenziale": si tratta cioè di un elemento in grado di restringere l'ambito di applicabilità della norma concorrente.

[152] A nostro avviso, al netto del fatto che di specialità in assoluto è impossibile parlare, non essendo il rapporto di genere a specie mai oggettivamente definibile e verificabile, essa può semmai avere un qualche significato nei soli casi in cui trovi il proprio fondamento in quei sistemi regolati da parametri convenzionalmente fissi ed univoci. Ci pare che ciò accada nella matematica, nelle relazioni quantitative. Se così fosse, essa (la specialità) potrebbe dirsi allora concettualmente più adatta alla descrizione delle variazioni quantitative: come strumento utile, cioè, a descrivere il rapporto tra entità dimensionabili e suscettibili di misurazione quantitativa sulla base di parametri convenzionalmente fissi. Le considerazioni appena fatte sollecitano allora qualche riflessione sulla plausibilità del ricorso ad un simile criterio di giudizio applicato al dato linguistico. Sull'autosufficienza del sistema logico-matematico in un raffronto con le definizioni giuridiche, si veda HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, Bonn-Köln-Berlin-München, 1974, pp. 11-12. Seppur estraneo all'ambito di competenze del giurista, segnaliamo il contenuto di alcuni passi di THOM, *Qualità/Quantità,* in *Enciclopedia Einaudi*, XI, Torino, 1980, pp. 460 e ss., per le sollecitazioni derivate dalla trattazione delle relazioni "quantitative" (cfr. in particolare p. 462). Per una riflessione sul concetto logico-giuridico di *genus* anche MADDALENA, voce *Genus*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, p. 797. Benchè l'analisi che ne fa l'Autore riguardi il contenuto delle prestazioni nelle obbligazioni (riguardi, anzi, in particolare, il concetto di *genus* nel diritto romano), è possibile ricavare spunti di riflessione quanto al livello sul quale il rapporto *genere-specie* viene a porsi. Egli afferma, infatti, che la distinzione tra *genus* e *species* in diritto romano deve considerarsi indipendente da quella fra cose fungibili e infungibili: ciò in quanto quest'ultima distinzione attiene al modo di essere della cosa, mentre la prima alla modalità del vincolo nelle obbligazioni. Questa considerazione sollecita una riflessione a proposito della specialità come criterio dirimente tra fattispecie autonoma e fattispecie circostanziata, rispetto alla quale il criterio predetto, lungi dal dirci qualcosa sulla natura degli elementi posti in rapporto di genere a specie, si pone semmai in una fase prodromica a quella contenutistica. La

Senza ora indugiare sugli aspetti scarsamente persuasivi che anche il criterio quantitativo solleva – criticità essenzialmente legate ai margini di imponderabile vaghezza che la commisurazione della pena impone per vertere questa su fenomeni sociali – ciò che attira la nostra attenzione è proprio la verifica del carattere omogeneo degli elementi combinati tra loro per la creazione della sottofattispecie: l'asserita omogeneità, cioè, tra gli elementi costitutivi e gli elementi afferenti alla commisurazione.

Fondare la persistenza dell'illecito sulla figura della sottofattispecie graduata, risultante dall'accorpamento tra gli elementi predetti, significa, in buona sostanza, ammettere che il rapporto di contenenza che permette di ricondurre la sottofattispecie in parola entro i margini della fattispecie originaria trova il proprio ancoraggio in una vera e propria „fusione" tra elementi che rispondono ad un'esigenza qualificatoria ed elementi che rispondono ad un'esigenza commisurativa.

Senza troppo inoltrarci nel problema inerente alla differenza tra elementi costitutivi e circostanze – differenza non rintracciabile sul versante ontologico ([153]) - ci

---

specialità serve solo a dirci che ciò che origina dalla "specializzazione" rappresenta un "novum", una realtà normativa che prima non c'era. Ancorchè con riferimento al settore civilistico, SCARPELLO, voce *Species e Genus*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, pp. 710 e ss.

[153] Sul punto, diffusamente, GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988, pp. 24 e ss. Anche MIRTO, *Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti*, in *Rivista penale,* 31923, pp. 424 ss. il quale già rilevava la necessità di rifuggire apriorismi o criteri pre-normativi, in quanto "*il reato consta di quegli elementi che risultano posti dalla legge*"; in senso analogo MARINI, *Le circostanze di reato*, Milano, 1965. La conferma dell'impossibilità di distinguere sul piano ontologico gli elementi costitutivi da quelli circostanziali, osserva Guerrini, potrebbe venir ricavata anche negli articoli 84, 61, 62 c.p. nei quali emerge la plausibilità del carattere interscambiabile di elementi costitutivi e circostanze. Ciò ha portato a riconoscere, per un verso, che non esiste un criterio univoco di portata generale che permetta di risolvere con sicurezza dubbi sulla natura di un elemento (così, in dottrina, v. per tutti ROMANO, *Commentario*, *cit*., p. 550); per altro verso, la dottrina maggioritaria è ormai concorde nel ritenere che il criterio discretivo più sicuro risieda nel dato legislativo, così, MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettiva di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 564. Lo stesso Autore avverte (pp. 570-571) che la distinzione non può correre nè sul piano del bene giuridico, nè ricorrendo al criterio di specialità unilaterale. A proposito di questo criterio è affermazione diffusa in dottrina che l'accessorietà presunta delle circostanze si rifletterebbe altresì sulla struttura della fattispecie circostanziata, profilandosi essa, in particolare, come una fattispecie sempre speciale rispetto a quella principale. Sul punto VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 11: "*a prescindere dal rilievo che deve pur concedersi alle espresse denominazioni legali, la circostanza presenta un solo criterio distintivo certo: quello per cui non è possibile ritenere reato circostanziato una fattispecie nella quale non siano presenti tutti gli elementi costitutivo del reato base*". Su quale genere di specialità sia possibile costruire il rapporto tra fattispecie base e circostanza una precisazione ci viene da Mantovani, in MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, pp. 410-411; così anche ANTOLISEI, *Manuale*, *cit*., p. 308, il quale, pur accogliendo una concezione lata di specialità, estesa alla cd. specialità per aggiunta, afferma che la fattispecie circostanziata esprime soltanto il rapporto di specialità per specificazione: potrebbero costituire circostanza, cioè, solo "*quegli elementi che sono una specificazione, un*

avvediamo in questa sede del semplice fatto che mentre i primi sono diretti a fornire un parametro per la definizione normativa di un accadimento naturalistico - a sua volta strumentale all'imputazione di un fatto in termini giuridici - le seconde sono dirette all'individuazione di quanto può essere utile alla valutazione della gravità del fatto concreto e, conseguentemente, alla determinazione della risposta sanzionatoria per un fatto già divenuto oggetto di imputazione.

In effetti, affermare la loro eterogeneità funzionale rappresenta, in fondo, l'unica strada per tenere distinti i due piani (tipico-costitutivo e commisurativo-circostanziale), non potendo essa essere fondata neanche sul piano legislativo (a tal proposito offrono conferma di ciò gli artt. 84, 62, 61 c.p.).

Se osserviamo, dunque, il problema dalla prospettiva appena assunta, risulta evidente che mai un indice di commisurazione, valutato dal giudice come rilevante in relazione al caso concreto, potrà acquisire contestualmente la forma di un elemento costitutivo di fattispecie (fattispecie legale astratta), o venire a rappresentare una sua declinazione implicita.

Se non esiste, dunque, specialità in mancanza di un coefficiente minimo di omogeneità tra gli oggetti relazionati (in questo caso, gli elementi della fattispecie); se nel caso della sottofattispecie graduata gli elementi in essa combinati sono funzionalmente eterogenei - dato, questo, a nostro avviso sufficiente a decretarne la diversità - ne consegue che la teoria che stiamo esaminando viene a fondarsi sulla base di un presupposto mancante.

Rinviando la trattazione di tale questione ai prossimi paragrafi, dunque, ci limitiamo in questa sede ad abbozzare qualche sintetica considerazione.

---

particolare modo di essere, una variante di intensità di corrispondenti elementi generali della fattispecie incriminatrice semplice". "Tra il reato circostanziato e il reato semplice deve perciò intercorrere un rapporto di specialità, ma del tipo per coincidenza tra fattispecie e sottofattispecie". Favorevoli invece ad un'estensione anche alle ipotesi "per aggiunta" PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, 1936, p. 186; CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Archivio penale,* 1974, p. 347. Il problema di basare la distinzione predetta (o comunque l'individuazione delle circostanze) sul criterio di specialità incontra un limite logico: il preteso carattere necessariamente "specializzante" delle circostanze "*non costituisce propriamente un criterio, ma il presupposto stesso del problema da risolvere*", così PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, p. 195; vedi sul punto anche MELCHIONDA, *cit*., p. 573. Critici anche SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933, p. 211; CONCAS, *cit*., p. 347; MARINI, *cit*., p. 69, i quali riconoscono le ipotesi circostanziali anche in casi di sostituzione. Del resto, si osserva, il criterio di specialità può riguardare anche due fattispecie di reato autonome sul piano astratto.

La teoria della sottofattispecie ricavata dagli elementi *lato sensu* commisurativi ci pone, in effetti, di fronte a due diversi scenari, secondo che vengano prese in considerazione le circostanze proprie o improprie (ex art. 133 c.p.).

Mentre per quanto concerne la sottofattispecie originata dalla combinazione degli elementi costitutivi della fattispecie base con gli indici di commisurazione sanzionatoria intraedittale – come nell'ipotesi in cui venga valutato rilevante il grado della colpa o l'intensità del dolo – il problema è presto evidente, perchè non solo dal punto di vista legislativo sono espressamente previsti come parametri per la commisurazione intraedittale della pena (la rubrica dell'art. 133 c.p., seppur non vincolante, è infatti „gravità del reato: valutazione degli *effetti della pena*"), ma devono altresì ritenersi privi, sul piano contenutistico, di margini di determinatezza sufficienti alla configurazione di eventuali sottofattispecie (si tratta infatti di meri indici emergenti al momento del fatto concreto e non di tipizzazioni di casi) ([154]); per quanto concerne le sottofattispecie originate dalla combinazione tra elementi costitutivi e circostanze proprie – ipotizziamo il caso di una fattispecie aggravata ai sensi dell'art. 61 c.p. - la discrasia si rende meno manifesta.

Esse sono infatti tipizzate nel nostro ordinamento e previste dal legislatore come particolari rappresentazioni di fatti, pertanto per esse si pone semmai il problema inverso a quello sorto in relazione agli indici di cui all'art. 133 c.p.: sul versante della tecnica di tipizzazione, infatti, esse possono effettivamente assumere lo stesso grado di determinatezza degli elementi costitutivi; per quanto concerne, poi, la

[154] A proposito del rapporto tra elementi costitutivi di fattispecie ed indici di commisurazione intraedittale, ci paiono utili alcune riflessioni tratte da MELCHIONDA, *Le circostanze, cit.* p. 753, nota 110. Le riflessioni ivi contenute ci fanno ritenere plausibile la ricostruzione gradualistica unicamente con riguardo ai parametri ex art. 133 c.p. e ai limitati fini della commisurazione: viene infatti riportato l'orientamento di PADOVANI, voce *Circostanze cit.,* pp. 187 e ss., in particolare, p. 190, in cui l'Autore afferma, a proposito del carattere di accessorietà di tali criteri, che questi sarebbero neutrali rispetto alla fattispecie base, in quanto non in grado di essere apprezzati nell'economia generale della dimensione normativa espressa dalla fattispecie incriminatrice. L'impostazione dell'Autore citato è evidentemente normativa, Il medesimo ritiene inoltre che la differenza tra circostanze in senso stretto e circostanze improprie consista nella circostanza che segue: „*La disposizione dell'art. 133 c.p., per quanto accessoria rispetto alla fattispecie incriminatrice, non descrive elementi accidentali, ma modalità indefettibili di ogni reato e peculiarità soggettive di ogni reo; la disposizione circostanziale delinea invece elementi necessariamente accidentali, quant'è accidentale il fatto che si realizzi il loro contenuto tipico*". Per Melchionda la differenza risiede nel carattere più o meno evidente e manifesto delle modifiche della pena astratta: cioè le circostanze in senso stretto si caratterizzerebbero per una correlazione con una specifica rilevanza modificativa astratta della pena. Di entrambi i casi ci pare che il punto in comune sia uno: le circostanze in senso stretto sono previste da una norma che ne disciplina le modalità applicative. Hanno una base normativa. Dunque il loro rapporto con la fattispecie a cui accedono è un rapporto di norme tra proposizioni giuridiche.

specificazione legislativa circa la loro natura, non sembra che sia sempre possibile trarre indicazioni univoche.

Dunque, mentre con riguardo alle sottofattispecie risultanti dalla combinazione con gli indici di commisurazione della pena abbiamo a che fare con ipotesi sorte dalla pretesa di accostare aspetti che appartengono a due piani palesemente diversi: quello legale-astratto su cui riposano gli elementi essenziali della fattispecie e quello commisurativo-concreto, in seno al quale vengono a sorgere i profili che possono emergere (e ricevere una definizione) soltanto nel concreto svolgersi del fatto; per quanto concerne i modelli risultanti dalla combinazione con le circostanze proprie, l'accostamento tra le due diverse realtà, quella „qualificatoria" e quella „commisurativa", potrebbe apparire meno evidente, essendo le circostanze proprie già tipizzate e potendo, allora, le fattispecie circostanziate assumere, sul piano normativo-astratto, la fisionomia di vere e proprie sottofattispecie speciali. Per sintetizzare, mentre gli indici ex art. 133 c.p. non possono costituire „sottofattispecie" della fattispecie astratta perchè sono criteri di commisurazione della pena, le circostanze proprie possono talvolta assumere la fisionomia di fattispecie autonome e speciali di reato (come fossero „sottofattispecie" di una fattispecie generale).

Il problema, lo anticipiamo già adesso, consiste nel capire se queste realtà normative conchiuse siano o meno dotate di autonoma tipicità.

Aspetto questo, per il vero, non nuovo nella trattazione del problema delle circostanze.

Le più significative problematicità nel rinvenire criteri univoci e sicuri per distiguere le fattispecie circostanziate dalle fattispecie autonome, dotate di tipicità propria, sono venute ad addensarsi, in particolare, intorno ai peculiari casi rientranti nelle circostanze indipendenti.

Vediamo perchè.

2.2. I casi "dubbi".

In generale, le ipotesi in cui appare più arduo distinguere tra forme di tipicità autonoma e forme di tipicità accessoria sono quelle che racchiudono elementi che, se

rispetto ad una fattispecie potrebbero essere caratterizzati da meri effetti modificativi, in altra fattispecie, vengano invece incontrovertibilmente annoverati tra gli elementi costitutivi ([155]).

Ciò, tuttavia, presupponendo che tra le fattispecie vi sia un nucleo comune da entrambe condiviso, sul quale le eventuali differenze si innestano e che la cornice edittale per esse prevista si presenti come autonoma.

Questo può verificarsi, a nostro avviso, allorquando una fattispecie sia composta da tutti gli elementi costitutivi di un'altra fattispecie (cd. principale) con l'aggiunta di un elemento ulteriore, a cui viene associata una misura diversa di pena (chiameremo questa fattispecie "dubbia"): si pensi ai casi, tra quelli rientranti nella controversa categoria dei delitti aggravati dall'evento ([156]); si pensi alla corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.,) in cui l'incorporazione dei reati di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.) avviene per mero rinvio, o, ancora alle lesioni gravi (art. 583 c.p.).

Un altro scenario, sempre riconducibile a questo schema, potrebbe sussistere nei casi in cui uno degli elementi della fattispecie "dubbia" risulti speciale (o per specificazione o per aggiunta) rispetto ad un elemento circostanziale di altra fattispecie (cd. principale). Ci sembra che un caso affine a quello ora prospettato

---

[155] MELCHIONDA, *Le circostanze*, *cit*., p. 404. Il problema della distinzione tra fattispecie autonome e fattispecie circostanziate ha, in realtà, origini relativamente recenti. Si è fatto notare che, quando le circostanze, sulla scia della tradizione illuministica, erano ancora trattate come criteri di commisurazione intra-edittale della pena, la questione della differenza tra gli elementi accessori e costitutivi di reato non aveva neanche motivo di sorgere. Le incertezze hanno cominciato a svilupparsi dopo che, con il codice Rocco del 1930, le circostanze sono state elevate ad elementi della struttura del reato e sistematicamente collocate nel Titolo III del Libro I della parte generale del codice. Ad esse è stata attribuita la funzione teoretica di rideterminazione legale (extra-edittale) della cornice sanzionatoria, soprattutto a seguito dell'inserimento delle circostanze ad efficacia speciale autonome ed indipendenti. In buona sostanza, è con il passaggio dell'istituto all'interno della teoria generale del reato, che si è posta la necessità di distinguere le categorie sul piano teorico-dogmatico. Sulla natura commisurativa intra-edittale delle circostanze, nell'originaria versione di matrice illuministica, cfr. MELCHIONDA, *Le circostanze*, pp. 133 e ss.; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, pp. 17 e ss.

[156] Sul tema PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova 2000; sulla riconducibilità della struttura complessa dei delitti aggravati dall'evento al concorso formale di reati o al reato complesso, segnaliamo le posizioni antitetiche di PROSDOCIMI, *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Indice Penale,* 1985, pp. 299 e ss. SPASARI, *Osservazioni sulla natura giuridica del cd. delitto preterintenzionale,* in *Archivio penale,* 1957, pp. 229 e ss. Per l'unitarietà della struttura che sorregge il delitto aggravato dall'evento RANIERI, *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Scuola positiva,* 1947, pp. 242 e ss. Sul concetto di progressione criminosa VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, pp. 1150 e ss.

ricorra nella truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.), rispetto alla truffa semplice aggravata dalla circostanza dell'aver commesso il fatto a danno dello Stato (art. 640, c. 2 n. 1 c.p.) ([157]), poiché, benchè si riconosca che in casi come questo, la relazione di specialità sia il risultato di un'operazione interpretativa relativamente libera, l'elemento dell'indebita erogazione di denaro pubblico può essere considerato un caso speciale del "fatto commesso a danno dello Stato o di altro ente pubblico".

Riteniamo che alcune affinità con il problema trattato si riscontrino nel reato complesso (art. 84 c.p.) a proposito della particolare ipotesi in cui la circostanza di tale reato sia configurabile essa stessa come reato: si pensi, ad esempio, al caso tratteggiato dall'art. 613, c. 3, n. 1 c.p., relativo al reato di stato d'incapacità procurato mediante violenza, aggravato dalla circostanza di aver agito al fine di far commettere un reato, la quale a sua volta integra gli estremi dell'art. 611 c.p.

I casi "dubbi", tra cui rientrano quelli appena illustrati, possono dirsi tali, lo ripetiamo, in quanto la variazione della cornice edittale che essi comportano è accompagnata da due ulteriori fattori, potenzialmente forieri di ambiguità: il primo è costituito dalla mancanza di una chiara menzione legislativa sulla natura di tali elementi (aspetto, questo, per il vero non sempre in grado di gettare luce sul problema) ([158]); il secondo, dal rapporto di specialità che lega l'una fattispecie all'altra ([159]).

---

[157] Sul tema già la sentenza Cass. Pen. S.U. 10 luglio 2002, n. 26351, Fedi, con commento di BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in *Diritto penale e processo,* 2003, pp. 302 e ss.; v. anche ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento delle erogazioni pubbliche è una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*, in *Cassazione penale,* 2002, pp. 3368 e ss. Per quanto concerne, in breve, la pronuncia sopra richiamata, accogliendo essa il criterio strutturale come criterio dirimente per la distinzione tra fattispecie autonoma e fattispecie circostanziata - quello, cioè, che si rifà alle modalità di descrizione della fattispecie – conclude per l'autonomia della fattispecie di truffa aggravata di cui all'art. 640-bis c.p. Di qualche anno più tardi è invece la pronuncia sul furto in abitazione (art. 624-bis c.p.), che, seppur giunta alle medesime conclusioni della sentenza Fedi, lo ha fatto, tuttavia, per un percorso diverso: quello della *ratio legis*, cfr. Cass. pen., Sez. VI, nr. 36606/2006, con commento di AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione,* in *Cassazione penale,* 2007, pp. 2815 e ss.

[158] Per una trattazione completa dei criteri usati in dottrina ed in giurisprudenza, e del loro carattere indiziante e probante, cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale, cit.*, pp. 514 e ss.; anche AMARELLI, *ult. op. cit*., pp. 2826 e ss. Tra i criteri formali si annoverano quello del *nomen iuris* nella rubrica dell'articolo o nel corpo del testo; il criterio topografico, relativo alla collocazione sistematica nel *corpus* legislativo; il criterio della specialità, secondo il quale la disposizione contenente la fattispecie con aggiunta dell'elemento specializzante sarebbe sempre circostanziata, dovendosi, per contro, parlare di fattispecie autonoma allorquando in luogo della "specificazione" si abbia la sostituzione o l'aggiunta di un elemento in grado di modificare l'ambito di applicazione della fattispecie di reato. Tra

Quest'ultimo fattore, tradizionalmente ritenuto proprio del rapporto che le circostanze intrattengono con la fattispecie astratta – rapporto delineato, infatti, nei termini di *accessorietà* ([160]) – deriva dalla funzione di "specificazione" che queste sempre assolvono, in quanto preordinate all'affinamento della valutazione giudiziale del caso concreto: esse presuppongono, cioè, che il fatto sia già stato qualificato ed intervengono, in una fase ulteriore e logicamente successiva, sulla sua connotazione "quantitativa" ([161]).

Questa funzione di specificazione, che rispetto agli indici di commisurazione *ex* art. 133 c.p., trova la propria unica sede nella discrezionalità giudiziale, può tradursi, con riguardo alle circostanze proprie, già sul piano normativo astratto, venendo le circostanze a rappresentare, nella maggior parte dei casi, un *quid* tipizzato, accessorio ad una fattispecie già completa di tutti i suoi elementi. Accedendo alla

---

i criteri logico-strutturali o sostanziali vi sono: il modo di determinazione della pena; il modo di determinazione degli elementi costitutivi della fattispecie; ancora, il criterio teleologico, fondato sul bene giuridico; quello della determinatezza della formulazione, in conformità al principio di legalità (art. 25 Cost.); il criterio del *favor rei*; il regime di procedibilità; infine, il criterio sistematico, fondato sul ricorso all'analogia, quello della struttura del precetto e quello del rapporto regola-eccezione.

[159] Quest'ultimo aspetto può dirsi in realtà ambiguo, in quanto suscettibile di essere preso come criterio per affermare sia la natura autonoma sia quella circostanziale. Tra i criteri discretivi elaborati dalla giurisprudenza, il ricorso a quello strutturale, fondato sulla cd. "modalità di descrizione degli elementi costitutivi di fattispecie", porta a concludere che ci si troverebbe in presenza di una circostanza quando il precetto primario della fattispecie sia descritto *per relationem*, attraverso il mero rinvio ad una fattispecie regolata in una disposizione diversa. Diversamente si avrebbe una fattispecie autonoma in tutte le ipotesi di descrizione compiuta della condotta prevista dal precetto primario. Tale ricostruzione incontra evidenti obiezioni di fronte a numerosi casi del nostro codice in cui il rinvio *per relationem* è contenuto anche all'interno di fattispecie autonome di reato: si pensi all'art. 251, c. 2 c.p. regolante l'ipotesi d'inadempimento colposo di contratti di forniture in tempo di guerra, in cui viene richiamato l'"inadempimento" disciplinato al primo comma, relativo alla forma dolosa, sul punto, di nuovo, AMARELLI, *ult. op. cit*., p. 2830.

[160] GALLO, *Le forme di manifestazione del reato. Appunti di parte generale*, vol. III, Torino, 2007, pp. 28 e ss. osserva l'Autore che l'idea per la quale le circostanze sarebbero sempre speciali rispetto alla fattispecie base a cui accedono rappresenta una "suggestione lessicale" (derivante dal termine stesso "circum-stare") che non trova sempre riscontro, tuttavia, nella legge positiva che, anzi, in alcuni casi prevede circostanze che sostituiscono gli elementi costitutivi di una fattispecie a cui accedono (come nel caso delle lesioni). In senso contrario, CONCAS, *cit.,* pp. 345 e ss., in particolare pp. 347-348, in cui si afferma, per esclusione, che siccome il rapporto di genere a specie connota le circostanze, allora tutto ciò che interviene per sostituzione è elemento costitutivo.

[161] Quelle sopra tracciate sono ipotesi di particolare specialità, in quanto l'elemento specializzante è foriero dell'intensificazione dell'offesa rispetto ad un'altra fattispecie; si tratta, in alcuni di questi casi, di ipotesi simili a quelle dei reati progressivi, che per loro natura non possono essere realizzati senza la contemporanea realizzazione del reato meno grave (in essi riassorbito). Per la riconduzione di questi casi alla specialità, v. ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1948, p. 5, sebbene si tratti di casi rispetto ai quali potrebbe essere invocato anche il principio dell'assorbimento, cfr. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, 1961, p. 551. Interessanti sollecitazioni sull'argomento, in particolare, sui criteri preferibili – se sostanziali o formali – per distinguere le fattispecie come strutturalmente autonome, in RANIERI, *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Scuola positiva,* 1947, pp. 242 e ss.

fattispecie principale di cui costituiscono un "approfondimento", esse danno origine ad una nuova fattispecie (speciale) che riproduce tutti gli elementi costitutivi della fattispecie principale con l'aggiunta di un *quid pluris*.

Da quanto esposto deriva una duplice considerazione: notiamo, in primo luogo, che la confusione tra tipicità e commisurazione (tra qualità e quantità) passa attraverso il concetto di specialità, anzi, di "qualificazione" (sul punto torneremo, in particolare nel paragrafo 4 di questo Capitolo); in secondo luogo, che la distinzione tra elementi costitutivi ed elementi accidentali presuppone che venga preliminarmente chiarita l'autonomia o non autonomia delle proposizioni giuridiche ad esse sottostanti ([162]).

Ebbene, ci sembra che la sottofattispecie graduata sintetizzi i problemi sopra descritti, in quanto, da un lato, essa rappresenta la più compiuta espressione, a nostro avviso, della specialità: essa viene a fondarsi, infatti, almeno "nelle intenzioni", su relazioni di quantità; dall'altro lato, essa supera, come abbiamo visto, il problema del rapporto tra norme, senza neanche affrontarlo: la sottofattispecie, dotata di un proprio precetto, ancorchè implicito e ricavabile unicamente per via interpretativa, è comunque contenuto nella norma che sorregge la fattispecie originaria, ed in essa si articola, riscrivendone i contenuti.

La teorizzazione della sottofattispecie graduata presuppone, a monte, non soltanto una scissione concettuale tra norma e fattispecie – ipotesi, questa, che, come già visto, ricorre negli schemi delle fattispecie a più norme e delle norme a più fattispecie ([163]) – ma anche una scissione tra norma e precetto, la quale, benchè accoglibile sulla scorta di un argomento persuasivo - quello, cioè, secondo il quale la norma contiene il precetto, dunque il precetto è componente, insieme alla sanzione, della norma penale - certamente non può spingere a sostenere che in una norma possano essere ricompresi più precetti.

La riflessione ci conduce al principio della nostra trattazione, dove già con qualche limitato cenno alla teoria del Binding era emerso lo iato tra *Norm* e *Gesetz* ([164]).

---

[162] GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1949, p. 562.

[163] V. § 8, Cap. I.

[164] BINDING, *cit*., pp. 1-6, sulla differenza tra *Strafgesetz* e *Norm*. Il soggetto agente viola la norma non la legge penale: „*Jene Rechtssätze taufe ich Normen, weil der Verbrecher nur den Satz übertreten kann, der ihm die Rechtssschnur seines Verhaltens vorschreibt*". Il tema si lega, come già avevamo accennato al problema dei destinatari della norma penale (le leggi penali *Strafgesetzen* si rivolgono allo Stato per prima cosa e al cittadino di riflesso, per la regolazione dei rapporti Stato-cittadino, così

Una discrasìa, nel nostro modo di vedere, non condivisibile, a meno di non voler rischiare di incorrere in fuorvianti ricostruzioni del "precetto", non più sulla scorta della sola legge penale, bensì di criteri ricavabili *aliunde*.
Nella norma penale si racchiude il nesso precetto-sanzione.
Ipotizzare che in una norma possano sussistere plurime combinazioni precettivo-sanzionatorie, tutte derivate, peraltro, per via interpretativa, equivale a rendere la norma penale un corpo esangue, assoggettato alle sorti (interpretative) più diverse.
Quanto illustrato ci permette allora, dopo una breve ricapitolazione dei punti più importanti, di riflettere sulle buone intuizioni e sui difetti della teoria gradualistica di tipicità e, prendendo come spunto di riflessione i casi "dubbi" poc'anzi abbozzati, ci condurrà all'analisi delle ipotesi problematiche dal punto di vista normativo.

2.3. Le intuizioni positive nella teoria della sottofattispecie speciale per diversa gravità.

La teorizzazione della sottofattispecie graduata accorda rilevanza al legame che le ipotesi particolari di „fattispecietà" intrattengono con la matrice originaria (la fattispecie principale) sulla base del diverso tasso di gravità che le connota.
Questo particolare tasso di gravità, che, come visto, rappresenta il peculiare profilo acquistato dalla sottofattispecie allo svolgersi del fatto concreto, viene a costituire, proprio in ragione di ciò, il termine medio che permette di congiungere il dato fenomenico a quello formale-astratto.
Attraverso la valorizzazione della manifestazione "per gradi" (la cd. concretizzazione), sarebbe possibile, secondo l'orientamento che stiamo trattando, creare un ponte tra la dimensione astratta e la realtà fenomenica. L'indirizzo in parola valorizza, quindi, un aspetto significativo: la valutazione comparatistica. Ciò, in quanto la definizione dei termini di gravità di un fatto implica necessariamente un confronto tra quest'ultimo e fatti analoghi ad esso rapportabili.

---

p. 21); e, altresì, al tema dell'antigiuridicità, per Binding ricavata da norme esterne alla legge penale: „*Die Norm schafft die rechtswidrige, das Strafgesetz die verbrecherische Handlung*", da cui risulta evidente che l'incriminazione penale presuppone che la condotta sia valutata come antigiuridica alla stregua di un altro e diverso paramentro (p. 134).

Esso permette, cioè, attraverso la comparazione tra casi simili, di realizzare il principio di proporzione, stabilendo una scala di gravità tra fatti analoghi perchè accomunati dal tipo di illecito, ma diversi per misura di pena.

L'aspetto secondo noi interessante di questa teorizzazione è rappresentato dalla valorizzazione della diversità graduale, sulla base della quale viene appunto individuata la sottofattispecie.

Benchè della teoria in parola giudichiamo non condivisibile l'effetto che questa sortisce - quello, cioè, di valorizzare i cosiddetti elementi „taciti" della fattispecie formale rendendoli „tipici" – il concetto di sottofattispecie graduata offre l'occasione per riflettere sull'impatto che la variazione sanzionatoria acquista nel dare un nuovo perimetro all'insieme degli elementi che ne costituiscono il presupposto.

La diversa „misura" di gravità sarebbe in grado di originare una nuova realtà normativa: la sottofattispecie speciale.

Potremmo dunque non concordare con le conclusioni a cui la teoria gradualistica approda, fondate sul legame di appartenenza di quest'ultima alla fattispecie principale, ma senza dubbio riteniamo che aver fondato il carattere „speciale" della sottofattispecie sulla misura di gravità rappresenti una intuizione positiva.

Vedremo più oltre come sia nostra intenzione assumerla per giungere, tuttavia, a conclusioni opposte a quelle rappresentate dalla teoria gradualistica della tipicità.

2.4. I suoi errori.

Ciò che della ricostruzione analizzata, infatti, non ci persuade è la contraddizione in cui cade.

Una volta attribuita rilevanza alla nuova realtà normativa della sottofattispecie, essa viene tuttavia ricongiunta alla fattispecie originaria e utilizzata come strumento per rendere di questa „tipici“ elementi in essa non contenuti.

La sottofattispecie speciale avrebbe, cioè, l'effetto di rivelare in modo espresso la tipicità di alcuni profili della fattispecie originaria, in essa implicitamente racchiusi.

Parrebbe, dunque, che in questi termini l'individuazione della sottofattispecie acquisisca un'efficacia dichiarativa della tipicità, limitandosi a rendere espressi elementi già compresi nella fattispecie, seppur in modo implicito.

Contribuendo, tuttavia, alla ri-qualificazione della fattispecie formale, proprio attraverso questo processo di emersione di elementi rimasti taciti all'interno della fattispecie originaria, ci sembra che la funzione assolta dalla sottofattispecie sia ben più significativa.

Essa nasce, infatti, da un giudizio formulato sul piano concreto, a fini commisurativi (giudizio di gravità per la determinazione della pena), e attraverso la combinazione di aspetti della fattispecie originaria con profili estratti dalla realtà fenomenica, essa inserisce elementi del tutto nuovi all'interno della struttura formale della fattispecie.

L'espediente teorico che permette di giungere a questi estremi esiti si radica nella considerazione per la quale, alle manifestazioni concrete del fatto tipico, ciascuna dotata di un peculiare profilo di gravità, verrebbero a corrispondere autonomi precetti, ognuno dipendente dalla precipua variazione sanzionatoria che la diversa gravità del caso concreto implica.

La diversa gravità dei fenomeni empirici, sussumibili sotto la medesima fattispecie astratta, non rileverebbe sul solo piano sanzionatorio quindi, ma, anzi, inciderebbe sul precetto stesso, interno alla norma penale, determinandone la „moltiplicazione“ ([165]).

[165] Riportiamo un passo da cui risulta evidente quanto esposto: "*Dal punto di vista normoteoretico, la fattispecie incriminatrice contiene, così, due specie di precetti. La prima impone il comportamento omissivo o attivo attraverso la minaccia della pena. La seconda contiene tutti i precetti che impongono il comportamento portatore della minore gravità possibile, attraverso la disposizione "a forbice" della sanzione edittale, che lievita verso i limiti massimi nel caso di violazione di questo*

L'operazione concettuale che sorregge simile approdo teorico parte, a nostro parere, da una errata premessa ed incorre, conseguentemente, in un errore di metodo: la prima attiene alla concezione della norma, il secondo, alla sua interpretazione.

Ecco allora che ciò di cui ci siamo occupati al principio della nostra trattazione riemerge in questa sede, in quanto, asserire che all'interno di una norma penale possano risiedere plurimi precetti, tanti quante sono le perspicue variazioni sanzionatorie derivanti dall'apprezzamento del caso concreto – apprezzamento giudiziale che, come s'intuisce, potrà ricevere i più disparati sbocchi, tanti quanti sono i profili che del caso valutato vengano ad essere considerati – significa, in buona sostanza, attribuire alla sanzione, nell'interno congegno della norma penale, una funzione di qualificazione della fattispecie.

Essa, cioè, non si limiterebbe a definire la „giuridicità" della norma, a sancire la prescrittività della norma penale, mediante perimetrazione della materia penalmente rilevante, e ad assolvere la funzione commisurativa che le è propria, bensì, andrebbe ad incidere in maniera diretta e penetrante sugli stessi contenuti del precetto, il quale si gemmerebbe in tanti precetti, quante sono le variazioni sanzionatorie relate alle potenziali declinazioni del fatto tipico sul versante empirico.

E' in questo esatto punto della teoria in esame che rileviamo profili di oscurità difficilmente superabili.

Per quanto concerne il profilo più strettamente metodologico, è stato acutamente osservato che non sarebbe logicamente plausibile ricavare la qualificazione di un oggetto (il contenuto di una fattispecie) dall'aspetto quantitativo che connota la sua manifestazione empirica, poichè ciò significherebbe non soltanto ricavare l'oggetto della valutazione dalla valutazione stessa, ma anche far derivare conseguenze sul

---

precetto, o eventualmente li supera nel caso d'integrazione di una circostanza aggravante. Entrambe le specie di precetti sono formati dalla combinazione di una norma primaria di comportamento, con una norma secondaria che prevede una sanzione", in ALAGNA, *cit*., p. 324. Ancora, tratti dalla stessa opera, riportiamo: „*Sia le circostanze proprie che quelle improprie individuano fattispecie speciali, sottofattispecie, e hanno una loro dimensione precettiva corrispondente alla loro peculiare fenomenologia sanzionatoria. Esse esplicitano il precetto in vari modi e con varie misure di determinatezza; incidono direttamente e necessariamente su misura e tipologia della pena. Da tale combinazione scaturisce il precetto, e con esso la fattispecie, la sottofattispecie tipica"* (p. 353). La sovrastruttura di precetti penali speciali su generali (la pluralità precettiva) è la veste normoteoretica e funzionale della struttura tipologica, così p. 358.

piano formale-astratto da premesse (e strumenti) insistenti sul diverso versante empirico ([166]).

L'inversione metodologica in cui la teoria gradualistica incorre – e sulla quale non indugeremo oltre, essendo stata essa elaborata in modo approfondito nella ben più autorevole trattazione poc'anzi citata – è rappresentata dall'aver anteposto l'aspetto dinamico della tipicità a quello statico-formale, con il risultato di aver fatto dipendere quest'ultimo dalle contingenze del caso concreto, il quale, invece, dovrebbe, piuttosto conformarsi al modello formale ([167]).

Ma ciò che più sollecita la nostra attenzione è la premessa da cui la teoria muove i propri passi.

Se è vero, come è vero, che la configurazione di una realtà normativa nuova, la cd. sottofattispecie graduata, abbisogna a proprio fondamento di un precetto diverso da quello della fattispecie originaria, e questo in quanto diversa è la sanzione ad essa associata (in ragione della diversa gravità che essa compendia ed esprime), ci pare allora che anche alla base della sottofattispecie risieda una norma, si direbbe, „autonoma", poichè fondata sulla corrispondenza biunivoca precetto-sanzione: una corrispondenza che in questo specifico caso, sentiamo di dover precisare, si declinerebbe nei termini di sanzione „più grave"- precetto diverso.

Se la sottofattispecie rappresenta, dunque, la conferma della mutua-esclusività del binomio precetto-sanzione interno alla norma penale, come ci pare che sia, senza far torto alle ricostruzioni analizzate; se, dunque, a ciascuna sottofattispecie corrisponde una norma specifica (anzi, „speciale"), viene spontaneo domandarsi come sia

---

[166] CARUSO, *cit*., p. 118.

[167] L'errore, in particolare, consiste nel non aver colto che, al momento dell'esegesi, l'operazione di bilanciamento comparatistico è già stato superato. Porre quest'ultimo nella fase successiva alla formalizzazione del dato giuridico - e non prima di essa – rappresenta un'inversione di metodo non accoglibile (sulla *Inversionsmethode*, SCARPELLI, *op.cit*., p. 197). La critica che Caruso muove alle teorie della guadualità è quella, sul piano storico-dogmatico, di aver scambiato gli elementi che arricchiscono il tipo originario di *Tatbestand* per strumenti di concretizzazione dello stesso (aver dunque scambiato l'arricchimento con la concretizzazione): al posto di essere concepiti in senso statico come elementi della struttura della fattispecie, viene loro attribuita una funzione di anticipazione, nella fattispecie astratta, dei contenuti del caso concreto, come se questi nuovi elementi non si limitassero dunque ad arricchire il *Tatbestand* nella sua dimensione strutturale, bensì assumessero la precipua funzione di adeguare in via anticipata la sua struttura astratta alla multiforme realtà fenomenica. Da una natura puramente descrittiva (statica) assumerebbero ora una dimensione funzionale (dinamica), cfr. CARUSO, *cit*., p. 119. Per una distinzione tra concetti classificatori e ordinali, v. SCHMID, *cit*., p. 76.

possibile che la sottofattispecie possa dirsi implicitamente contenuta nella fattispecie originaria: come sia possibile, più precisamente, qualificare il precetto sotteso alla sottofattispecie in termini di vera e propria „appendice“ del precetto originario.

Ciò che non ci persuade è proprio quest'ultimo passaggio: dopo aver affermato che a ciascuna sottofattispecie corrisponde un autonomo precetto, si conclude negando autonomia alla stessa attraverso un'operazione interpretativa di dubbia tenuta: attraverso la legittimazione, cioè, della „contenenza“ di un precetto nell'altro.

Ci sembra, in conclusione, che la teoria parta da premesse convincenti, ma senza portarle alle coerenti ed ultime conclusioni a cui dovrebbe, piuttosto, approdare.

Al netto del primo rilievo critico – quello cioè di aver invertito l'ordine del ragionamento – ci sembra difficile comprendere che quanto definito "specie" di un elemento costitutivo (o di un'intera fattispecie) possa poi essere attratto nella sfera del medesimo (o della medesima).

Nel momento stesso in cui la "specialità" crea una terza realtà *nuova* (la sottofattispecie), essa non può essere, a nostro avviso, negata e ridotta ad un profilo "implicito" di un'altra, ad essa preesistente (la fattispecie) ([168]).

Non soltanto perché si rischia in tal modo di dare rilevanza ad elementi inespressi nella fattispecie formale, ma anche perché una volta sancito il carattere "nuovo" di una realtà normativa, già se ne decreta, a nostro parere, la diversità ([169]).

La sottofattispecie, fondata su una propria proposizione giuridica, dotata di proprio precetto e propria sanzione, dovrebbe semmai essere considerata "costitutiva" di una tipicità nuova e questo, naturalmente, all'unica condizione che essa venga concepita come tale *ab origine*, cioè in sede legislativa.

Ci sembra, infatti, che l'intuizione retrostante alla teorizzazione di questa figura possa offrire utili spunti di riflessione sulla tipicità in senso statico-formale. Di questo ci occuperemo nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

---

[168] Torniamo a citare FROSALI, *Concorso*, *cit*., pp. 249-265, per il quale le circostanze appartengono al novero degli elementi cd. facoltativi, e sarebbero pertanto immanenti alla norma.

[169] GALLO, *Sulla distinzione, cit.,* p. 562.

3. *Il ruolo della sanzione nella nozione cd. estesa di fattispecie.*

I rilievi appena svolti ci impongono tuttavia di fare chiarezza sulle ragioni che portano i sostenitori della teoria gradualistica a ritenere la sottofattispecie, dotata di proprio precetto e propria sanzione, mera "appendice" della fattispecie originaria.
Per fare ciò, si rivela utile analizzare il ruolo della sanzione nella proposizione normativa sottesa alla cd. sottofattispecie graduata.
L'asserito carattere di accessorietà della sottofattispecie rispetto alla fattispecie principale potrebbe essere accolto solo se la sua incidenza fosse circoscritta all'aspetto sanzionatorio della fattispecie originaria. Nella teoria gradualistica che stiamo trattando, invece, al posto di rilevare unicamente sul piano commisurativo, essa incide già sul versante qualificatorio, riscrivendo i contenuti della fattispecie formale.
La cd. sottofattispecie graduata è strumentale, infatti, all'individuazione di diversi tipi d'illecito sulla base di un criterio commisurativo, ma esclude al tempo stesso che tali diverse realtà, ciascuna dotata di tipicità, possano dirsi autonome: implichino, cioè, a monte, una distinzione su base qualitativa.
Ciò risulta possibile solo attribuendo alla sanzione una funzione ulteriore rispetto a quella commisurativa.
Se al principio della nostra ricerca abbiamo cercato di mettere in luce che nell'economia della norma penale la sanzione svolge il precipuo ruolo di fondarne la prescrittività e di concorrere alla delimitazione dell'area penalmente rilevante, qui ci avvediamo della sua (asserita) capacità di incidere direttamente sui contenuti della fattispecie penale.
Il modello condizionalistico precetto-sanzione viene qui sostituito da un modello „anticipatorio", secondo il quale all'interno della fattispecie già sarebbe possibile apprezzare la vocazione commisurativa degli elementi costitutivi di fattispecie (si pensi agli elementi suscettibili di graduazione, come il dolo o la colpa) e, in tal modo, la varietà di contenuti e di significati che ciascuno di essi può coprire.
L'estensione della tipicità a declinazioni della fattispecie che, pur non trovando in essa espresso riferimento, vi si possano tuttavia considerare avvinte rappresenta il fondamento delle concezioni ampie di tipicità, le quali rispondono a ricostruzioni

dirette ad estendere i margini formali della fattispecie anche ai fattori commisurativi, "anticipando" alla fase di qualificazione considerazioni di carattere quantitativo ([170]).

[170] La valorizzazione dei profili quantitativi dei singoli elementi costitutivi è detta anche *antizipierte Strafzumessung*, sul punto KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*, Frankfurt am Main, 1999, pp. 75 e ss. L'Autore spiega che il concetto di commisurazione anticipata attiene ad un particolare modo d'intendere il *Tatbestand* fondato sul presupposto per il quale non vi sarebbe una distinzione, sul piano sistematico, tra elementi della fattispecie penale astratta ed elementi di commisurazione della pena. Il *Tatbestand* risulta secondo tale ricostruzione *funzionalmente* orientato al momento commisurativo. Ne sarebbe conferma il dettato del § 46 StGB Abs. 3, a tenore del quale "*Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden"*. Il divieto di bis in idem (cd. *Doppelverwertungsverbot*) è diretto ad evitare che un elemento costitutivo della fattispecie penale astratta valga anche come criterio di commisurazione della pena. La disposizione in commento, che disciplina i fondamenti della commisurazione della pena, per un verso pone in evidenza come una netta distinzione tra elementi del *Tatbestand* ed elementi commisurativi non possa essere tracciata; per altro verso implica che questi non siano del tutto sovrapponibili (non avrebbe altrimenti senso imporre un divieto di doppia valutazione). L'Autore avverte, altresì, che una simile ricostruzione collide apertamente con la concezione condizionalistica precetto-sanzione (p. 76). In effetti, mentre la teoria condizionalistica di matrice kelseniana limita il ruolo della sanzione alla determinazione della giuridicità della norma (in questo caso norma penale), la concezione anticipata della commisurazione le attribuisce la funzione di determinare i contenuti di fattispecie. Ci pare diversa la versione esposta invece da ALAGNA, *cit*., p. 226.
Anche la nozione di fattispecie assume, a tenore di questa teoria, fondata sull'interscambiabilità delle funzioni di precetto e sanzione, tratti particolari. Essa, in particolare, è dettata dal ruolo che rispetto ad essa viene attribuito alla *discrezionalità.* Il concetto ampio di fattispecie presuppone, infatti, che entro i suoi confini venga ricondotto tutto ciò che fa riferimento alla discrezionalità del giudice nella determinazione della pena e fa risalire il proprio fondamento teorico alla *Aussenzone* belinghiana (si veda oltre allo stesso paragrafo di questo Capitolo). Sul ruolo della discrezionalità in rapporto alla tipicità sono stati importanti i contributi di Messina e Bricola, i quali, pur lungo diversi sentieri, hanno posto in luce plurimi profili della discrezionalità, in relazione all'interpretazione della fattispecie legale e alla commisurazione. Per Bricola la discrezionalità trova spazio in assenza di riferimenti che possano guidare il giudice nella valutazione di un caso, e dunque "è sempre rinvio del legislatore al caso concreto come unica fonte idonea ad esprimere quella significatività di valore che è più consona al raggiungimento della finalità normativa", in BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale,* Milano, 1965, p. 143; per l'Autore, che riconduce la discrezionalità al fondamento normativo dell'art. 133 c.p., la nota intrinseca della discrezionalità penale è costituita dalla doverosità dell'accertamento discrezionale (pp. 155-156). Essa si distingue dall'interpretazione che, per quanto suscettibile di "aperture", è e rimane ancorata al testo legale. Nell'interpretazione legale si delinea sempre un certo rapporto tra testo legale, che determina l'oggetto della valutazione giudiziale, sia pure in forma costantemente equivoca per la sua astrattezza, e la norma ricavata dal primo in relazione al caso concreto; per contro, nella discrezionalità manca un testo legale, vi è soltanto la determinazione dello scopo della ricerca giudiziale nonché gli eventuali limiti e la norma viene per ciò suggerita e imposta dal caso concreto (cfr. p. 203, nota 403 e pp.ss.). Nella sua trattazione sul tema l'Autore non accoglie gli orientamenti volti ad anticipare la nozione di discrezionalità già all'interno della fattispecie (sul punto, cfr. pp. 98 e ss.) e si discosta in particolare dalla posizione assunta dal MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale,* Roma, 1947, pp. 98 e 130 e ss., il quale pare far dipendere la determinatezza degli elementi della fattispecie legale dalla discrezionalità nell'applicazione della sanzione. L'Autore parte dall'indissolubilità tra precetto e sanzione come due momenti della norma penale, affermando in tal modo che tutto ciò che influisce sulla sanzione fa parte anche del precetto e quindi s'inquadra nella fattispecie legale: "la definizione che il legislatore ha dato di discrezionalità al potere nell'applicazione della pena si estende per tutto il campo in cui si ha un potere del giudice nella valutazione di elementi della fattispecie ai fini di determinare il campo di applicazione della pena" (p. 130). Tale costruzione assume la veste di corollario di un ampio concetto di fattispecie, comprensivo di tutti i dati che determinano l'applicazione della sanzione e di quelli che incidono sulla sua durata; la critica di Bricola è che, per questa via, si vengono a confondere i difetti di tassatività, che attengono

Solo attribuendo agli elementi incidenti sulla commisurazione in senso lato, che siano esse circostanze proprie o improprie, la capacità di incidere anche sul precetto penale – e non solo sulla sanzione – risulta accoglibile "moltiplicare" il precetto all'interno della disposizione penale, e immaginare, dunque, una nozione ampia di fattispecie.

---

alla tecnica di strutturazione normativa, e la discrezionalità, che significa, piuttosto, rinuncia legislativa alla fissazione di un valore, così in BRICOLA, *cit*., pp. 39 e ss. cfr. anche BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze di reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1964, p. 1026. Sulla distinzione tra interpretazione e discrezionalità anche MORTATI, voce *Discrezionalità,* in *Novissimo Digesto italiano,* V, 1960, p. 1102. Sul punto anche DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, pp. 304-305, il quale spiega la differenza tra una nozione formale di *Tatbestand,* che aderisce alla fattispecie legale costruita sulla scorta del criterio *nullum crimen sine lege,* e una nozione più ampia, per la quale il fatto, nell'accezione di termine della commisurazione della pena, deve essere invece costruito in modo tale da esaurire antigiuridicità e colpevolezza formando un quadro completo e unitario di disvalore (si tratta di un modello che include nel giudizio di colpevolezza valutazioni inerenti alla persona del colpevole, la *vita ante acta* e ulteriori elementi non direttamente legati al *Tatbestandskern*). Sono modelli di fattispecie diversi, in quanto l'uno attiene alla tipicità in astratto, in senso statico, l'altro, alla tipicità in concreto, quella dinamica. Per il concetto "normativo" di fatto, costruito in senso teleologico, cfr. LANG-HINRICHSEN*, Bemerkungen zum Begriff der Tat im Strafrecht,* in *Festschrift für K. Engisch,* Frankfurt am Main*,* 1969, pp. 353 e ss. Per il concetto di *Gesamtwertung* vedi anche DREHER, *Die erschwerenden Umstände im Strafrecht,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1965, pp. 226 e ss. e WAHLE, *Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle"im Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1969, pp. 161 e ss. Sul tema dell'interrelazione tra discrezionalità e tipicità, cfr. CARUSO, *cit*., pp. 1 e ss., il quale rinviene tre principali indirizzi: un primo indirizzo è fondato sul totale oscuramento della discrezionalità, che viene rincondotta all'interpretazione della norma astratta (attività interpretativa e non *creativa*), in questi termini Messina, Cordero; un secondo orientamento è diretto ad attribuire autonomia alla discrezionalità: si tratta della posizione intermedia di Bricola e Latagliata; un terzo orientamento opta per la "tracimazione concettuale" dell'elemento tipico su quello discrezionale, attraverso il ricorso alla cd. "sottofattispecie" e alla tipicità graduale, tra i cui sostenitori si annoverano Paliero e Alagna. Il tema è trattato anche da Latagliata, il quale afferma che la discrezionalità per l'accertamento del fatto e la discrezionalità per la determinazione della pena differirebbero non tanto per il procedimento logico-valutativo che contraddistingue l'una e l'altra operazione, quanto per l'oggetto su cui la valutazione del giudice ricade, che attiene a due diversi momenti della struttura dell'illecito, sul punto LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967, pp. 142 e ss; sul tema anche LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, pp. 337 e ss. Ci pare che questa distinzione appena tratteggiata rimanga invece offuscata in SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, pp. 50 e ss., il quale fa riferimento ad una generica "discrezionalità giudiziale", di cui non si disconosce il valore politico. Sul tema DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enciclopedia del Diritto,* XXXVI, Milano, 1985, pp. 745 e ss. A proposito delle ragioni che conducono ad un offuscamento delle differenze tra tipicità e commisurazione, si è ritenuto che esse non risiedano nelle tecniche di tipizzazione (il principio di legalità dev'essere infatti osservato anche con riferimento alle conseguenze sanzionatorie). Deve essere semmai rintracciato in criteri di contenuto o sistematici che distinguano la cifra quali- e quantitativa dell'*Unrecht* e del *Schuldgehalt der Tat,* cfr. KRAHL, *cit*., p. 323 e p. 54: "*Die Bezugspunkte zur Begründung der Tatbestandsqualität einer Regelung, die damit angesprochen sind, müssen deshalb im Unrechts- und Schuldgehalt der Tat gesucht werden"*. Per l'Autore la causa dell'indebita commistione tra i due piani trova sede nell'estrema relativizzazione del principio di legalità accompagnata da una disciplina sanzionatoria poco rigorosa.

Si tratta di un modello molto simile a quello prospettato dal Beling nella trattazione delle *Erscheinungsformen.*

Sottoponendo ad analisi, nella sua opera maggiore, l'estensione della tipicità delle fattispecie di reato, Egli distingue gli elementi riconducibili al *Tatbestandskern* (al nucleo della fattispecie di reato) da quelli che, pur non irrilevanti sul piano giuridico penale, tuttavia non possono dirsi dotati di propria tipicità. Si tratta di elementi secondari che ruotano intorno al nucleo tipico, in un'area ad esso limitrofa (la cd. *Aussenzone*), venendo con esso a costituire il *Tatbestand im weiteren Sinne* ([171]).

La teorizzazione di questo zona marginale, delineantesi intorno al *Tatbestand,* è funzionale all'accoglimento, entro i confini della tipicità formale, di tutti quei segmenti di condotta non pienamente riconducibili alla fattispecie di reato in senso stretto (*Tatbestand im engeren Sinne* o *Tatbestandskern*), ma ad essa avvinte in quanto espressione del suo manifestarsi (si pensi alle condotte pre-tipiche, alle conseguenze post-consumative del fatto, o quanto attenga alla realizzazione dello scopo sul versante soggettivo della vicenda criminosa).

Malgrado queste ipotesi secondarie siano sprovviste di tipicità propria (*Typizität*), esse acquistano rilevanza giuridica in quanto materialmente legate alla realizzazione della condotta tipica ("*sie partizipieren mit an dem Verbrechenstypus der Ausführungshandlung*"), rivelandosi utili ai fini processuali (probatori) e ai fini della commisurazione, ad esempio ([172]).

Ci sembra che quanto analizzato fino ad ora a proposito della sottofattispecie graduata trovi un'eco nelle ipotesi complementari teorizzate dal Beling e ci pare, altresì, che, come esposto nell'opera dell'esimio Autore, proprio questi sono i casi in cui risulta più difficile superare le ambivalenze ed individuare la fattispecie semplice in rapporto a quella meramente modificativa.

Secondo la concezione ampia di tipicità gli elementi della fattispecie estesa non concorrono soltanto alla rappresentazione dell'illecito sul piano astratto, ma sono già diretti, ancorchè "in potenza", alla misurazione della gravità del fatto concreto.

---

[171] BELING, *Die Lehre vom Verbrechen, cit*. p. 246, il quale, citando l'opera "*Das Verbrechen*" di Thaddaeus Hrehorowicz, risalente al 1880, ravvisa analogie tra gli elementi secondari della *Aussenzone* e le *Nebenhandlungen* dell'Autore, del quale adotta la formula (p. 249).

[172] BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, *cit*., pp. 249-251.

La sanzione, o, più in particolare, tutti i fattori che intervengono sulla sua commisurazione, concorrono alla determinazione del profilo precettivo e di ciò sono traccia tutti gli elementi costitutivi predisposti alla graduazione quantitativa. Affermare ciò tuttavia non appare diverso dal rilevare l'utilità degli elementi costitutivi ai fini della commisurazione della pena in senso stretto, ossìa dal dire che la pena base deve risultare proporzionata all'effettiva gravità del fatto tipico.

Ciascun elemento di fattispecie integrato diventa un parametro per la graduazione del peso dell'illecito occorso, in modo che la risposta sanzionatoria sia ad esso adeguata.

Ci pare insomma che ciò corrisponda al significato dell'art. 133 c.p.: almeno alcuni degli indici di commisurazione indicati nella disposizione codicistica contengono il richiamo agli elementi costitutivi di fattispecie (si pensi all'elemento soggettivo, o all'azione) che divengono, appunto, riferimenti utili alla valutazione del caso concreto anche in termini quantitativi.

Del resto, la funzione assolta dall'art. 133 c.p. è proprio quella di serrare al massimo grado possibile il legame tra illecito e sanzione, realizzando la proporzione tra questi due estremi.

Ci pare dunque coerente con la *ratio* della commisurazione intraedittale dare una lettura degli elementi costitutivi diretta alla valorizzazione del "peso" che questi assumono in concreto ai fini della pena.

Anzi, ci pare che l'anticipazione della commisurazione nella fattispecie significhi proprio questo: valorizzare i profili che, rimasti inespressi sul piano formale-astratto della fattispecie, emergano poi nel confronto con il fatto concreto, all'unico fine, però, di stabilire la misura più adeguata della pena.

Non ci pare possibile, invece, immaginare l'anticipazione della commisurazione nella fattispecie come interpolazione del suo confine semantico.

Un conto è, infatti, parlare di valorizzazione della cifra quantitativa dell'elemento costitutivo come strumento per l'apprezzamento della gravità del caso concreto (e quindi per la commisurazione della pena ad esso corrispondente), altro è utilizzare la sanzione (o le circostanze che su di essa incidono) come strumento esegetico.

In un caso, infatti, l'apparente "rilettura" degli elementi costitutivi di fattispecie non esonda dal problema di "tradurre" l'oggetto astratto in concreta misura di pena: problema, peraltro, posto a fondamento delle teorie sulla commisurazione in

Germania (si pensi alla contrapposizione tra *Spielraumetheorie* e alla teoria della *Punktstrafe*) ([173]).

La sanzione, infatti, interviene unicamente per preservare la concreta proporzione rispetto all'illecito e assicurare in tal modo la piena esplicazione delle funzioni della pena.

Nell'altro caso, invece, essa fonda un nuovo precetto, che tuttavia non si scorpora da quello originario, rimanendovi, piuttosto, implicitamente avvinto.

La ricostruzione secondo la quale la misura della concreta gravità del fatto permette di fondare nuovi precetti a fondamento della medesima fattispecie, secondo un modello di vera e propria moltiplicazione tacita di essi, ci pone di fronte ad uno scenario del tutto nuovo, in cui a subire un mutamento è il contenuto precettivo della norma penale. Come si comprende, infatti, affermare che in una disposizione penale siano comprese plurime sanzioni, tante quante sono i potenziali coefficienti di "gravità" che il caso concreto può assumere, e sostenere che a ciascuna misura sanzionatoria corrisponde un precetto, si traduce nella creazione di una serie di combinazioni tutte interne alla stessa disposizione, secondo uno schema che non solo fa dire al precetto originario ciò che esso non prevede, in evidente contrasto con il principio di legalità, ma che anche collide con il rapporto di mutua-esclusività che sigilla il nesso precetto-sanzione sotteso alla norma penale, determinandone, anzi, lo scardinamento.

---

[173] La *Spielraumtheorie*, come teoria della commisurazione della pena, affiora nel XIX secolo in alcuni scritti di Alfred Friedrich Berner e nasce avvinta alle riflessioni sviluppatesi all'epoca sulle finalità della pena. Essa comincia a farsi strada tra gli indirizzi, si direbbe, "sincretisti", favorevoli alla ricongiunzione delle finalità di prevenzione e retributive entro il dibattito sulle funzioni della sanzione penale. La teoria in parola si fonda sulla premessa per la quale alla colpevolezza non corrisponderebbe una misura precipua di pena, bensì una gamma di plurime misure della stessa, tutte ad essa proporzionate e sussumibili entro un riquadro ampio e dotato di margini fissi. La definizione di questo *Spielraum* – che rappresenta la prima tappa dell'operazione commisurativa - pone limiti invalicabili al giudice, il quale, una volta la porzione della cornice di pena adeguata al caso, procederà ad un'ulteriore "specificazione" della risposta sanzionatoria senza esondare dai margini individuati sulla scorta del criterio di colpevolezza. In essi, infatti, il giudice potrà individuare un altro spettro della pena applicabile, sulla base di caratteristiche che rispondono ad esigenze di prevenzione speciale, sul punto (ed in senso critico), HÖRNLE*, Tatproportionale Strafzumessung*, *cit*., pp. 23 e ss. Anche SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmass*, Frankfurt am Main, 1954, pp. 162 e ss. Anche BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung,* Köln, 1976, pp. 105 e ss. Sulla teoria alternativa a quella dello Spielraum, la teoria della cd. *Punktstrafe*, secondo la quale la giusta misura di pena, potrebbe essere ricavata in maniera certa e precisa, cfr. FRISCH, *Ermessen, unbestimmter Begriff und „Beurteilungspielraum" im Strafrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1973, pp. 1345 e ss.

La sanzione in questo secondo modello svolge, sì, la stessa funzione assolta nel caso precedente - quella di salvaguardare, cioè, la proporzione - ma lo fa su un piano che non le compete: quello della qualificazione normativa.

Anticipare la valutazione di gravità di un fatto alla sua stessa qualificazione significa anteporre la valutazione degli effetti giuridici di un fatto all'accertamento della sua stessa esistenza. L'inversione metodologica sottesa a questo ragionamento dovrebbe far comprendere che la sanzione è, sì, avvinta al precetto, ma senz'altro non si confonde con esso.

Il nesso che lega il precetto alla sanzione – cd. "condizionalistico" - non contraddice la loro reciproca autonomia e separatezza, anzi postula le predette caratteristiche.

Più che essere interscambiabili, precetto e sanzione devono susseguirsi per permettere alla norma penale di operare in senso prescrittivo (di mantenere, quindi, il suo profilo di giuridicità), e, al tempo stesso, di circoscrivere l'area penalmente rilevante.

Essi, dunque, lungi dal poter essere confusi in una dimensione "fluida" in cui vengono a perdersi i confini tra fattispecie e sanzione, sono piuttosto avvinti da un rapporto di corrispondenza – radicantesi nell'esigenza di proporzione - che implica, per una necessità logica, che questi siano tra loro entità autonome.

Non ci appaiono pertanto persuasive le ricostruzioni che negano tale separatezza e che, sulla scorta di letture fuorvianti del nesso precetto-sanzione, attribuiscono a quest'ultima una funzione che da lei è aliena.

La sanzione misura, non può, per contro, qualificare l'elemento di una fattispecie.

Certamente riconosciamo che la rigorosa applicazione di un simile argomento dovrebbe condurci a ritenere sempre realizzato il fatto tipico anche nelle ipotesi in cui l'irrogazione della sanzione possa apparire intollerabile o iniqua (si faccia il caso di fatti di lieve tenuità o sostanzialmente inoffensivi) e a ritenere sanzionabili i fatti integranti i presupposti per il sorgere delle conseguenze giuridiche corrispondenti.

L'esclusione della pena, o la sua riduzione, in casi come questo, dovrebbe allora riguardare un ambito diverso e successivo a quello dell'accertamento del fatto, ad esempio, quello meramente esecutivo. Il problema della sanzione, infatti, non può che riguardare la sua materiale inflizione. L'irrogazione in sede di condanna ci dà solo la conferma del fatto che, accertati i presupposti della sanzione, sono altresì

venuti a maturazione gli effetti giuridici. La loro concreta modulazione si pone su un piano diverso, l'unico, riteniamo, autenticamente "sanzionatorio".

4. *La sottofattispecie come modello delle fattispecie cd. "qualificate".*

Quanto esposto ci permette di superare la teorizzazione della sottofattispecie come strumento esegetico, e, d'altro canto, ci consente di valorizzare a fini diversi questa figura normativa dotata, nella sua concettualizzazione teorica, di proprio precetto e propria sanzione.

L'interscambiabilità tra elementi costitutivi dell'incriminazione ed elementi finalizzati alla commisurazione rappresenta un errore sul piano metodologico, quando foriera dell'inversione che pretende di ricavare il contenuto dei primi dalla valutazione dei secondi. Ma abbiamo, altresì, constatato che sul versante della formulazione legislativa, quello dunque formale astratto, non sempre è immediato distinguere le fattispecie autonome da quelle circostanziate, allorquando queste ultime siano tipizzate.

Riteniamo che proprio rispetto a queste ultime ipotesi la figura della cd. sottofattispecie possa rivelarsi utile.

Di essa, infatti, possiamo avvalerci come strumento conoscitivo per immaginarla come vera e propria fattispecie, laddove per fattispecie intendiamo riferirci alla rappresentazione formale-astratta del fatto penalmente rilevante.

Se estrapoliamo la sottofattispecie graduata dal contesto teorico nel quale si è sviluppata, cioè quello della fattispecie ermeneutica (o concezione ampia di fattispecie), e la immaginiamo come un modello di fattispecie dotato di autonomia sul piano formale, è possibile ravvisare qualche somiglianza rispetto ad alcune fattispecie che ricorrono nel nostro ordinamento. Il riferimento va ai cd. "casi dubbi", rispetto ai quali è possibile constatare come i maggiori problemi inerenti alla distinzione tra tipicità e commisurazione si addensino, nella parte speciale del nostro codice penale, intorno alle fattispecie che abbiamo chiamato "qualificate" (si veda il § 2.2.).

L'espressione, mutuata dal sistema tedesco, che, come vedremo, ne fa uso per riferirsi alle variazioni di pena in senso aggravante (cd. *Qualifizierungsgründe*) ([174]), sta ad indicare l'individuazione di più forme del reato base (*Grunddelikt*) a questo collegate da un rapporto di maggiore gravità (*Stufenverhältnis*).

La particolarità di tali costruzioni normative consiste nella variazione esclusivamente *quantitativa* di cui sono portatrici. Ciò significa che si tratta di particolari declinazioni di un reato, dotate di una diversa soglia di gravità, rispetto alle quali tuttavia si pone il problema di comprendere se si tratti di fattispecie dotate di autonoma tipicità o di mere variazioni sanzionatorie.

L'aspetto problematico relativo alla „conformazione" di queste fattispecie risiede nel fatto che la variazione quantitativa s'innesta su un'unità d'illecito ([175]) rispetto alla quale non appare più chiaro se l'elemento qualificante costituisca o meno mera modifica sanzionatoria o vero e proprio elemento costitutivo ([176]).

Tale conformazione ricorre, non a caso, allorquando, nella relazione tra due fattispecie, l'una comprenda tutti gli elementi dell'altra con l'aggiunta di un profilo ulteriore, incidente sulla misura sanzionatoria. La fattispecie che contiene l'elemento specializzante non è soltanto *speciale* rispetto a quella principale, ma si palesa altresì come una sua declinazione *scalare,* o "graduata".

---

[174] Per uno studio specifico sul tema, in Italia PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova, 2000, pp. 31 e ss.; sul punto, nella più ampia trattazione sulle circostanze, anche MELCHIONDA, *cit*., pp. 320 e ss. In Germania, in particolare CLASS, *Darstellung der qualifizierten und priviligierten Delikte*, Diss. Gießen, 1929, per il quale queste ipotesi di qualificazione rappresentano nient'altro che elementi della commisurazione, cfr. p. 65.

[175] PREZIOSI, *ult. op. cit.,* pp. 27 e ss. L'Autore osserva che di variazione *quantitativa* in senso proprio si può parlare in generale "solo se l'entità cui la differenza si riferisce sia omogenea e non una pluralità di elementi. Nel diritto penale italiano, invece, di un'unità non si può parlare, perché gli elementi del reato sono essenziali o accidentali, e, quindi costituiscono una *pluralità*, il collegamento tra gli elementi della quale, sul piano logico, non può essere determinato da una mera scala di *quantità*". Il nucleo comune tra fattispecie circostanziata e fattispecie autonoma è dato invece da una comune *materialità*, alla quale va ad aggiungersi un *quid* aggiuntivo, ulteriore, cfr. PANNAIN, *cit*., p. 184; cfr. anche CONSO, *Punti fermi in tema di reato continuato*, in *Rivista italiana*, 1949, p. 87. Il nucleo comune penalmente rilevante è rappresentato dall'insieme degli elementi costitutivi. Ad esso si aggiunge un elemento esterno che differenzia la fattispecie base da quella circostanziata, CONCAS, *cit*., p. 349; GALLO, *cit*., p. 561, secondo il quale il criterio discretivo per individuare le differenze tra fattispecie autonoma e circostanziata è puramente *normativo*, in quanto riguardante le proposizioni giuridiche sottese alle fattispecie.

[176] PREZIOSI, *cit*., pp. 31 e ss.

Gli esempi che abbiamo già indicato in precedenza ([177]) ci pongono di fronte ad un modello in cui la specialità si realizza sul versante "quantitativo", essendo l'elemento specializzante il fondamento della variazione di gravità.

Ebbene, notiamo che se rispetto alla sottofattispecie graduata ci siamo posti il problema della sua formale indipendenza dalla fattispecie madre – e questo perché essa è dotata di proprio precetto e propria sanzione – altrettanto accade rispetto alle fattispecie "dubbie" sopra delineate, la cui struttura, come già evidenziato, lascia aperta la questione circa la natura degli elementi che le compongono, potendo essi alternativamente essere ricostruiti come costitutivi o circostanziali ([178]).

Il problema rispetto a queste ipotesi è dunque quello di capire se siano esse autonome fattispecie, dotate di propria tipicità, ovvero si tratti di configurazioni accessorie, le quali, pur guadagnando una certa indipendenza sul piano sanzionatorio, non altrettanto farebbero su quello precettivo ([179]).

---

[177] Seguono questo schema i reati aggravati dall'evento che ripropongono il paradigma della preterintenzione; ma si pensi anche alle fattispecie dotate di autonoma cornice edittale e caratterizzate dal contenere queste un rinvio ad altra (o ad altre) fattispecie, dalla quale (dalle quali) mutuano tutti gli elementi costitutivi, con l'aggiunta di profili ulteriori (ad es. art. 319-ter c.p. in relazione agli artt. 318 o 319 c.p.; oppure art. 12, c. 3, d.lgs. 286/1998 t.u. sull'immigrazione con riferimento al delitto di cui al co. 1 del medesimo articolo), per la trattazione della quale cfr. GRANOCCHIA, *Qualche spunto di riflessione sulla distinzione tra circostanza e titolo autonomo di reato dopo le Sezioni Unite in materia di immigrazione clandestina,* in *Archivio penale online* 2019 (n. 3), pp. 1 e ss.; si pensi ancora alle fattispecie, strutturate in modo analogo alle ultime ipotesi illustrate, in cui gli elementi aggiuntivi possono dirsi specificazione di elementi circostanziali di altra fattispecie (ad es. l'art. 640-bis in relazione al 640 c.p.); ancora, ai particolari casi di reato complesso in cui la circostanza di tale reato sia configurabile essa stessa come reato (ad es. art. 613, c. 3, n. 1, in relazione all'art. 611 c.p.). Per altra casistica BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui criteri di distinzione*, in *Studi in onore di Coppi*, Torino 2011, pp. 11 e ss.; con particolare riguardo al furto in abitazione, torniamo a segnalare, AMARELLI, *Circostanze, cit.,* pp. 2815 e ss.

[178] Il problema del distinguo tra circostanze ed elementi costitutivi si pone solo in relazione alle fattispecie in rapporto di specialità, così AMARELLI, *ult. op. cit.,* pp. 2821-2822; in senso analogo FERRARA, *Natura obiettiva e funzione selettiva dell'elemento differenziale,* in *Indice penale*, 2002, p. 969.

[179] PREZIOSI, *cit*. p. 102 e ss. L'Autore assume che la locuzione "fattispecie qualificata" sia utile a designare, per un verso, l'invariabilità strutturale della fattispecie base e, per altro verso, l'autonomia della qualificazione accessoria. Egli ritiene, infatti, che l'elemento aggiuntivo "qualificante" vada ad attivare il profilo funzionale della norma, incidendo sulla sua portata generalpreventiva, e lasci, invece, inalterato il precetto sul suo piano strutturale: "*L'elemento accessorio incide sul momento funzionale della norma penale senza alterare o modificare il contenuto prescrittivo e l'unità logico-formale del precetto*" (p. 100).

4.1. Segue: la "qualificazione": una novità o un'estensione della fattispecie semplice?

Il fondamento della questione risiede nel ruolo assunto dalle circostanze rispetto ai due elementi della norma penale, il precetto e la sanzione.

In particolare la questione investe molto più a monte lo statuto stesso delle circostanze e la loro collocazione dogmatica.

Il dibattito sviluppatosi in materia ha visto alternativamente prevalere tre diversi orientamenti, il maggioritario dei quali è quello che ha considerato le circostanze forme di manifestazione del reato ([180]).

Gli indirizzi che si affiancano a questa ricostruzione propongono di leggere le circostanze alternativamente come elementi accidentali del reato, o come elementi costitutivi di una fattispecie autonoma, la cd. fattispecie "concreta" ([181]), cioè, circostanziata.

I predetti orientamenti muovono tutti dalla considerazione per la quale la circostanza è "un di più", un'aggiunta, cioè, rispetto alla fattispecie di reato a cui accede; ma differiscono per l'impatto che la circostanza può avere sulla norma sottesa alla fattispecie di reato.

Mentre secondo un primo orientamento essa descriverebbe un fenomeno di mera accessione degli elementi circostanziali alla fattispecie base, rilevando nel limitato ambito della punibilità concreta ([182]), per un secondo orientamento essa inciderebbe

---

[180] In senso critico, sul punto, MELCHIONDA, *Le circostanze, cit*., p. 557, osserva che, seppur inserite nella parte dedicata alle forme di manifestazione del reato, l'istituto assume tuttavia un ruolo diverso dal tentativo e dal concorso, in quanto non incide sulla tipicità del fatto. Mentre i primi due istituti disegnano *ex novo* la struttura della fattispecie astratta cui accedono, permettendo l'estensione della tipicità anche a porzioni del fatto concreto che ne sarebbero altrimenti privi, le circostanze permettono di dare rilievo ad accadimenti non compresi nella fattispecie astratta – in questo non distinguendosi dal tentativo e dal concorso di persone – senza tuttavia che ciò incida sulla sua tipicità. La rilevanza giuridica attribuita agli *accidentalia* è direttamente correlata alla loro efficacia sul piano sanzionatorio, nella fase di commisurazione in senso ampio.

[181] L'espressione è di CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, pp. 66 e ss.

[182] SABATINI, *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso,* in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, 1952, p. 456, il quale, nel sottoporre a critica i sostenitori dell'orientamento avverso, in particolare Cigna e Grispigni, afferma l'esclusiva incidenza delle circostanze sulla punibilità concreta, essendo le norme che le prevedono "non autonome, ma integratrici della norma incriminatrice. Sono norme che esprimono il giudizio di valore sugli elementi che aderiscono al fatto tipico, come elementi sintomatici per la valutazione complessiva del reato ai fini dell'adeguamento della sanzione relativa". Respinge la tesi che riconduce le circostanze al precetto primario anche PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Indice Penale*

direttamente sul precetto ([183]), concorrendo alla determinazione di una nuova

1983, pp. 269 e ss., il quale propugna una valorizzazione delle stesse entro i margini della sola discrezionalità giudiziale.

[183] La teoria per la quale le circostanze incidono sul precetto primario è sostenuta da Santoro, Grispigni, Marini seppur con diverse sfumature. Per il Santoro, pur intervenendo la circostanza sulla "norma", dunque sul precetto in essa previsto, la modifica che essa introduce inciderebbe sul medesimo reato, sulla gravità dello stesso, senza quindi originare una diversa realtà normativa, cfr. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933, pp. 27 e ss. La critica mossa a Santoro è proprio quella di non essere giunto a conseguenze coerenti con le premesse di partenza: "*Se infatti si ritiene in particolare che le norme si distinguono appunto in funzione del rispettivo contenuto e dei correlativi effetti, è chiaro che, modificato il primo, e analogamente mutati i secondi, si debba ammettere che muti la norma; e, mutando quest'ultima, il fatto da essa contemplato risulterebbe, per conseguenza diverso, ed autonomo anch'esso",* in CONTENTO, *cit*., p. 10. La tesi del Grispigni, benchè analoga a quella del Santoro, in quanto fondata sulla considerazione per la quale le circostanze inciderebbero già sul precetto (sull'imperativo), colloca tuttavia questa modifica sin nella fase della minaccia (cioè, già sul piano della fattispecie astratta), cfr. GRISPIGNI, *Corso, cit*., pp. 210 e ss. Per il superamento della tesi dell'incidenza delle circostanze sul solo precetto secondario, si segnala la posizione di Contento il quale, discostandosi altresì dagli orientamenti incentrati sul precetto primario, riconduce le circostanze all'interno della fattispecie cd. „concreta" descritta come la "*somma di quegli elementi di composizione, appartenenti alla prima categoria, aventi propriamente valore tipico e rilevanza immediata, non condizionata cioè dalla valutazione del giudice*". Sebbene possa affermarsi che, analogamente a quanto accade per gli elementi costitutivi, anche le circostanze sono dotate di funzionalità orientata agli effetti giuridici, vi è tuttavia un'importante differenza rispetto agli elementi di fattispecie: esse non concorrono alla produzione degli effetti, bensì ad una loro *modifica*. Gli effetti preesistono all'intervento delle circostanze: il loro impatto sarebbe nullo, in assenza dell'effetto giuridico. Le circostanze concorrono alla qualifica di un particolare modo di essere del reato: quello della sua oggettiva gravità o tenuità, cfr. CONTENTO, cit., pp. 79-80 e 100 e ss. Mentre quest'ultimo Autore, dunque, riconosce l'autonomia della fattispecie circostanziata sul solo piano "funzionale", degli effetti, diversa appare la ricostruzione di quella parte della dottrina che, ancorando il problema delle circostanze al piano precettivo, riconosce nella fattispecie circostanziata una vera e propria realtà giuridica dotata di autonomia sul piano astratto-formale, così MARINI, *Le circostanze*, *cit*. pp. 12 e ss., in aderenza alla tesi di Gallo. Vicina alla tesi „autonomista", seppur dotata di profili diretti a mantenere una separazione tra fattispecie circostanziata e fattispecie originaria, è la tesi del Moro, fondata sulla considerazione della norma non più nella sua sola dimensione prescrittiva, bensì anche nella sua funzione di tutela. Per l'Autore le circostanze sono il risultato e la manifestazione di un particolare procedimento di tecnica legislativa avente funzione analoga a quella sottesa alla creazione di fattispecie separate e autonome rispetto a quella base: entrambe le tecniche legislative perseguono il medesimo obiettivo, consistente nel prevedere, oltre ai modelli delittuosi fondamentali, altresì le loro possibili declinazioni ulteriori. Trattandosi di un problema di mera tecnica legislativa, le ragioni sottese alla scelta di prevedere in via separata le circostanze, in luogo di una loro fusione con la fattispecie fondamentale, risiederebbero nella volontà (del legislatore) di porre – e mantenere – "in evidenza" l'illecito-base. La differenza tra tecnica di tipizzazione fondata sulla "specializzazione" del reato-base (omicidio del consenziente) e quella fondata sulla previsione di separate circostanze toccherebbe altresì un altro aspetto: nel primo caso la fattispecie speciale sarebbe diversa da quella generale non solo nella sostanza, ma anche nella forma; nel secondo caso, invece, la forma della fattispecie generale non verrebbe toccata. Le circostanze incidono in ogni caso sul disvalore del fatto-base, determinando una sua modificazione, in quanto sono elementi di valore rimasti inespressi nella fattispecie tipica principale, cfr. MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1951, pp. 57 e ss. Più peculiare la tesi di Cigna, il quale, pur accogliendo l'indirizzo degli autori prima citati, prova a sistematizzare la materia teorizzando il concetto di precetto *comprimario*: quest'ultimo svolge la funzione di arricchire il precetto primario con riferimenti a casi concreti, al fine di valorizzare tutte le componenti che il giudice sottopone a valutazione, oltre a quanto menzionato nella legge. Si tratta in definitiva del precetto ricavato da una valutazione complessiva del fatto concreto in relazione alla fattispecie astratta: un precetto in grado di coprire casi più ampi di quanto non accada per quello primario, si veda CIGNA, *Il precetto comprimario ed i reati plurilesivi*, in *Rivista penale,* 1928, pp.

fattispecie ([184]).

Tra le molteplici teorie sviluppatesi sul punto ci pare che la più convincente sia quella capace di rimanere coerente con le nostre premesse di partenza.

La nostra ricerca ha preso le mosse, infatti, dalla nozione statica di tipicità, ricavata dalla tipizzazione della fattispecie penale astratta, associata, quest'ultima, al combinato operare di precetto e sanzione all'interno della norma penale: ogni fattispecie penale è tipizzazione di un fatto, sorretta da un precetto posto a presupposto di una precipua sanzione.

Quando parliamo di tipicità di una fattispecie penale facciamo riferimento non soltanto dunque alla tipizzazione del fatto sul piano descrittivo, ma anche alla funzione di tutela svolta dalla norma ad essa sottesa ([185]).

---

198 e ss. Del medesimo anche CIGNA, *Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo*, in *Rivista penale*, 1919, pp. 445 e ss.

Altra posizione è quella del Frosali, il quale, sostenitore della tesi per la quale la fattispecie conterrebbe al suo interno plurime sottofattispecie, tutte declinazioni della prima, attribuisce alle circostanze la qualifica di elementi "facoltativi" che ruotano intorno ad un nucleo essenziale (fatto degli elementi costitutivi di fattispecie), rappresentandone la possibile forma di manifestazione in ordine ad un determinato caso concreto. Le circostanze, dunque, si troverebbero in uno stato d'indifferenza e facoltatività rispetto agli elementi essenziali di fattispecie e sarebbero immanenti alla norma, in FROSALI, *Concorso, cit*., p. 79. Sull'incidenza della circostanza sul precetto primario, si veda anche GUERRINI, *cit*., p. 68. Per MALINVERNI, *cit*., p. 69, non osta a tale ricostruzione la disciplina dell'art. 59 c.p. (che all'epoca della pubblicazione del testo dell'Autore ancora prevedeva il regime dell'imputazione oggettiva), dovendosi interpretare il precetto primario in termini non tanto di comando, quanto di "preavviso" circa le conseguenze che derivano dall'aver tenuto un comportamento vietato: "*sotto questo profilo nulla vieta di ritenere che un precetto sia contenuto anche nelle disposizioni che configurano delle circostanze*".

[184] A proposito della diversa incidenza delle circostanze sulla fattispecie di reato, cfr. BARTOLO, *La distinzione tra aggravanti "proprie" disciplinate dalle fattispecie di reato aggravate e aggravanti "improprie" disciplinate dalle fattispecie aggravate (di reato): i diversi criteri di imputazione soggettiva delle aggravanti improprie*, in *Studi in onore di Coppi*, Torino, 2011, p. 6, il quale, a fianco delle numerose classificazioni proposte in dottrina, ne aggiunge una nuova tra circostanze "proprie" e "improprie", indicando con la prima definizione le circostanze che accedono al reato senza con esso fondersi; con la seconda, le circostanze che formano un tutt'uno con il reato a cui accedono, venendo così a costituire una fattispecie "nuova" e diversa tanto dalla fattispecie-base, quanto da quella che introduce la circostanza. Promuove un orientamento finalizzato a valorizzare l'aspetto "costitutivo" delle circostanze SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, pp. 639 e ss., in particolare p. 645, ove emerge che, ad opinione dell'Autore, esse incidono sul "significato" del reato-base, creando una entità nuova dotata di proprio significato giuridico.

[185] Assumendo, come abbiamo visto, che è nella forma con cui il legislatore rappresenta il fatto che si esprime il contenuto dell'illecito, ossìa la sua sostanza, ci appare chiaro che questi due strati, quello formale e quello sostanzialistico, non possono disgiungersi: "*la forma è contenuto e il contenuto è forma*". La forma deve per necessità logica contenere e, per così dire, "definire", una valutazione ad essa preesistente: la prescrizione in essa formulata acquista senso solo in relazione ad una valutazione di interessi che ne costituisca il presupposto. Il contenuto diviene allora forma, acquista, cioè, dignità giuridica nella formulazione legislativa, prima e oltre la quale nessun contenuto ulteriore è rilevabile. Accogliamo la tesi per la quale non vi può essere una visione dell'illecito come violazione di una norma che sia separata e distinta da quella dell'illecito come lesione di interessi, cfr. PETROCELLI,

Il carattere autonomo di una fattispecie è legato alla funzione incriminatrice della norma penale e alla sua capacità di fondare la punibilità del fatto descritto nel modello legislativo.

Ciò che determina la cd. "autonomia" di una fattispecie, in termini di tipicità, è allora l'autonomia del proprio fondamento normativo. E tale autonomia non potrà che essere ricavata dal nesso che essa suggella. Quando parliamo di "autonomia" di una fattispecie intendiamo dunque fare riferimento al carattere costitutivo del nesso precetto-sanzione interno alla norma penale.

Aderiamo, in questo, all'impostazione di Marcello Gallo, secondo il quale, con specifico riguardo al rapporto tra fattispecie e circostanze, ogni volta che un fatto base (un fatto cioè corrispondente alla fattispecie astratta) e un fatto accidentale vengono a realizzarsi, si verifica l'integrazione tra le due disposizioni ad essi soggiacenti, riguardanti l'una la definizione-descrizione di una certa situazione e, l'altra, la variazione delle conseguenze giuridiche che derivano dall'impatto di elementi accessori ed incidentali su quella certa situazione. Da tale integrazione si crea una norma nuova rispetto sia a quella che soggiace alla fattispecie base, sia a quella sottesa alla fattispecie circostanziata ([186]).

La conclusione a cui arriva Gallo - e che compendia la critica alle due ricostruzioni che hanno cercato di affidare la soluzione del problema alla teoria generale del reato - è che una volta detto che la norma fissa una relazione necessaria tra determinate condizioni e relative conseguenze, tutto ciò che incide sulle seconde modificherà anche le prime. E, tenuto conto che dalla combinazione delle proposizioni giuridiche che prevedono, rispettivamente, l'una la fattispecie base, e l'altra l'elemento aggiuntivo, si origina una terza norma diversa dalle prime due, già si è detto tutto. Il carattere eterogeneo della norma sorta da tale combinazione basta a decretarne il profilo di novità che essa compendia.

Il punto che rimane insoluto in tale ricostruzione, è stato osservato ([187]), è rappresentato dai termini, dagli indici in grado di stabilire la natura autonoma o meno della figura circostanziata. Dire che la figura circostanziata è "nuova" non dice

---

L'antigiuridicità, cit., pp. 99 e ss. Sull'aderenza forma-contenuto, anche CRISTIANI, *Considerazioni sullo studio della fattispecie legale oggettiva in Filippo Grispigni,* in *Studi in memoria di Filippo Grispigni*, Milano, 1956, pp. 257 e ss.

[186] GALLO, *Sulla distinzione, cit*., pp. 561 e ss.

[187] CONTENTO, *ult. op. cit*., pp. 16 e ss.

ancora molto sulla sua autonomia in termini di tipicità.

Il problema delle circostanze, dunque, lungi dal porsi nella teoria generale della norma, è semmai una questione ermeneutica, da risolvere sulla base di indici discretivi che l'ordinamento stesso sceglie a tale scopo ([188]).

Sul piano nella norma, che è quello che interessa alla nostra indagine, il problema delle circostanze è, in effetti, già risolto: esse sempre potranno considerarsi elementi costitutivi della fattispecie circostanziata. Ciò vale a maggior ragione rispetto ai casi "dubbi" indicati in precedenza ([189]).

Pur dando seguito alla tesi di Marcello Gallo ci siamo tuttavia domandati se l'aver dato risposta al problema della fattispecie circostanziata in termini di "diversità" e "novità" non sia già sufficiente a stabilirne l'autonomia: un'autonomia che solo la norma penale può decretare, e dunque, più a monte, il Legislatore.

---

[188] GALLO, *cit*., p. 566.

[189] L'idea che le circostanze incidano anche sulla qualità del fatto e non solo sulla sua quantità, è richiamata in ARDIZZONE, *Reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano, 1984, p. 114, nel lavoro del quale si legge che la tesi per cui esse inciderebbero solo ed esclusivamente sul versante *quantitativo* prende le mosse da una prospettiva di tipo funzionalistico che inquadra gli elementi del fatto in base agli effetti giuridici. Gli effetti giuridici derivanti dall'applicazione di una circostanza, sostanziantesi in un aumento o in un'attenuazione della pena-base, denunciano tuttavia un diverso valore attribuito al rapporto di condizionamento tra fattispecie e statuizione (per l'uso di tali termini, cfr. SCOCA, *Contributo*, *cit.* p. 7): questo rapporto non sarebbe il medesimo rispetto a quello sussistente tra fatto-base e pena-base, in quanto con la circostanza il valore attribuito al fatto-base cambia. In senso analogo, a proposito della difficile distinzione tra *quantità* e *qualità* CARRARA, *Programma, cit.*, p. 103 "*Tutte le circostanze che nel linguaggio pratico si dicono aggravanti nei delitti speciali non appartengono alla teorica del grado di delitto, ma della sua qualità e quantità … L'effetto di tali circostanze è quello di cambiare il titolo del delitto (sia che ne cambino il nome ordinario, sia che al nome ordinario portino l'adiezione di un predicato odioso) e così mutano la specie, cioè non la degradano nè l'aggravano. E' in questo senso che le aggravanti non appartengono alla teoria del grado. Ciò che aumenta la quantità del delitto cambia l'ente giuridico; ne fa diversa la specie. Il grado presuppone il mantenimento del titolo ordinario"*. La diversità di valore, osserva l'Ardizzone viene apprezzata sulla base di una valutazione *comparativa* fatta prendendo come riferimenti la pena-base e il fatto-base. Sennonchè si è osservato che non sarebbe corretto porre la connotazione funzionale delle circostanze in relazione con il reato semplice, affermando che queste lo rendono più o meno grave. Del reato-base non sarebbe, infatti, possibile affermare se sia o meno *grave*. La gravità è un giudizio relativo e quantitativo. Il reato semplice non può, per come è costruito (seguendo un modello classificatorio) accogliere al proprio interno valutazioni quantitative, condotte per *gradi.* La circostanza che accede al fatto-base viene semmai a costituire un'entità classificatoria nuova ed autonoma che esprima il suo specifico modo di essere: la sua oggettiva gravità o tenuità. Questa oggettiva qualificazione - questa sì, espressiva di una valutazione gradualistica - non sarebbe il frutto di un raffronto con il fatto concreto, bensì una precisa scelta del legislatore, sul piano astratto. E, mediante una qualificazione formale di gravità e tenuità, legittima il carattere autonomo di valore del fatto giuridico circostanziato. Ci pare che una riflessione analoga sia proposta anche da Paliero rispetto al reato bagatellare a conferma di una concezione che accoglie la teoria gradualistica nei limiti in cui questa trovi una formalizzazione legislativa, si veda PALIERO, *Minima, cit.,* pp. 658, ove si afferma che il profilo gradualistico dell'esiguità potrebbe assurgere a connotato tipizzante, per la costruzione di tipi bagatellari.

Osserva Gallo, infatti, che la diversità di una fattispecie rispetto ad un'altra – e più a monte, delle norme ad esse sottese - non dice ancora molto sulla loro presunta autonomia. La diversità tra le due fattispecie non toglie, infatti, che in un ordinamento l'una venga ritenuta autonoma e l'altra circostanziata.

Ciò significa che la diversità normativa, costruita sul nesso precetto-sanzione, non è sufficiente ad individuare forme autonome di tipicità e, quindi, che la tipicità stessa – che nella nostra ricerca abbiamo inteso costruire lungo il concetto di "autonomia" della norma penale incriminatrice – prescinde, secondo la ricostruzione in commento, dalla funzione di tutela della norma sottesa ad una fattispecie.

Ci sembra che il problema dell'autonomia di una fattispecie possa essere affrontato dunque in modi diversi, secondo come s'intenda il ruolo della sanzione nella determinazione della tipicità.

La tipicità, intesa come rappresentazione per "tipi", riguarda nel nostro ordinamento tanto le circostanze (benchè non tutte), quanto le fattispecie incriminatrici. Alla base di entrambe esse, peraltro, sul piano formale astratto, potremmo ipotizzare una norma dotata di proprio precetto e di propria sanzione.

La difficoltà di distinguere la funzione incriminatrice da quella commisurativa nelle ipotesi cd. "dubbie" deriva, quindi, dalla loro analoga struttura.

Il fatto che entrambe siano dotate degli elementi minimi che consentono alla norma penale di svolgere la duplice funzione conativa, almeno dal punto di vista formale-astratto, non permette di capire sulla base di quali criteri affermare che in un caso la fattispecie incide unicamente sulla sanzione, e nell'altro, identifica un reato.

Alla luce di questa ricostruzione neanche la tesi dell'accessorietà sanzionatoria ([190]) appare persuasiva: affermare, cioè, che la circostanza è senz'altro sottratta alla

[190] A proposito delle tesi sul fenomeno dell'accessione, riproponibile tanto sul piano precettivo, quanto su quello sanzionatorio, cfr. PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., pp. 190 e ss. La tesi per cui l'accessione avrebbe ad oggetto il precetto primario rivela a monte l'accoglimento della concezione imperativistica e anche un'idea casistica di comando "*pedissequamente atteggiato al contenuto delle varie circostanze*". L'indirizzo secondo il quale l'accessione tocca il precetto secondario è dotata di scarsa capacità esplicativa in quanto che il fenomeno accessorio tocchi l'aspetto normativo sanzionatorio è cosa ovvia. Cosa invece rimane vago è *come ciò possa avvenire lasciando inalterata la norma primaria, e come si attui l'inserimento concettuale della disposizione circostanziale nel multiforme potere-dovere giudiziale di applicare la pena* (p. 191). Sebbene in certe ipotesi la tesi possa effettivamente ritenersi calzante (per es. nei casi di figure circostanziali autonome), l'autore evidenzia che si tratterebbe semmai soltanto di un'incidenza logico-strutturale e non funzionale (non intacca cioè la profonda diversità di funzione che caratterizza la fattispecie autonoma incriminatrice e quella circostanziata).

funzione incriminatrice in quanto priva di una sanzione autonoma, e ciò perché la variazione sanzionatoria che essa introduce incide unicamente sulla sanzione della fattispecie principale e da essa dipende, lascia infatti insoluto il problema sul come stabilire l'autonomia o la dipendenza di una nuova cornice edittale rispetto ad un'altra, posto che sul piano astratto ogni cornice è in sé unica.

Constatato, quindi, che non sembra possibile rinvenire incontrovertibili differenze tra le ipotesi "autonome" e quelle "non autonome" né sul piano descrittivo (la tipizzazione delle circostanze non si distingue da quella delle fattispecie incriminatrici), né su quello strutturale (ad entrambe le ipotesi è sotteso un proprio precetto e ad ognuna corrisponde una cornice di pena), né, ancora – e ciò per ragioni di correttezza metodologica - su quello funzionale ([191]), ci pare che, sì, come avverte Gallo, l'autonomia sia in fondo una questione ermeneutica, ma vorremmo anche specificare che tale questione andrebbe proprio data per risolta dallo stesso Legislatore.

Le fattispecie dotate di proprio precetto e propria sanzione potrebbero già solo per questo essere valorizzate come fattispecie "autonome" e così concepite dal Legislatore nella costruzione della parte speciale.

Casi come quelli delle fattispecie qualificate potrebbero non dare adito a dubbi se la

---

[191] GALLO, *cit*., p. 563. Egli critica il criterio funzionale, in particolare il criterio del bene giuridico. Si è detto: ogni norma penale tutela un interesse; la circostanza è una disposizione accessoria, non fattispecie penale; la circostanza non muta il bene della fattispecie base a cui accede. In tutti i casi in cui ci si trovi di fronte a due proprosizioni normative in rapporto di specialità (per prevedere quella speciale un *quid pluris* rispetto alla struttura di quella principale), rimanendo inalterato il bene giuridico, ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi circostanziata e non autonoma. Per Gallo la ricostruzione più ficcante dell'ambito di tutela della norma giuridica è quella propugnata dal Rocco, per il quale la specifica oggettività giuridica delle singole norme s'individua facendo riferimento a ciascuno degli elementi costitutivi di cui le fattispecie si compongono, dunque soltanto prendendo come riferimento la norma penale, cfr. ROCCO, *L'oggetto*, *cit*., pp. 577 e ss. In senso analogo, a proposito del carattere *novatorio* immanente alle qualificazioni giuridiche, DELL'ANDRO, *La fattispecie, cit.,* p. 88. Egli afferma che la qualifica penale che investe il tutto si riflette sulle parti, sugli elementi semplici che compongono il tutto. In virtù di una "ragione unificante", attinente all'unicità del bene tutelato, la qualificazione opera una sintesi unitaria in cui ogni sua parte assume di riflesso, un diverso *significato*. Al mutare della combinazione degli elementi di fattispecie cambia il senso ad essa intrinseco: dunque il loro significato penale tipico (pp. 90-91). Con particolare riguardo al rapporto tra elementi essenziali e accidentali (p. 89, nota 19) si afferma che, posto che debba essere il legislatore a stabilire i criteri per differenziare le due categorie, si afferma che ove si prescindesse da tale differenziazione "ogni variazione *tipicamente rilevante* della fattispecie dovrebbe ritenersi modificante la sostanza lesiva del tipo". E' il legislatore tuttavia a decidere quale di queste variazioni assuma o meno *significato offensivo* ("*Non sono, invero, le modificazioni strutturali delle fattispecie che, per sé, a priori, acquistano significato offensivo. E' sempre la valutazione legislativamente tipica o giudiziale delle modificazioni strutturali capace di dare oppur no alle stesse modificazioni un particolare significato lesivo*").

loro conformazione venisse ritenuta già sufficiente a sciogliere ogni riserva sulla loro autonomia: esse sono dotate di proprio precetto e propria sanzione.
Proprio questo passaggio ci porta a riflettere sull'opportunità di risolvere tali questioni sul piano delle tecniche di tipizzazione.

5. *Conclusioni: sull'opportunità di risolvere il problema sul piano delle tecniche di tipizzazione.*

Potremmo immaginare, infatti, che il Legislatore possa fare a meno di dire quando una fattispecie è o meno autonoma (magari suggerendo all'interprete con indicazioni esplicite la natura di una descrizione legislativa, come accade nei casi in cui il termine "circostanza" viene riportato in modo espresso nel testo di legge). Egli potrebbe piuttosto assumere fin dal principio che ogni fattispecie a cui soggiace una norma penale corredata di proprio precetto e propria sanzione sarà, proprio per tale motivo, "autonoma".
E' per questo che il lavoro dedica attenzione alla valorizzazione delle sottofattispecie graduate come modelli per costruire fattispecie autonome.
In particolare, di essa riteniamo possa essere colto un duplice aspetto: l'uno legato al carattere "autonomo" della sottofattispecie, in quanto fondata su una norma penale a sé stante; l'altro riguardante il coefficiente gradualistico-comparativo di cui la stessa è espressione.
Se nella nozione ampia di fattispecie la sottofattispecie graduata rappresentava una delle molteplici declinazioni in essa tacitamente racchiuse, e costituiva in tal modo un parametro di comparazione "interno" alla fattispecie stessa, nel modello che proponiamo la sottofattispecie graduata potrebbe continuare a rappresentare uno strumento di comparazione, ma lo farebbe in modo espresso, cioè, nei termini di vera e propria fattispecie autonoma, posta in raffronto con altre fattispecie ad essa vicine, ciascuna dotata di una propria (e diversa) cornice edittale.
Queste, poste fra loro in rapporto sulla base di un criterio di gravità, potrebbero concorrere alla configurazione di un sistema normativo complesso, composto di plurime fattispecie, tutte accomunate dall'essere espressione dello stesso "tipo", ma diverse per gravità.

Tale modello ricalca quello già noto ai tedeschi, come "gruppo di fattispecie" (*Wertgruppen*) e impone, per essere implementato, una preliminare ricerca, sul piano empirico, dei settori rispetto ai quali può essere effettivamente utile ricorrervi (in genere negli ambiti di tutela ritenuti particolarmente rilevanti, ad esempio per i reati contro la vita e l'incolumità pubblica o per i reati contro il patrimonio) ([192]).

Il vantaggio di ricorrere ai gruppi di fattispecie potrebbe riverberarsi in sede di giudizio, in quanto l'interprete non solo sarebbe sottratto al problema di dover decretare la natura della fattispecie, ma potrebbe altresì, attraverso la diretta comparazione tra le plurime fattispecie, realizzare il principio di proporzione: in un sistema di tutela organizzato per gruppi di fattispecie, la pluralità di modelli normativi corredati da diverse cornici edittali assiste ed incentiva la comparazione tra casi simili e dunque la scelta della pena più adeguata. In uno schema simile la scelta del giudice dovrebbe ricadere unicamente sulla fattispecie da privilegiare al momento dell'accertamento (fase dinamica della tipicità) ([193]).

In alternativa a questo modello, potremmo tuttavia immaginare la stessa sottofattispecie come indice per la commisurazione della pena intraedittale.

Accordare rilevanza alla sottofattispecie in sede commisurativa significa ricorrervi come se si trattasse di un modello "esemplificativo" che permetta al giudice di orientare la propria valutazione all'interno della forbice edittale, assicurando una comparazione tra i molteplici livelli di gravità che un fatto può integrare, e così, l'individuazione della più idonea misura di pena ([194]).

In entrambi i casi rappresentati, sia che s'intenda il modello di sottofattispecie come fattispecie autonoma, sia che lo si voglia intendere come paradigma per la commisurazione, esso è diretto a declinare, secondo un andamento scalare, le

---

[192] Cenni in MELCHIONDA, *ult. op. cit*., pp. 326 e ss., il quale segnala che i *Tatbestandsgruppen* sono venuti ad affermarsi in quei particolari settori del diritto penale all'interno dei quali il legislatore non ha ritenuto opportuno limitare l'area di tutela di un certo bene giuridico alla previsione di un'unica fattispecie generale, preferendo affiancare ad un'ipotesi base una serie di altre fattispecie modificative (cd. *tatbestandliche Abwandlungen*), caratterizzate, sul versante contenutistico, dall'essere legate all'ipotesi base (cd. *Grunddelikt*) da un rapporto di specialità o per aggiunta o per specificazione; trattandosi d'ipotesi problematiche per loro natura ambigua, esse vengono sovente trattate, nella manualistica tedesca, nella parte dedicata al tipicità (al *Tatbestand*), cfr. ROXIN, *cit*., pp. 340 e ss.; JESCHECK-WEIGEND, *cit*., pp. 268 e ss. PREZIOSI, *ult. op. cit*., pp. 150 e ss.

[193] Più numerose sono le fattispecie riconducibili al medesimo tipo, più ristretto sarà il margine di discrezionalità giudiziale nella determinazione della pena: nella valutazione, più precisamente, delle diverse gradazioni di gravità, cfr. ZIMMERL, *Der Aufbau, cit.,* p. 66.

[194] In termini analoghi, ZIPPELIUS, *Die Verwendung, cit.*, pp. 234-235.

diverse forme di offesa astrattamente prospettabili in relazione ad una fattispecie base, con l'importante caratteristica per la quale, in entrambi i casi, tale modello potrebbe soddisfare le istanze di graduazione dell'illecito senza entrare in contrasto con il principio di legalità.

La sottofattispecie assumerebbe un carattere esemplificativo ([195]) capace di evidenziare il rapporto genetico (sostanziale) tra le fattispecie poste a confronto e allo stesso tempo preservare la loro indipendenza reciproca dal punto di vista strutturale.

La tecnica legislativa che più risponde a tale modello è quella tipologica ([196]), secondo la quale la fattispecie, lungi dall'essere pedissequa traccia della casistica legislativa, si palesa anzi come un „tipo" esplicativo dell'illecito in essa racchiuso.

Vedremo come tale modello sia già conosciuto all'ordinamento tedesco e come questo possa rappresentare, nelle ipotesi che abbiamo inteso tracciare, una risposta al problema della (indebita) commistione tra il piano della tipicità e quello della commisurazione.

La tecnica tipologica, di cui la creazione di fattispecie esemplificative è un segnale, si presta in effetti, per le caratteristiche che assume, ad essere alternativamente utilizzata nei termini che abbiamo proposto, in quanto pur non appiattendosi sul dato descrittivo, ed aprendosi, anzi, a considerazioni di matrice sostanziale, rimane tuttavia ancorata alla cifra formale dell'illecito, mediante la creazione di modelli conchiusi, di veri e propri nuclei di illiceità.

Vedremo come tale modello sia già stato adottato in Germania per la problematica tipizzazione di casi di particolare gravità relativi ad alcuni reati (ipotesi dunque formalmente rientranti nell'istituto, che noi definiremmo, delle "circostanze") e come tali modelli esemplificativi diano adito a dubbi sulla loro natura, non risultando chiaro, infatti, se si tratti di criteri di commisurazione o di vere e proprie fattispecie di reato.

---

[195] Come sinonimo di "esemplare", utilizziamo il termine per riferirlo alla conformazione per modelli chiusi: quella che potrebbero assumere le molteplici sottofattispecie (autonome) riconducibili ad un unico "tipo"; senza quindi, con tale termine, alludere alla esemplificazione "aperta" che, fra le tecniche di tipizzazione, apre notoriamente al rischio di estensioni analogiche.

[196] PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 1993, pp. 359 e ss.

Infine, non ci sembra un fuor d'opera, fare presente come la proposta innanzi illustrata, sull'alternativo utilizzo del modello della sottofattispecie graduata, possa affiancarsi alla riflessione, avanzata da parte della dottrina italiana ([197]), circa l'opportunità di un ripensamento dell'istituto delle circostanze, se non addirittura di un loro definitivo superamento.

In considerazione delle criticità che l'istituto solleva ([198]), unite a quelle del sistema sanzionatorio nel suo complesso ([199]), potrebbe rivelarsi interessante comprendere se

---

[197] Tra le voci favorevoli a soluzioni radicali dirette all'abolizione delle circostanze, cfr. AMARELLI, *ult. op. cit*., p. 2840, il quale riporta le posizioni di MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1997, p. 404; MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, 1993, p. 15; VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Agg. Vol. I, 2000, p. 51, il quale precisa, in particolare, che le circostanze potrebbero essere fatte confluire all'interno della commisurazione intredittale della pena, da un lato, in tutti i casi in cui il legislatore le abbia lasciate indefinite, e tra gli elementi costitutivi delle fattispecie di reato della parte speciale, laddove esse prevedano vere e proprie cornici edittali indipendenti, dall'altro. La definitiva trasformazione delle circostanze proprie in criteri fattuali di commisurazione intraedittale sancirebbe la definitiva espunzione delle circostanze dalla teoria generale del reato, per farli piuttosto a confuire nella fase di applicazione della pena. Così anche PULITANO', *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, 2010, pp. 701 e ss., il quale propone, in alternativa a quanto prospettato da Vallini, di ricorrere altresì ad una qualificazione delle tipizzazioni accessorie autonome all'interno delle medesime fattispecie a cui le prime di legano. Osserva l'Autore che le troppe ipotesi di fattispecie circostanziate autonome portano infatti a problemi di concorso. Per un quadro sul dibattito dottrinale sulle circostanze, AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato,* in *Quale riforma del codice penale*, a cura di C. Fiore - S. Moccia - A. Cavaliere, Esi, Napoli, 2009, pp. 186 e ss.

[198] Per una disamina critica, sia sul piano sostanziale che processuale, cfr. BASILE, *L'"enorme potere" delle circostanze sul reato: l'"enorme potere" dei giudici sulle circostanze,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2015, pp. 1743 e ss. Per un quadro sul tema e sulle problematicità ad esso sottese, tra i numerosi contributi dell'Autore, MELCHIONDA, *La disciplina italiana delle circostanze del reato, tra ambiguità storiche, disarmonie funzionali e prospettive di ricostruzione,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2016, pp. 253 e ss. e, ancora, MELCHIONDA, *Riforma del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico sistematici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1994, pp. 793 e ss. Sul contenuto dei progetti di riforma, in particolare, sulla relazione presentata dalla commissione ministeriale il 15 luglio 1999 relativa al Progetto Grosso PREZIOSI, *Osservazioni sul Progetto preliminare di riforma del Codice penale: le circostanze del reato e la commisurazione della pena*, in AA.VV. *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 2003, pp. 441 e ss. Anche DE VERO, *Osservazioni sui principi e sull'articolato delle disciplina delle circostanze del reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, pp. 405 e ss.

[199] Sul punto, PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 437. Anche BRUNELLI, *L'inasprimento delle pene nella legge Orlando: qualche rapsodico spunto di riflessione attorno ai minimi edittali, circostanze e a un legislatore che si veste da giudice*, in *Archivio penale,* 2018, pp. 11 e ss.

la risposta ai problemi legati all'eccesso di discrezionalità giudiziale possano essere, se non risolti, se non altro mitigati già in sede legislativa.

CAPITOLO TERZO

LA TECNICA DI TIPIZZAZIONE ESEMPLARE

1. Brevi ed essenziali cenni alla disciplina delle cause di modificazione della pena in Germania. - 2. Ipotesi „dubbie“ nel sistema tedesco: la loro riconducibilità alla cd. „sottofattispecie“. - 2.1. *Segue:* Le fattispecie dei gruppi di fattispecie. - 2.2. I *Regelbeispiele*. – 2.3. I punti di contatto tra le fattispecie dei “gruppi di fattispecie” e i *Regelbeispiele*. - 3. L’esemplificazione come modello tecnico-legislativo. - 4. I “sotto-tipi” nella teoria belinghiana: notazioni sintetiche sulla tipicità rispetto al rapporto tra precetto e sanzione. - 5. Il criterio tipologico come strumento che più si attaglia alla rappresentazione gradualistica della fattispecie. - 6. La dibattuta natura dei *Regelbeispiele* e la nozione ampia di *Tatbestand*. - 7. Bilancio sulle caratteristiche dei sistemi italiano e tedesco. – 7.1. *Segue:* Le „sottofattispecie“ esemplificative come strumento di chiarificazione formale sulla natura delle fattispecie dubbie e/o come alternativa ad alcune circostanze di reato. - 8. Conclusioni.

1. *Brevi ed essenziali cenni alla disciplina delle cause di modificazione della pena in Germania.*

Scorsi i tratti più significativi della teoria gradualistica e del concetto di sottofattispecie, cercheremo in questo prossimo capitolo di concentrare la nostra attenzione su alcune peculiarità del sistema tedesco che hanno sollecitato il nostro vivo interesse per essere, queste, parzialmente analoghe alle categorie che abbiamo in precedenza analizzato.

In particolare, tra gli aspetti che del sistema tedesco ci paiono significativi per avviare una riflessione critica su alcuni istituti nel nostro sistema, indichiamo, da un lato, il rapporto tra tipicità e commisurazione, e, dall’altro, alcune soluzioni di tecnica legislativa adottate dal legislatore tedesco per disciplinare specifiche ipotesi di reato, sia autonome che circostanziate.

Intento di quest’ultima tappa dell’indagine è, dunque, comprendere se tali aspetti possano rappresentare un valido spunto per tornare a riflettere sulla tipicità e sulla commisurazione della pena nel nostro ordinamento.

Vediamo in primo luogo i tratti essenziali del sistema tedesco in tema di commisurazione e circostanze.

A differenza del nostro sistema, l'ordinamento tedesco non conosce un'apposita disciplina delle circostanze. La rinuncia ad un'autonoma regolamentazione dell'istituto trova conferma nella mancanza di una sua espressa menzione nella parte generale del codice penale, trovando, piuttosto, prevalente spazio nella parte speciale di esso.

Tra le poche disposizioni di parte generale dedicate all'istituto trattato, tuttavia, si distingue il § 46 StGB „*Grundsätze der Strafzumessung*" ([200]), relativo agli indici di commisurazione – anche detti *Strafzumessungsregeln* o *Strafzumessungsgründe* – e solitamente posto in raffronto con l'art. 133 del nostro codice penale ([201]).

La disposizione richiamata assolve la duplice funzione di fornire al giudice non solo delle avvertenze di principio per la commisurazione della pena (il primo comma è esemplificativo in questo senso: „*Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*", cfr. § 46, Abs. 1 StGB) ([202]), ma anche dei riferimenti concreti e precipui per la valutazione del fatto e delle caratteristiche soggettive dell'autore ([203]).

Benchè si tratti di regole di commisurazione e come tali vengano trattate anche dalla dottrina tedesca, l'espressione codicistica, relativa al termine „*Umstände*" ([204]), letteralmente „circostanze", sembra fare più specifico riferimento agli elementi di fatto che costituiscono l'oggetto della stessa commisurazione.

---

[200] La scelta di introdurre questa disposizione nel codice tedesco, che ne era originariamente privo (lo StrGB del 1871 non conteneva, infatti, alcuna disposizione per la regolamentazione della discrezionalità giudiziale), fu presa con la prima legge di riforma del diritto penale del 25 giugno 1969 (in vigore dal 1 aprile 1970) accolta con pieno favore della dottrina. Sul punto DOLCINI, *La commisurazione*, *cit*., pp. 28-29.

[201] DOLCINI, *ibidem*; MELCHIONDA, *Le circostanze, cit*., p. 316.

[202] Ciò rappresenta un'importante differenza rispetto al nostro sistema ove l'esplicitazione del principio di colpevolezza, a governo della teleologia della pena, non compare. Si veda nuovamente DOLCINI, *ult. op. cit*., p. 37, ove si ricorda, peraltro, che in Germania l'estensione di tale principio alle cause di modificazione della pena è avvenuto dapprima con la riforma del § 13 RStGB e successivamente con la riforma del § 46 StGB. Sulle differenze tra il § 46 StGB e l'art. 133 c.p., cfr. anche PREZIOSI, *ult. op. cit*., pp. 224 e 230-231, il quale fa notare che mentre nel sistema tedesco la colpevolezza rappresenta il *fondamento* della sanzione penale, criterio dal quale il giudice non può prescindere per la commisurazione della pena, nel nostro ordinamento gli indici elencati nella disposizione sopra richiamata sono fattori dai quali *desumere* la gravità del reato: come se si trattasse di meri elementi "*esterni* e *disomogenei* al piano di valutazione della norma penale incriminatrice, strumentali all'esercizio della discrezionalità". Si tornerà sul punto nel § 7 di questo capitolo.

[203] Le molteplici „circostanze" (*Umstände*) che il giudice è chiamato a soppesare si risolvono in moventi e scopi dell'agente, atteggiamento interiore del medesimo, grado di antidoverosità della condotta, modalità esecutive e le conseguenze del fatto colpevolmente cagionate, vita *ante acta* dell'agente e condotte postdelittuose. Rinviamo per la versione madrelingua al testo della disposizione.

[204] Più precisamente "*Tat-Umstände*", sul punto SPENDEL, *cit*., p. 221

Tali circostanze di fatto sono peraltro richiamate dalla disposizione relativa all'errore (§ 16 StGB „*Irrtum über Tatumstände*") che evidentemente non distingue le circostanze di fatto riguardanti la pena da quelle integranti elementi essenziali di fattispecie ([205]).

All'ampiezza del termine, entro il quale le due categorie di elementi finiscono per essere parificate, si accompagna peraltro la previsione di un medesimo regime di imputazione, aspetto, questo, senza dubbio peculiare ed interessante, soprattutto se posto a confronto con la disciplina del nostro sistema (artt. 59-60 c.p.) ([206]).

Ad arricchimento della normativa sulle „circostanze", il codice penale tedesco prevede altresì una disposizione specifica per le cause legislative di attenuazione della pena (§ 49 StGB „*Besondere gesetzliche Milderungsgründe*"), destinata a trovare applicazione in tutte le ipotesi non diversamente disciplinate.

Predeterminando essa l'entità della diminuzione applicabile per tutti i casi di silenzio legislativo, la disposizione in parola rappresenta una soluzione tecnica ausiliaria e residuale, diretta ad assicurare una tendenziale uniformità delle variazioni di pena, in tutti i casi non regolati espressamente ([207]).

---

[205] Sebbene il riferimento alle circostanze di fatto, in tedesco *Umstände*, sia generalmente inteso in relazione agli elementi costitutivi, alcuni autori hanno attribuito al termine il diverso significato di vere e proprie circostanze, per le quali, per il vero, la denominazione tradizionalmente adottata è *Strafänderungsgründe,* ad indicare tutti gli elementi caratterizzati *ex lege* da una specifica efficacia aggravante o attenuante (rispettivamente *Schärfungsgründe* e *Milderungsgründe*). Con riferimento, in particolare, al § 16, Abs. 2 StGB, contenente la disciplina di erronea supposizione di "circostanze" che integrano la disposizione di una fattispecie meno grave, si è infatti giudicato più opportuno parlare di *strafmildernde Umstände,* cfr. CRAMER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, *§ 16 StBG*, 29. Auflage, München, 2014. L'equiparazione tra elementi costitutivi ed elementi circostanziali non dovrebbe essere pertanto ritenuta "piena", in quanto, per interpretazione dottrinale unanime, la disposizione vanterebbe effettivo significato solo rispetto a quegli elementi che concorrono a determinare la manifestazione esterna e materiale di un certo fatto *"das äußere Erscheinungsbild der Tat"*, dovendosi pertanto escludere dall'ambito semantico del termine tutto quanto non concorra all'*objektiver Unrechtsgehalt der Tat* (ad esempio i coefficienti psichici suscettibili di essere valutati anche al di fuori di un vero e proprio problema d'imputazione), sul punto cfr. MELCHIONDA, *cit*., p. 340.

[206] MELCHIONDA, *cit*., p. 318. Si ricorda che con la legge 7 febbraio 1990, n. 19, intitolata "*Modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale e destituzione dei pubblici dipendenti*" il legislatore è intervenuto sul regime d'imputazione delle circostanze, in particolare su quelle aggravanti, passando dal modello oggettivo a quello soggettivo, con fissazione del coefficiente minimo colposo.

[207] Ciò accade rispetto ad istituti fra loro molto variegati, di cui troviamo elencazione in MELCHIONDA, *cit*., p. 321; fra questi, ricordiamo § 27, Abs. 2 StGB *Beihilfe*, con riferimento alla complicità; § 28, Abs. 1 StGB *Besondere persönliche Merkmale*, con riferimento alla partecipazione dell'*extraneus* ad un reato proprio; § 30, Abs. 1 StGB *Versuch der Beteiligung* sulla tentata compartecipazione; § 35, Abs. 2 StGB *Entschuldigender Notstand,* sull'errore sullo stato di necessità scusante, casi, tutti questi, rispetto ai quali la rilevanza del § 49 StGB è prevista in via automatica ed obbligatoria. Assume un rilievo solo facoltativo, per contro, nei casi di cui ai paragrafi § 13, Abs. 2

Tutto quanto, in concreto, possa determinare una modificazione della cornice edittale è, infine, prevalentemente contenuto nella parte speciale del codice penale, ove, in corrispondenza delle singole fattispecie, trovano menzione e disciplina gli elementi accessori che introducono gli effetti aggravanti e/o attenuanti della pena.

Il sistema di disposizioni contenute nel codice penale tedesco segue quindi modalità tecniche parzialmente analoghe a quelle che contraddistinguono le circostanze „speciali" nel nostro ordinamento: gli elementi che apportano una modificazione della pena rispetto ad una determinata fattispecie di reato ricollegano tale variazione all'integrazione di elementi di eterogeneo contenuto (diversi per il disvalore che esprimono) ([208]).

Le cause modificative della pena in Germania concorrono all'individuazione di un diverso margine di pena: più precisamente, esse determinano il passaggio dalla cornice edittale ordinaria (*ordentlicher Strafrahmen* o *Regelstrafrahmen*), prevista per il reato-base, ad un margine straordinario (*außerordentlicher Strafrahmen*), loro proprio ([209]).

Tali modificazioni della pena – suddivise, a loro volta, in aggravanti (*Strafschärfungsgründe*), e attenuanti (*Strafmilderungsgründe*), sulla base della consueta ripartizione fondata sugli effetti della pena - sono solitamente raccordate alla cornice edittale prevista per la fattispecie di reato originaria (*Grunddelikt*) attraverso la fissazione, per esempio, di un diverso limite minimo o un diverso limite massimo di pena. Ma possono altresì – anzi, per lo più - individuare una cornice edittale indipendente, del tutto svincolata da quella ordinaria (*Sonderstrafrahmen*).

Mentre nel primo caso si potrà verificare una parziale sovrapposizione tra le cornici ordinaria e „modificata", nella seconda ipotesi si avranno, invece, due fattispecie distinte, ciascuna dotata di propria cornice di pena: in particolare, alla fattispecie-

---

StGB *Begehen durch Unterlassen*, relativo ai reati commissivi mediante omissione; § 23, Abs. 2 StGB *Strafbarkeit des Versuchs*, sulla punibilità del tentativo; § 17 StGB *Verbotsirrtum*, con riguardo all'errore evitabile sul precetto; § 21 StGB *Verminderte Schuldfähigkeit*, sulla semimputabilità; § 35, Abs. 1 StGB, *Entschuldigender Notstand* che disciplina il reato commesso in stato di necessità scusante dal soggetto responsabile della situazione di pericolo e gravato dall'obbligo di esporsi al pericolo.

[208] Così MELCHIONDA, *ult. op. cit*., p. 320.

[209] Per una sintetica ricognizione del sistema tedesco con riferimenti bibliografici, cfr. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., pp. 268 e ss. (in nota nr. 84).

base dotata di propria cornice edittale, si affianca una fattispecie „modificativa“ o „qualificata“ ([210]), a fondamento della quale vi è una cornice edittale „speciale“.

Per quanto le cause di modificazione della pena attengano al versante della commisurazione della pena e della discrezionalità giudiziale, non è raro che il tema venga affrontato, nella manualistica tedesca, nell'ambito della più ampia trattazione relativa al *Tatbestand*, entro, cioè, la *Tatbestandslehre.*

Ciò accade perchè, soprattutto con riferimento alle ipotesi in cui le cause di modificazione della pena concorrono all'individuazione di una nuova cornice di pena e sono poste a fondamento di fattispecie „nuove“ e ulteriori rispetto a quella originaria, si potrebbe ritenere che esse, lungi dall'intervenire unicamente sulla misura sanzionatoria, contribuiscano piuttosto a riscrivere la tipicità del reato-base, configurando un nuovo modello di illecito, speciale rispetto al primo.

Esse sono costruite, cioè, come ipotesi speciali (cd. *Sondertatbestände* o *tatbestandliche Abwandlungen*), dette anche „qualificate“ o „privilegiate“, secondo gli effetti aggravanti o attenuanti da esse previste (denominate, quindi, rispettivamente *Qualifizierungsgründe,* e *Priviligierungsgründe*), poste a tutela di specifiche categorie di beni giuridici.

In corrispondenza di particolari settori, ritenuti più meritevoli di tutela – si pensi alla disciplina a difesa dei beni della vita, dell'incolumità personale e del patrimonio, a titolo di esempio ([211]) - il legislatore tedesco ha fatto uso di tali fattispecie „speciali“ per la creazione di gruppi di fattispecie o *Tatbestandsgruppen* ([212]).

Tale tecnica si sostanzia nella previsione di una fattispecie-base (*Grunddelikt*), alla quale vengono affiancate numerose altre fattispecie modificative – tutte espressione

---

[210] In BRICOLA, *ult. op. cit*., p. 268, l'effetto meramente modificativo della pena viene associato in particolare alle cause di modificazione della pena indefinite (*unbennante Strafänderungsgründe*), rispetto alle quali, si afferma, sarebbe quasi inutile, sul piano pratico, distinguerle dai fattori di commisurazione della pena (§ 46 StGB). Potrebbero, invece, assumere una funzione qualificatoria le cause di modificazione della pena definite (*bennante Strafänderungsgründe*): esse verrebbero, cioè, ad integrare elementi qualificatori di nuove fattispecie penali.

[211] Ovvero i *Tötungsdelikte* (§§ 212 e ss.), *Körperverletzungstaten* (§§ 223 e ss.) e il *Diebstahl* (§§ 242 e ss.). Per questi gruppi di fattispecie vale in genere la regola per cui, nel dubbio circa la loro natura di *Abwandlungen* o di *Sonderdelikte*, debba essere scelta la prima soluzione, così MAURACH-ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Heidelberg, 1992, p. 290.

[212] Sulla *ratio* della tutela sistemica e "per gruppi di fattispecie", v. MELCHIONDA, *cit.,* p. 326. L'Autore evidenzia come questa tecnica venga a corrispondere, in altri ordinamenti, con la previsione di fattispecie-base e con la congiunta configurazione di circostanze ad essa correlate (si veda riferimento § 5 Cap. II).

delle diverse modalità di offesa ad un medesimo bene - caratterizzate o dall'aggiunta di nuovi elementi costitutivi o dalla specificazione di quelli originari.

Benchè la dottrina si trovi concorde nel ritenere che questi *Sondertatbestände* rappresentino fattispecie senz'altro diverse rispetto a quelle originarie, e ciò in quanto le specificazioni o le aggiunte contenute nelle fattispecie derivate costituiscono un *aliquid novi* rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie-base (secondo gli effetti si avranno *qualifizierende* o *priviligierende Abwandlungen*), rimane tuttavia ancora incertezza sull'autonomia delle predette fattispecie: esse possono in effetti configurare, alternativamente, ipotesi di modificazioni del reato base (*unselbständige Abwandlungen*) ([213]) – da intendere, quindi, come veri e propri elementi della fattispecie originaria, *Tatbestandsmerkmale* ([214]) - oppure autonome fattispecie di reato (*eigenständige Verbrechen*) ([215]).

Per quanto sul punto avremo modo di tornare, il rilievo appena fatto permette di riflettere sul margine di analogia rispetto ai problemi che anche il nostro ordinamento conosce con riguardo alle fattispecie „dubbie".

Le questioni sulla natura di un elemento – sulla sua appartenenza al *Tatbestand* legale o alla discrezionalità giudiziale - ricorrono nel sistema tedesco anche rispetto ad ulteriori ipotesi, per certi versi più ambigue di quelle appena tratteggiate.

---

[213] Si tratta cioè di *unselbständige Abwandlungen* che prevedono unicamente elementi ulteriori rispetto a quelli disciplinati nella fattispecie-base, alla quale rimangono tuttavia legate. Sono pertanto da tenere distinte rispetto ai *delicta sui generis* o *eigenständige Verbrechen,* che, pur rappresentando tipi criminosi limitrofi a quelli delle fattispecie base, sono, per contro, da ritenere non solo strutturalmente "separati" ma anche sostanzialmente autonomi, sul punto JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil,* Berlin, 1996, p. 268. La differenza tra *unselbständige Abwandlungen* (o *Erscheinungsformen*) ed *eigenständige Verbrechen* risulta essenziale alla determinazione della diversa disciplina sulla comunicabilità delle circostanze ai concorrenti (sul punto MELCHIONDA, *cit.*, p. 326), rinviamo al § 2.1. di questo Capitolo.

[214] L'appartenenza delle *tatbestandliche Abwandlungen* al *Grundtatbestand* appare evidente dal riproporsi (sul piano legislativo e, di conseguenza, anche interpretativo) degli elementi di fattispecie nelle sue declinazioni speciali, qualificate e/o privilegiate, v. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1994, p. 276. Il loro carattere "derivato" ci avverte della sostanziale dipendenza delle *unselbständige Abwandlungen* dalla fattispecie-base di cui sono declinazione. In questo senso EISELE, *cit*., p. 7 il quale afferma che tali fattispecie dovrebbero essere trattate come elementi del *Tatbestand "die den jeweiligen Grundtatbestand modifizieren und demgemäß als unselbständige Abwandlungen einzustufen sind. Die Abhängigkeit vom Grunddelikt wird dabei – anders als beim delictum sui generis – nicht aufgehoben, sondern es wird durch Hinzufügen weitere Merkmale ein rechtlich verbindliches Stufenverhältnis geschaffen".*

[215] MELCHIONDA, *cit*., p. 328, in cui si evidenzia come rispetto a queste ipotesi dubbie possa costituire un problema distinguere tra *unselbständige Erscheinungsformen* (forme di manifestazione di reato come derivazioni di fattispecie originarie) e *delicta sui generis.*

Se i tratti ambivalenti dei gruppi di fattispecie risiedono nel legame di appartenenza che lega tra loro le diverse rappresentazioni criminose ([216]), esistono nel sistema tedesco altre configurazioni la cui ambivalenza deriva dalla modalità della previsione legislativa.

Le cause di modificazione della pena, distinguibili, come visto, in aggravanti e attenuanti, possono essere infatti suddivise in plurime ulteriori categorizzazioni, fondate sul diverso grado di precisione e completezza della tipizzazione legislativa ([217]), ed essere in tal modo distinte in *benannte Strafänderungsgründe* (cause di modificazione della pena definite) ([218]) e in *unbenannte Strafänderungsgründe* (cause indefinite) ([219]).

Queste ultime ipotesi sono rappresentate da un ampio insieme di disposizioni di parte speciale che regolano la variazione aggravante o attenuante della cornice di pena prevista per il reato originario (fattispecie-base), e possono assumere diverse sfumature d'intensità ([220]).

---

[216] Legame di specialità sul versante strutturale e di sostanziale omogeneità sul versante contenutistico, legato al bene giuridico, sul punto CLASS, *Darstellung*, *cit*., pp. 19 e ss.

[217] THEUNE, in *Vor §§ 46-50*, Leipziger-Kommentar, 12. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, p. 1054. La variazione del compasso edittale da essi prevista è poi rilevante ai fini della natura dell'illecito (cfr. § 12, Abs. 3, StGB) nonchè ai fini del regime della prescrizione (§ 78, Abs. 3 StGB).

[218] In queste ipotesi il legislatore provvede ad una tipizzazione totale, ad una descrizione completa e tassativa dell'elemento che introduce una variazione di pena; ne costituiscono un esempio i §§ 224, Abs. 1 StGB; § 260, Abs. 1 StGB; § 250, Abss. 1-2 StGB; § 315, Abs. 3 StGB. In queste ipotesi il giudice è tenuto ad applicare le variazioni edittali previste dalle fattispecie, soltanto (e necessariamente) allorquando ricorrano in concreto gli elementi circostanziali ivi rappresentati: si tratta, dunque, di casi vincolanti e obbligatori. Essi possono incidere sulla natura della fattispecie-base al punto di determinare se si tratti di delitto o contravvenzione (come indicato in precedenza, § 12, Abs. 3 StGB), come potrebbe essere il caso del § 226, Abs. 1 -2 StGB in relazione alla fattispecie di cui al § 223 StGB, e risultano sia dalla diversa gravità dell'illecito che dal diverso grado di colpevolezza (o di entrambi). A fianco di queste ipotesi particolari e circoscritte, il codice penale tedesco ne prevede altre, generali (*allgemeine Erschwerungs- oder Minderungsgründe*), che, intervenendo sulla quantità di pena, non sono in grado tuttavia di modificare la natura dell'illecito (di nuovo, § 12 Abs. 3 StGB), in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2014, p. 734.

[219] La categoria degli *unbennante Strafänderungsgründe* è limitata alle sopra indicate formule normative (vere e proprie clausole generali), e sono normalmente fondate su di un'obbligatoria variazione della pena prevista per il reato-base, essendo, per contro, meno frequenti i casi d'incidenza meramente facoltativa (tra cui ad esempio § 90, Abs. 2 StGB, che, nel disciplinare il vilipendio al Presidente della Repubblica Federale, prevede che "in minder schweren Fällen *kann* das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2), wenn nicht die Vorraussetzungen des § 188 erfüllt sind". Risulta dubbia in dottrina la loro natura giuridica, con particolare riguardo alla loro ascrivibilità alla sfera della commisurazione legale della pena o a quella più strettamente giudiziale: *Strabemessungsgründe* ovvero *Strafzumessungsgründe*.

[220] In senso aggravante, esistono i "casi gravi", cd. *schwere Fälle* e i casi particolarmente gravi, cd. *besonders schwere Fälle*. In senso attenuante, si hanno i *minder schwere Fälle* e i cd. *besonders leichte Fälle*, cfr. BRICOLA, *cit*., p. 268.

La più pregnante di esse, per le ipotesi aggravanti, trova espressione nei casi di particolare gravità, denominati *besonders schwere Fälle*. Sebbene, come indicato in nota, esista un corrispettivo anche per le ipotesi attenuanti, è solo ai primi che intendiamo, tuttavia, fare riferimento.

La categoria delle cause di modificazione della pena indefinite è risultata controversa non soltanto in rapporto al principio di legalità (Art. 103, II GG), rispetto al quale la mancanza di qualsivoglia tipizzazione si pone in evidente contrasto, ma anche con riguardo ai profili che di seguito vedremo.

La maggior parte degli *unbenannte Strafänderungsgründe* nell'attuale disciplina codicistica è infatti congiunta alla elencazione casistica di fattispecie esemplificative (cd. *Regelbeispiele*), introdotte al precipuo scopo di orientare il giudice nella valutazione dei casi particolarmente gravi ovvero di lieve gravità, altrimenti priva di riferimento.

La vaghezza delle clausole in parola è stata compensata dall'impiego sempre più frequente di queste elencazioni, soprattutto a partire dal Dopoguerra, per mezzo del quale l'intervento legislativo ha potuto realizzare un più compiuto contenimento del potere giudiziale, divenuto del resto autentico arbitrio durante il periodo nazionalsocialista ([221]).

A corredo delle tradizionali forme indefinite, il legislatore tedesco ha quindi provveduto ad inserire specifiche tipizzazioni – vere e proprie cause „definite" di modificazione della pena ([222]) – dirette a fornire al giudice criteri-guida univoci per valutare in quali situazioni rinvenire un caso di particolare gravità o di lieve tenuità.

Sebbene l'intento del legislatore sia apparso condivisibile, il risultato ottenuto ha tuttavia originato un vivace dibattito, non ancora esauritosi, sulla natura giuridica delle fattispecie esemplificative.

---

[221] EISELE, *Die Regelbeisielmethode im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 2004, p. 18. Ci sono sette casi attualmente nel codice penale tedesco in cui i *besonders schwere Fälle* non sono seguiti dalle relative esemplificazioni (§ 102, Abs. 1; § 106, Abs. 3; § 107, Abs. 1; § 108, Abs. 1; § 109e, Abs. 4; § 176, Abs. 3; § 212, Abs. 2 StGB): la mancanza di una diretta esplicitazione dei casi esemplari è da ricondurre al fatto che si tratta di ipotesi anomale che divergono in maniera significativa dalla regolarità dei fenomeni. I *minder schwere Fälle* invece sono praticamente sempre innominati (con la sola eccezione del § 213 StGB). In generale queste ipotesi vengono ricondotte alle regole di commisurazione della pena previste al § 46 St GB (*Strafzumessungsregeln*).

[222] MELCHIONDA, *cit*., p. 323.

Esse assumono, infatti, aspetti peculiari ed ambigui, in quanto, pur essendo poste in relazione ad una formula sanzionatoria ampia e vaga, il tenore della quale risulta essere sempre: *„ein besonders schwerer Fall (ein minder schwerer Fall) liegt in der Regel vor“*, esse assumono, tuttavia, una struttura simile a quella dei „tipi“ criminosi che connotano le fattispecie incriminatrici costruite sul modello „tipologico“.

Cercando di trarre qualche spunto da questa sommaria ricognizione delle linee essenziali della disciplina delle circostanze del sistema tedesco, constatiamo che in esso la definizione della misura sanzionatoria segue essenzialmente due diversi binari: il primo, relativo alla determinazione della pena-base, è tracciato dagli indici di commisurazione intraedittale di cui al § 46 StGB, il cui ricorso è governato dal principio di colpevolezza; il secondo, relativo, oltre che alla determinazione della misura in sensi ampio della pena, anche alla scelta della cornice sanzionatoria corrispondente al livello di gravità raggiunto dal fatto, corre, invece, lungo le disposizioni di parte speciale, le quali, a loro volta, introducono due diverse questioni problematiche.

La prima, di carattere più generale, riguarda gli estremi della distinzione fra reato-base (*Grunddelikt*), variazioni modificative di fattispecie (*tatbestandliche Abwandlungen*) e titolo autonomo di reato (*eigenständiges Verbrechen* o *delictum sui generis*) ([223]) – questione che tende ad affiorare in corrispondenza dei gruppi di fattispecie.

La seconda, attinente ai soli *unbenannte Strafänderungsgründe* corredati dai *Regelbeispiele*, tocca il rapporto tra le clausole generali di particolare gravità ovvero lieve entità – la cui indefinitezza rappresenta il segnale più evidente dell'appartenenza dei casi „particolarmente gravi“ o „di lieve entità“ alla sfera della discrezionalità giudiziale – e le tipizzazioni esemplificative, strutturate come veri e propri „tipi“ criminosi.

---

[223] MELCHIONDA, *cit*., pp. 402 e ss. il quale illustra come la genesi del *delictum sui generis* non sia del tutto chiara. Forse recepita dal dibattito francese nella prima metà del Novecento, la definizione di questo particolare modello di fattispecie veniva utilizzata per fare riferimento a figure di reato che, in quanto fondate sulla punizione di mere condotte di attentato, venivano escluse dall'ordinario ambito applicativo della disciplina sul tentativo. Sul tema anche HILLEBRAND, *Nochmals: das eigenständige Verbrechen. Ein überflüssiger Begriff?*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1956, pp. 1268 e ss.; SCHNEIDER, *Das eigenständige Verbrechen - ein überflüssiger Begriff*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1956, pp. 702 e ss.

2. *Ipotesi „dubbie“ nel sistema tedesco: la loro riconducibilità alla cd. „sottofattispecie“.*

Dopo un fugace inquadramento delle caratteristiche più significative che connotano il sistema tedesco in tema di circostanze, e senza poter estendere in questa sede l'analisi ad approfondimenti sulla casistica, rileviamo in questo paragrafo i tratti di ambiguità dei modelli del codice tedesco descritti sopra, cercando di cogliere punti di contatto ed i comuni aspetti problematici tra le fattispecie speciali raccolte nei gruppi di fattispecie, da un lato, e le fattispecie esemplificative, comprese all'interno delle cause di modificazione della pena indefinite introduttive di casi di particolare gravità o di lieve entità, dall'altro.

Cercheremo, cioè, adottando la terminologia tedesca più adeguata alla trattazione del problema, di rilevare i profili che accomunano le problematicità sottese ai *Sondertatbestände* dei gruppi di fattispecie e quelle sottese ai *Regelbeispiele* in rapporto ai *besonders schwere Fälle* (d'ora in avanti *b.s.F.*).

2.1. Segue: Le fattispecie dei gruppi di fattispecie.

Rispetto al primo ordine di ipotesi abbiamo già anticipato che le difficoltà che hanno impegnato il dibattito in dottrina sono legate all'individuazione dei margini di autonomia fra le molteplici fattispecie.

Il problema di queste tipologie criminose risiede nella difficoltà di definire univocamente la natura autonoma o dipendente della fattispecie presa in esame, analogamente a quanto accade nel nostro ordinamento con riferimento alle ipotesi „qualificate“ ([224]).

---

[224] Il problema della distinzione non è poco significativo, rilevando questa ai fini dell'applicazione, tra i molteplici istituti, di quello relativo alla comunicabilità, fra più compartecipi, di particolari caratteristiche personali (§ 28 StGB). La disciplina del § 28 StGB, sui *Besondere persönliche Merkmale* si gemma in due disposizioni, la prima delle quali (Abs. 1) prevede che al compartecipe che risulti privo delle qualifiche soggettive che fondano la punibilità venga applicata l'attenuazione di cui al § 49 StGB. La seconda invece afferma che le circostanze soggettive che aggravano, attenuano o escludono la pena sono considerate solo con riguardo al compartecipe a cui sono riferite (Abs. 2). Si comprende come la considerazione della qualifica soggettiva, alternativamente come elemento costitutivo di fattispecie o come circostanza *lato sensu* incidente sulla pena, possa condurre ad esiti alternativi, di non poco significato. Sul punto, profusamente, MELCHIONDA, *cit*., pp. 329 e ss. Le ricadute dell'individuazione della natura delle fattispecie inserite nei gruppi di fattispecie concernono

L'ambivalenza delle fattispecie del gruppo di fattispecie risiede nel fatto che esse, per un verso, sono rappresentazione di un disvalore sostanzialmente unico e comune a ciascuna di esse, con la conseguenza che queste assumeranno tratti di somiglianza sul piano dei „contenuti"; per altro verso, sono formalmente distinte e fra loro spesso in rapporto di specialità ([225]).

Per proporre qualche esempio, si faccia il caso delle fattispecie di omicidio, regolate nel codice penale tedesco da plurime disposizioni: al delitto di omicidio doloso, di cui al § 212 StGB (*Totschlag*) - da considerarsi la fattispecie principale a fondamento del Titolo XVI, dedicato ai reati contro la vita - si affiancano i delitti di omicidio colposo, di cui al § 222 StGB (*Fahrlässige Tötung*); di assassinio, di cui al § 211 StGB (*Mord*); e di omicidio del consenziente, di cui al § 216 StGB (*Totschlag auf Verlangen*).

Mentre rispetto alla prima ipotesi di omicidio colposo la dottrina è unanime nel ritenere che si tratti di *delictum sui generis*, si registrano divergenze di opinioni con riguardo alle altre fattispecie, suscettibili di essere configurate, a parere di parte della dottrina, come mere variazioni non autonome della fattispecie originaria di omicidio.

In tutte le ipotesi in cui il Legislatore non abbia specificato la natura della fattispecie, il distinguo potrà alternativamente correre lungo criteri formali o sostanziali ([226]), dei quali già abbiamo avuto occasione di trattare nel precedente capitolo.

---

tuttavia anche il concorso di norme ed il concorso di persone, nonché l'istituto del tentativo, dei quali diamo in questa sede mera indicazione.

[225] Sul tema, cfr. HAFFKE, *Delictum sui generis und Begriffjurisprudenz*, in *JuS* 1973, pp. 402 e ss. il quale, nel trattare del *delictum sui generis*, avverte che il concetto può ricomprendere le forme di manifestazione del delitto base (tentativo, concorso di persone) e, altresì, le ipotesi circostanziate: sia quelle in rapporto di perfetta specialità rispetto alla fattispecie-base (*Grunddelikt*), in quanto la prima contenga *in toto* la seconda con aggiunta di elementi ulteriori, sia quelle contenenti elementi ulteriori rispetto alla fattispecie base, in assenza, tuttavia, di un rapporto di specialità. Ciò vale a dimostrare la difficoltà di differenziare la natura delle fattispecie in questione.

[226] Per un esempio dell'uno e dell'altro tipo di criteri facciamo preliminare riferimento a NAGLER, *Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, pp. 365 e ss. il quale ci illumina su un aspetto non secondario nella trattazione del problema: per l'Autore il carattere "autonomo" di una fattispecie è ricavato dalla capacità di questa di "affrancarsi" dal disvalore espresso dalla fattispecie originaria e rendersi da essa indipendente, come *Unrechtstypus* a sé stante: "*Der neue Tatbestands- und Unrechtstypus trennt sich so als Verbrechenseinheit von verwandten Erscheinungen und tritt zu ihnen in die Beziehung der Spezialität*". Proprio il carattere "speciale" che lega le fattispecie, seppur non incidendo sulla loro reciproca autonomia, rappresenta però anche un segnale evidente circa l'esistenza di un rapporto di "sostanziale pertinenza" del disvalore dell'una fattispecie rispetto al disvalore dell'altra; e ciò anche nelle ipotesi in cui il legislatore chiarifichi la natura autonoma di un elemento: "*Die rechtlich-technische Verselbständigung der Tatbestände hat freilich ihre Grenzen. Die wenigstens z.T. bestehende Substanzgleichheit zwischen dem eigenständigen Verbrechen und dem Grunddelikt wird sich immer fühlbar machen; der gemeinsame Unterbau lässt sich nicht verleugnen*" (p. 366).

2.2. I Regelbeispiele.

Per quanto concerne, invece, le modificazioni della pena relative ai casi di particolare gravità o di lieve entità, congiunti alle tipizzazioni esemplificative, occorre in primo luogo precisare che queste fattispecie non sono vincolanti (*nicht abschließend*).
Trattandosi di casi esemplificativi di ipotesi di reato particolarmente gravi, tendenti a presentarsi secondo l'*id quod plerumque accidit* (*"in der Regel"*), essi non devono essere necessariamente presi in considerazione dal giudice per la valutazione del fatto che integra l'aggravante e per la sua conseguente applicazione ([227]).
Le fattispecie esemplificative hanno solo un'efficacia indiziante, come confermato dal fatto che il giudice potrebbe ravvisare la sussistenza di un *b.s.F.* nonostante il mancato realizzarsi di alcun *Regelbeispiel* descritto nella disposizione o, alternativamente, non applicare la cornice edittale prevista per il caso di particolare gravità nonostante il ricorrere di un caso esemplare ([228]).

L'Autore, quindi, aderisce in linea di principio ad un criterio positivistico, fondato sul dettato legislativo, ma valorizza anche l'aspetto "sintetico-valoriale" legato al contenuto delle fattispecie, come se l'unità e l'autonomia di un modello normativo non precludessero la valutazione di tale ulteriore profilo: *"Aus der Wertsynthese entsteht ein rechtliches Einheitsgefüge neuen Wertranges"*. Egli sostiene che le ipotesi meramente modificative o dipendenti sono caratterizzate dalla variazione delle sole modalità di condotta, dovendo la „novità" essere rappresentata, piuttosto, dal mutamento del più complesso assetto del reato (del suo significato antigiuridico): *„Sie (die Rechtsquelle) wird ein eigenständiges Verbrechen formulieren, wenn sie das unter Strafdrohung zu stellende Verhalten wegen der Sonderart des Rechtsbruchs als eigentümlichen Unwert empfindet; dagegen wird sie eine blosse Qualifizierung des Grundtatbestandes, also die Spezialisierung der Strafaktion verfügen, wenn sie wegen der Modalität der tatbestandsmäßigen Handlung, bloss den regelmäßigen Strafschutz für unangemessen hält"*. Il problema della distinzione, ci sembra risiedere, alla luce di quanto esposto, nell'*Unwertgehalt* di una fattispecie. La domanda è come determinare quest'ultimo senza passare dalla considerazione degli stessi elementi costitutivi di fattispecie, dalla sua struttura e dalla modalità di condotta ivi rappresentata. Per l'Autore i casi ambigui dovrebbero essere risolti con uno strumento interpretativo che prescinde dalla conformazione formale della fattispecie – mediante, dunque, la consueta e ormai nota inversione – e partendo, sempre, da una presunzione di qualificazione, cioè di "dipendenza". A dimostrazione dell'approccio adottato nell'affrontare il problema, riportiamo un ultimo stralcio del contributo, a tenore del quale: "*Abweichungen müßen angesichts des nämlichen Grundgedankens immer in den erklärten Rechtswillen der Volksführung ihre Rechtfertigung finden*" (p. 367). Rimette unicamente al legislatore la definizione della natura delle fattispecie, DOHNA, (GRAF ZU), *Die gesetzliche Strafzumessung*, in *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform,* 1943, p. 141. Sul rapporto di accessorietà che avvince le fattispecie "qualificate" a quelle principali, e sul suo fondamento contenutistico-sostanziale, cfr. CLASS, *Darstellung*, *cit*., p. 13. Per un approccio formale e aderente alla proposizione normativa, MOHRBOTTER, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Form und Stoff bei der Änderung strafrechtlicher Rechtssätze (§2 StGB),* in *Juristenzeitung*, 1977, pp. 54 e ss.

[227] In ciò le ipotesi esemplificative si distinguono dai *Qualifikationstatbestände*: le prime non sono vincolanti *"nicht abschließend, sondern führen nur "in der Regel" zur Anwendung des Sonderstarfrahmens"*. EISELE, *cit*., pp. 18-19.

[228] EISELE, *cit*., p. 18. Può essere, infatti, che nonostante il mancato realizzarsi dei presupposti per la configurazione di un caso esemplare, sia tuttavia possibile, sulla base di una valutazione globale delle

Stante la piena discrezionalità con cui il giudice può configurare la sussistenza di un caso di particolare gravità, la maggior parte della dottrina, sulla scia di una giurisprudenza quasi unanime, annovera queste fattispecie fra le regole di commisurazione.

Non solo la loro previsione assume il valore di una mera indicazione con valenza sussidiaria (si tratta in fondo di mezzi di ausilio per il giudice nella scelta della cornice edittale), ma sono altresì introdotte da una formula indefinita, alla quale vengono solitamente ritenuti legati ([229]).

---

altre caratteristiche del caso concreto (cd. *Gesamtwürdigung*), giudicare positivamente la sussistenza di caso di particolare gravità con applicazione di una cornice più ampia di pena. Sul concetto di *Gesamtwürdigung*, cfr. DREHER, *cit*., pp. 226 e ss. In senso critico con riguardo a questo modo di procedere alla commisurazione della pena, BRUNS, *Über die „Bewertungsrichtung" negativ formulierter Strafzumessungstatsachen,* in *Juristische Rundschau*, 1987, pp. 89 e ss.

[229] KASTENBAUER, *Die Regelbeispiele im Strafzumessungsvorgang – dargestellt am Beispiel des Diebstahls in einem besonders schweren Fall,* München, 1986, pp. 121 ss., il quale, a proposito della relazione tra *b.s.F.* e *Regelbeispiele*, elucida i diversi orientamenti della dottrina, sostanzialmente divisi lungo due alternativi percorsi: secondo un primo indirizzo le figure normative tratteggiate in simili ipotesi sarebbero connotate da reciproca indipendenza e autonomia, anche in considerazione della somiglianza rispetto ai *Qualifikationstatbeständen* (Braunsteffer, Dreher, Stoeckel). Per un secondo e diverso indirizzo, fondato sul principio per il quale "Sosein *kann nicht vom* Dasein *getrennt werden*", i secondi non potrebbero che condividere la natura e la disciplina dei primi, così lo stesso Autore, p. 125: "*Als Ergebnis können wir daher festhalten, daß die R. das rechtliche Schicksal der b.s.F. notwendig teilen und nicht gerade getrennte Gegenstände darstellen*"), affiancandosi a Callies, Wahle, Zipf, Schröder. Sul tema anche EISELE, *cit*., p. 162. La parte della letteratura che propende per una separazione, lo fa argomentando che ciò varrebbe senz'altro per quelle ipotesi in cui il *b.s.F.* è obbligatorio, mentre il *Regelbeispiel* è non vincolante: in quei casi, cioè, in cui il giudice, verificata la sussistenza di un caso particolarmente grave, deve applicare la modificazione della pena prevista dal legislatore per il ricorrere del *b.s.F.*, potendo tuttavia prescindere dalla considerazione del concreto caso descritto nel *Regelbeispiel*. Inoltre, ma solo per quei *b.s.F.* non accompagnati dalla elencazione dei *Regelbeispiele*, per i quali tuttavia la clausola generale venga espressa in modo esemplificativo („*beispielhaft erläutert"*), la dottrina tende a ricondurre al *Tatbestand* gli elementi legislativamente previsti che illustrano esemplificativamente una *Generalklausel*, e la *Generalklausel* generica/ale entro la *Strafzumessungsregelung* (così, per esempio, per il § 241a, Abs. 4 StGB). Nel caso del ricorso alla elencazione esemplificativa, l'accertamento delle fattispecie esemplificative seguirà un modello logico-sussuntivo: „*Soweit der Gesetzgeber benannte Merkmale zur Erläuterung der Generalklausel verwende, übe der Richter bei deren Feststellung Subsumptionstätigkeit aus und befinde sich daher im Bereich der Schuldfrage. An der Wirkung der Generalklausel ändere sich dadurch aber nichts Grundlegendes, außer „daß die benannten Umstände eine wesentliche Orientierungshilfe für die zusätzlichen unbennanten Umstände sein können und ein wenig an Rechtssicherheit durch deren tatbestandliche Normierung auch auf jene überstrahlt*" (p. 165). L'indirizzo opposto a questo appena esposto afferma, invece, che la tecnica esemplificatoria condivide la stessa natura della *Generalklausel*. Il loro legame sarebbe linguistico e tecnico-legislativo ("*sprachlich und gesetztechnisch"*) ed essi sarebbero da considerarsi "*wertgleich*". E' ciò che sostiene Schröder, pensando alle conseguenze asimmetriche ed incongruenti che deriverebbero sul piano, per esempio, del tentativo, se *Generalklausel* e *Regelbeispiele* seguissero sorti distinte: considerando il *b.s.F.* diverso dal corrispondente caso esemplare, la punibilità del tentativo di realizzare un *Regelbeispiel* divergerebbe da quella per il tentativo di realizzare un caso di particolare gravità, cfr. SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung,* in *Festschrift für E. Mezger,* München-Berlin, 1954, pp. 415 e ss.

Ponendo momentaneamente da parte l'indefinitezza delle formule che sorreggono ed introducono i *Regelbeispiele*, gli aspetti problematici di queste figure normative dovrebbero semmai essere ricondotti a due ulteriori e diversi aspetti, rispetto ai quali il profilo della determinatezza linguistica appare, per il vero, successivo.

Il primo di essi riguarda la tecnica di tipizzazione di questi modelli normativi, fondata sul metodo tipologico, il quale certamente si lega al tenore linguistico e alla chiarezza delle formule impiegate per la descrizione delle fattispecie, ma, prima ancora, afferisce al modo di "isolare", sul piano legislativo, una fattispecie dall'altra, di rappresentare, cioè, iconograficamente l'illecito per enuclearlo e distinguerlo dagli altri tipi criminosi ad esso simili e vicini.

Il secondo aspetto concerne, invece, l'effettivo valore della "scelta" giudiziale di ritenere sussistente un caso di particolare gravità: quando il giudice accerta positivamente la sussistenza di un *Regelbeispiel* e valuta altresì opportuno porre tale accertamento a fondamento dell'applicazione della cornice edittale prevista per il caso di particolare gravità, egli non soltanto commisura ed irroga una pena più grave, bensì sceglie una cornice edittale diversa da quella prevista per il reato base.

Pare che l'operazione che compie il giudice, in casi come questo, assuma le vesti di un accertamento anche qualificatorio, oltre che commisurativo.

Nella scelta di adottare una cornice di pena lontana e diversa da quella prevista per il reato-base, e ciò sulla base della sussistenza di un caso esemplare, il giudice effettua una selezione anche del tipo di illecito a cui questa cornice si associa ([230]).

---

[230] La riflessione è qui introdotta superficialmente, ma attiene più nello specifico a ciò che più oltre inquadreremo come concetto ampio di commisurazione. La particolare conformazione del sistema tedesco per quanto concerne la regolamentazione delle cause modificative della pena autorizza a pensare che in Germania la commisurazione si estenda anche alla scelta delle cornici di pena, così in PREZIOSI, *cit*., p. 157: il quale, a sua volta riporta le parole di Bruns: "*Strafrahmenwahl und Strafzumessung unterscheiden sich danach nicht strukturell, sondern bilden hintereinander geschaltete Phasen der Strafhöhenbestimmung",* da BRUNS, *Leitfaden des Strafzumessungsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980, pp. 42. (che citiamo *de relato*, non essendo stato oggetto di analisi nel nostro lavoro). A proposito della struttura del ragionamento che il giudice compie allorquando debba essere accertata la sussistenza di un *Regelbeispiel*, cfr. EISELE, *cit*. pp. 191 e ss. Mentre, infatti, per gli elementi costitutivi del *Tatbestand* o con riferimento alle fattispecie autonome (tra cui l'Autore annovera anche le *Qualifizierungsgründe*) si procede secondo la sussunzione logica, per l'accertamento dei *b.s.F*. nonché dei *Regelbeispiele*, si registra una maggiore flessibilità (se non altro perchè i primi possono sussistere anche in assenza dei secondi o essere esclusi pur in loro presenza): l'approccio in questi casi viene definito „*Regel/Ausnahme-Denkweise*". La tecnica dei *Regelbeispiele* tocca, proprio per queste ragioni, i temi sensibili del divieto di analogia, da un lato, e dell'obbligo di motivazione del giudice, dall'altro, ai quali facciamo in questa sede fugace cenno.

2.3. I punti di contatto tra le fattispecie dei "gruppi di fattispecie" e i Regelbeispiele.

Quanto appena descritto accade rispetto a tutte le tipizzazioni, interne al codice, che segnalano la scelta del legislatore di aderire ad un metodo di differenziazione legale delle cornici di pena, per la creazione di "fasce di gravità" in relazione ad un medesimo tipo di reato ([231]).

Il fenomeno accomuna non solo le fattispecie esemplificative, ma anche le fattispecie dei gruppi di fattispecie.

Tale rilievo costituisce il fulcro del problema che stiamo affrontando: l'operazione che il giudice compie quando il riferimento normativo alla stregua del quale valutare il caso concreto è un *Sondertatbestand* o un *Regelbeispiel* si rende ambigua perché viene a svolgersi in relazione a modelli normativi in cui la cornice edittale speciale diviene strumento per la graduazione scalare di un medesimo tipo di illecito, nonchè riferimento sanzionatorio di fattispecie speciali rispetto al reato principale, ciascuna rappresentativa di una diversa soglia di gravità. In questo scenario, infatti, risulta meno evidente se il giudizio dell'interprete sia riferito all'accertamento della conformità del fatto al *Sondertatbestand* – e dunque ad una declinazione del tipo d'illecito diversa dall'illecito principale - o se debba ritenersi, piuttosto, rivolto al mero apprezzamento della gravità del fatto che integra la fattispecie di reato principale, alla luce del *Sonderstrafrahmen* introdotto dalla previsione modificativa della pena-base.

Ci sembra che le peculiarità dei modelli legislativi sopra richiamati trovino un punto di contatto nella tecnica dell'esemplificazione normativa.

Non è un caso che chi fra i primi si è dedicato al tema delle tecniche esemplificative, Adolf Wach ([232]), ne abbia sostenuto la fondatezza e l'utilità per coordinare le fattispecie riconducibili al medesimo "tipo" e suscettibili di rilevare non solo sul piano della discrezionalità giudiziale, come variazioni, cioè, idonee ad incidere sulla

---

[231] PREZIOSI, *cit*., p. 157.

[232] WACH, *Legislative Technik,* in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Allg. Teil, VI Band, 1908, p. 37, il quale introduce la riflessione sull'opportunità di ricorrere alla tecnica esemplificativa per trasformare i presupposti delle fattispecie caratterizzate da effetti aggravanti e attenuanti, dotati di efficacia vincolante e obbligatoria, in meri esempi utilizzabili dal giudice per una più agevole individuazione concreta delle ipotesi di minore o maggiore gravità a cui avrebbe dovuto essere collegata una diversa cornice di pena. Tra gli antesignani, tuttavia, si ricorda il Mittermaier, riportato in MELCHIONDA, *cit*., p. 381, nota 178.

sola gravità della pena relativa alla fattispecie originaria, ma anche sul piano della tipicità, come fattispecie autonome e potenzialmente concorrenti.

Il Wach vide, infatti, nella tecnica esemplificativa una soluzione potenzialmente efficace alle problematicità legate al concorso di norme e al rapporto tra tipicità e commisurazione.

Ulteriore conferma del legame che intercede tra le due alternative configurazioni ci deriva, altresì, dalla circostanza per la quale il legislatore tedesco ha utilizzato gli stessi elementi per descrivere, in alcuni casi, i *Regelbeispiele* e, in altri, i *Qualifizierungsgründe* ([233]).

La fungibilità delle due tecniche di tipizzazione – o meglio, la considerazione per la quale si tratterebbe, per il legislatore, di forme di tipizzazione fra loro fungibili – è dimostrata dal fatto che dopo l'intervento della Sesta Riforma al codice penale tedesco molte ipotesi prima tipizzate secondo la *Regelbeispielstechnik* sono state riformulate secondo il modello dei *Qualifikationstatbestände* e viceversa: è il caso, per esempio, del reato di violenza sessuale, di cui al § 177, Abs. 6 StGB (*Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*), attualmente regolata con la tecnica esemplificativa ([234]).

Se è vero che la genesi dei casi esemplari è in parte legata alle riflessioni sulla disciplina delle circostanze nel sistema tedesco – *rectius*, alle riflessioni su come poter più efficacemente regolamentare le cause di modificazione della pena, in rapporto alle fattispecie di parte speciale – reputiamo che ciò possa rappresentare la conferma di quanto sostenuto in precedenza: i casi problematici tedeschi affiorano, analogamente a quanto evidenziato anche rispetto al nostro sistema, in corrispondenza dei "sottotipi", o, se si preferisce, delle cosiddette "sottofattispecie".

In corrispondenza, cioè, di quelle tipizzazioni che si manifestano nelle vesti di "variazioni" sulla tipicità originaria, introduttive di cornici di pena diverse.

Prima di comprendere in che modo e per quali ragioni la tecnica tipologica assuma il valore di conduttore tra tipicità e commisurazione – e quindi possa essere vista,

---

[233] EISELE, *cit*., p. 172.

[234] EISELE, *cit*., p. 173. Questa interscambiabilità si mostra anche con riguardo al reato di furto, di cui al § 243 StGB (*Diebstahl*), cui è toccata la stessa sorte; ma si veda anche § 330 StGB (*Besonders schwerer Fall einer Unweltstraftat*). Nonostante siano molteplici gli esempi dai quali poter trarre la *Austauschbarkeit* tra modelli esemplari e fattispecie qualificate, l'Autore pone in rilievo le differenze tra le due specie di configurazioni: i primi indiziano la modifica in senso più grave della pena; i secondi la fondano nella sostanza.

alternativamente, o come metodo legislativo problematico o, al contrario, come valido strumento di tipizzazione – ci sembra importante, in primo luogo, fare un breve cenno al connotato che permette di distinguere tale tecnica dalle altre con essa solitamente raffrontate; in secondo luogo, riflettere sui riferimenti teorico-dogmatici dai quali tale tecnica possa dire di aver trovato ispirazione; e, in ultima battuta, verificare se questo modello di tipizzazione possa intervenire per un più efficace dispiegamento del rapporto tra precetto e sanzione, soprattutto pensando a quali utilizzazioni possano di esso essere fatte nell'ambito della creazione delle fattispecie, siano esse di reato o modelli di commisurazione.

3. *L'esemplificazione come modello tecnico-legislativo.*

La "Exemplifikationsmethode" ([235]) è comunemente descritta dalla dottrina come una soluzione mediana tra le tecniche ([236]) fondate sulle clausole generali ([237]),

---

[235] EISELE, *cit*. p. 14. Per un esame sulle differenze tra i modelli esemplificativo, casistico e quello ispirato alla "Generalisierung", cfr. SCHEFFLER, *Die Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2006, pp. 766 e ss. L'Autore è critico verso la tecnica di tipizzazione esemplare e, aderendo al pensiero di Hirsch, fa notare (p. 789) che quasi nessun Paese ha inteso accoglierla: qualche traccia affiora nel codice penale svizzero, con riguardo alla fattispecie di riciclaggio "*Geldwäscherei*", Art. 305bis, Ziff. II, Abs. 2 Schw. StGB e agli Art. 272, Ziff. 2 Schw. StGB (*"Politischer Nachrichtendienst"*) e Art. 185, Ziff. 3 Schw. StGB (*"Geiselnahme"*). A questi pochi casi si affiancano altri espedienti di tipizzazione, relativi all'ordinamento austriaco e polacco, non esattamente qualificabili come "esemplificativi", ma ad essi simili per lo spirito "elencatorio" (a denominazione del quale l'Autore ricorre alla fomula colloquiale di *"Schrottschusstechnik"*). Per le critiche al metodo esemplificativo cfr. HIRSCH, *Die verfehlte deutsche Gesetzesfigur der „besonders schweren Fälle",* in *Festschrift für K.H. Gössel*, Heidelberg, 2002, p. 298 e 302. Sulla tecnica in parola rinveniamo qualche cenno altresì, per quanto concerne il nostro ordinamento, nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/4.6. relativa ai *Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali* (spec. p. 19), ove viene posta in luce la differenza tra elencazione tassativa ed esemplificativa, nonché, relativamente a questa seconda tecnica, l'ulteriore distinzione tra l'esemplificazione "pura" ed "esplicativa", secondo che essa sia o meno provvista del richiamo ad un'espressione concettuale sintetica della realtà analiticamente ma incompletamente rappresentata dall'elencazione. Sui contenuti della Circolare, PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri,* in *Cassazione penale,* 1987, pp. 230 e ss.

[236] Nel dedicarci all'analisi di alcuni contributi sulla tecnica legislativa nel sistema tedesco è stato possibile imbattersi in un vero e proprio filone letterario, non a caso denominato con l'espressione "*Gesetzgebungslehre*" (dottrina della legislazione), in parte scoperto dalla lettura del contributo di CERVATI, *Metodi e tecniche della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in *Foro italiano,* 1985, pp. 281 e ss. L'attenzione rivolta alla funzionalità tecnica della legislazione è fiorita soprattutto nella cultura tedesca post-illuministica – trovando, ad esempio, fonte d'ispirazione nel principio di *Zweckrationalität*, attribuito da Max Weber alla legalità e all'amministrazione dello Stato moderno – e ha permesso di affrontare tale tematica con un approccio teorico-scientifico diretto alla sua razionalizzazione, affrancandola dalla sua considerazione meramente pratica, cfr. sul punto FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1994, pp. 36 e

ispirate alla *Generalisierung* ([238]), e le tecniche casistiche, tendenti a riproporre sul piano legislativo la molteplicità delle varianti occorribili sul piano empirico ([239]).

Le predette soluzioni legislative si sono avvicendate nel tempo, attraversando fasi di progressivo sviluppo, a partire dal codice tedesco del 1871, d'ispirazione liberale, alle variazioni più recenti inserite nella nuova codificazione.

Mentre il pregresso codice tendeva ad un'esasperata casistica, nel periodo weimariano della prima metà del secolo scorso si accentuò invece il ricorso alle

---

ss. Tra i contributi più interessanti, SCHNEIDER, *Gesetzgebung. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1982, in particolare §§ 2, 3, 4, 12, 13, dedicati al giusto bilanciamento tra astrazione e tecnica casistica, e alla comprensibilità del testo legislativo, in termini linguistici e stilistici; anche SCHULZ VON THUN, *Können Gesetzestextes verständlicher formuliert werden?* in *Studien zur einer Theorie der Gesetzgebung*, hrgs. J. Rödig, Berlin-Heidelberg-New York, 1976, pp. 433 e ss. Sembra assumere una prospettiva pratico-funzionale, nella trattazione del metodo legislativo, BELING, *Methodik, cit.,* pp. 15 e ss.. Adotta un approccio formale, per contro, GUTHERZ, *Studien zur Gesetztechnik,* I, Frankfurt am Main, 1908, p. 55, per il quale l'ordine logico tra norma e scopo (ivi denominati, rispettivamente, *Recht* e *Zweck*) non può essere invertito. Ancora BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kommunikationsprozess. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre*, Baden-Baden, 1977, del quale abbiamo apprezzato l'attenzione per il legame tra la formulazione legislativa e applicazione della legge, posta a premessa del lavoro dell'Autore (pp. 133-4) e, ancora, GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre*, in *JuS*, 1978, pp. 8 e ss. Tra i contributi italiani, cfr. ABAGNALE, *Tecniche legislative: prime affermazioni su alcune esperienze straniere*, in *Le regioni*, 1985, pp. 241 e ss. che apre un quadro comparato con l'esperienza britannica e statunitense e GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa,* in *Le regioni*, 1985, pp. 236 e ss. (con più specifico riferimento agli elenchi e alle esemplificazioni legislative). Mentre i contributi sopra citati affrontano il problema sul versante linguistico, e guardano, quindi, alla costruzione linguistica del precetto, in altre trattazioni la tecnica legislativa viene associata alla costruzione complessiva della fattispecie, e dunque, assunta come mezzo per la costruzione di modelli normativi, specificamente destinati a determinati ambiti di disciplina e di tutela, così in PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, pp. 17 e ss.

[237] NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973, pp. 13 e ss. In senso critico HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933, pp. 66 e ss.; dello stesso tenore anche CLASS, *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für Schmidt*, Göttingen, 1961, pp. 123 e ss. Evidenzia la pericolosità di tale tecnica se adottata nella parte speciale del codice penale, CONTENTO, *Clausole generali e regole d'interpretazione "come principi di codificazione"* in *Scritti 1964-2000,* Roma-Bari, 2002, pp. 304 e ss.

[238] WACH, *cit*., p. 38; CLASS, *Generalklauseln, cit*., pp. 123 e ss. Esse vengono definite come una *Gesetzesfassung* "*die mit großer Allgemeinheit einen Fallbereich erfasst und der rechtlichen Behandlung zuführt*", EISELE, *cit*., p. 13; cfr. CLASS, *Darstellung*, *cit*., pp. 39 e ss. Sulle difficoltà di definire con precisione il termine „clausola generale", anche HAFT, *Generaklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht*, in *JuS*, 1975, pp. 477 e ss. (in particolare p. 479).

[239] Per evidenziare i problemi (a volte paradossali) che la tecnica casistica incontra viene citato l'art. 243 StGB sul *Diebstahl*. La fattispecie è mutata nel 1969 (a seguito della prima riforma del codice penale) strutturandosi secondo la *Regelbeispieltechnik*. In generale, il difetto più evidente della tecnica casistica è l'estrema rigidità. In particolare, poi, si riscontrano la lacunosità ("*Lückenhaftigkeit"*) e l'implicazione del ricorso all'analogia ("*Analogie Gebrauch"*), v. CLASS, *Darstellung, cit.,* p. 40. Nonostante la riconosciuta garanzia di certezza assicurata da questa tecnica legislativa, fu osservato come questa potesse altresì rivelarsi foriera di sostanziale ingiustizia, cfr. RADBRUCH, *Die gesetzliche Strafänderung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T. vol. III, Berlin, 1908, pp. 189 e ss.

clausole generali e a soluzioni improntante all'estrema accentuazione della discrezionalità giudiziale ([240]).

Solo nel Dopoguerra, dapprima con i lavori del Berliner Juristentag del 1955 ([241]), poi con la riforma del 1969, si potè assistere ad un vasto incremento della tecnica dei *Regelbeispiele*, introdotti a sostegno delle cause di modificazione della pena indefinite (*unbennante Strafänderungsgründe*) ([242]).

Gli intendimenti del periodo post-bellico erano comprensibilmente orientati ad un recupero dei principi democratici e al ripristino del retroterra liberale e legalitario del diritto.

In questo rinnovato clima culturale l'esemplificazione venne a rappresentare un rimedio di „rinforzo" capace di accomunare in un unico paradigma l'ampiezza e la flessibilità di cui sono naturale espressione le clausole aperte e l'aderenza al dato empirico di cui la casistica è rappresentazione.

Il criterio tipologico permette infatti di affrancare la rappresentazione legislativa dalla rigidità del descrittivismo elencatorio, per indirizzarla, per contro, alla enucleazione di forme di disvalore, ciascuna perspicua ed individualmente riconoscibile.

---

[240] Sulla "*Hochflut*" delle clausole indifinite, cfr. MAIWALD, *Zur Problematik der „besonders schweren Fälle" im Strafrecht,* in *Neue Zeitschrift für Strafrecht,* 1984, pp. 433 e ss. Per un'analisi casistica, cfr. MILLETAT, *Die "besonders schwere Fälle" im Entwurf eines Gesetzbuches (StGB) E 1962*, Diss., Berlin, 1965, pp. 7 e ss.

[241] Sul punto PREZIOSI, *cit*., p. 164. In tale sede si veniva a proporre: un restringimento delle cornici edittali, in modo che nè la misura massima, nè la misura minima potessero rimanere escluse da una loro concreta applicabilità; costruzione delle fattispecie in modo da evitare ampie escursioni di pena; eliminazione dall'impianto codicistico delle aggravanti innominate (*b.s.F.*), così come di tutte le aggravanti di parte generale, ad esclusione della sola aggravante generale per il delinquente abituale; previsione, per i casi di aumento della normale misura di pena, di un'elencazione di *Regelbeispiele* vincolanti; espunzione dalla parte generale e dalla parte speciale del codice di casi di minore gravità o di circostanze attenuanti; affermazione della dipendenza dei casi più o meno gravi di una fattispecie dalla fattispecie stessa; esclusione della menzione dei criteri di commisurazione dalle disposizioni di parte generale del codice, con trasferimento degli stessi nelle previsioni legislative di parte speciale, a corredo delle cornici edittali di pena delle singole fattispecie, nella forma delle singole aggravanti o attenuanti.

[242] Tra gli ulteriori interventi di riforma, successivi a quelli sopra indicati, si ricorda anche la Sesta Riforma al codice penale, entrata in vigore il 1 Aprile 1998, per essere questa intervenuta, nell'ambito di un più esteso progetto di revisione del sistema sanzionatorio, su diverse fattispecie ricomprese tra i delitti contro il patrimonio e i delitti contro la vita e l'incolumità personale, tra le quali si annoverano plurime fattispecie qualificate ed esemplificative. Per i dettagli di contenuto sul progetto legislativo, cfr. FREUND, *Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts. Eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1997, pp. 455 e ss.

La minore rigidità del criterio in parola non collide tuttavia con la sua attitudine „classificatoria“, orientata alla distinzione formale di ipotesi tra loro diverse ([243]).

4. *I "sotto-tipi" nella teoria belinghiana: notazioni sintetiche sulla tipicità rispetto al rapporto tra precetto e sanzione.*

Come già visto in precedenza ([244]), la raffigurazione di tipi accessori, declinati come "sotto-casi" della fattispecie originaria, trovava già spazio nel pensiero di Beling che distingueva tra condotte integranti il *Verbrechen*, in quanto conformi al *Tatbestand* legale, e condotte non integranti il *Verbrechen*, in quanto non comprese nel modello astratto di fattispecie, e tuttavia indirettamente tipiche (*"tatbestandlich"*).
Abbiamo altresì visto come queste ipotesi di tipicità derivata siano state denominate "complementari" e "secondarie" (secondo una formulazione risalente, esse integrerebbero, infatti, le condotte accessorie, cosiddette *Nebenhandlungen*) e come siano state ricondotte alla zona marginale della fattispecie principale (*Aussenzone*), entro la quale confluiscono le manifestazioni concrete – e, tuttavia, atipiche - del fatto.
L'aspetto che della trattazione di Beling vorremmo qui sottoporre ad analisi riguarda la ricostruzione della tipicità da Egli proposta in rapporto alla sanzione, soprattutto alla luce delle peculiarità delle fattispecie accessorie, le quali dipendono, sia sul versante precettivo, sia su quello sanzionatorio, dalla fattispecie originaria.
Analizzando il pensiero dell'Autore, si comprende come secondo la Sua ricostruzione il concetto di tipicità, indicato con il termine *Tatbestandsmässigkeit*, sia del tutto diverso da quello di „autonomia“ o individualità della fattispecie, a cui ci pare che Egli associ, invece, il diverso termine *Typizität* ([245]).
Nella parte dell'opera dedicata all'analisi della sanzione Egli afferma che l'individualità dei *Tatbestände* non può essere riconosciuta dalla loro struttura, in quanto il legislatore non è gravato dall'obbligo di „marcare“ i *Tatbestände* come tipici („*als typisch zu markieren*“).

---

[243] Si rinvia al Capitolo I.
[244] Cfr. Capitolo II, § 2.2.
[245] Si tratta, a ben vedere, delle due accezioni di tipicità: quella dinamica, relativa alla conformità al tipo e quella statica relativa alla rappresentazione astratta della fattispecie. Si rinvia al § 5, Cap. I.

L'interprete sarebbe in grado di distinguere i presupposti della sanzione dotati di carattere *tatbestandlich* – quelli, cioè, che possono essere ricondotti alla fattispecie legale - sulla base di una valutazione, piuttosto, di tipo, si direbbe, sostanziale.

Si afferma, infatti, che gli elementi del *Tatbestand* si riconoscono da tutti gli altri elementi del reato - tra i quali Egli riporta, a titolo di esempio, la colpevolezza, e le condizioni obiettive di punibilità – in quanto espressione del *Verbrechenstypus*, o meglio, del suo disvalore.

Ma con la constatazione che un elemento assume carattere *tatbestandlich* non è ancora detto che questo venga tratto a fondamento di un autonomo *Verbrechenstypus*, potendo anzi risultare conforme ad una sua forma di manifestazione (letteralmente *„eine tatbestandliche Spielart"*).

Per discernere allora il caso di un elemento riconducibile al *Tatbestand* autonomo da quello relativo ad una sottofattispecie accessoria occorre partire dalla sanzione, in quanto essa sola indizia l'autonomia della fattispecie ([246]).

Il Beling attribuisce chiaramente alla minaccia sanzionatoria la qualifica di „indizio" della tipicità (*Strafdrohung als Indiz der Typizität*) ([247]), specificando che ciò vale con solo riguardo alle minacce di pena cd. „principali", le uniche in grado di fondare la punibilità astratta del fatto.

Nella ripartizione che fa l'Autore, infatti, le previsioni sanzionatorie non sarebbero tutte funzionalmente omogenee: solo alcune di esse, definite *Grundstrafdrohungen*, possono costituire condizione fondamentale della punibilità, nonchè criterio di individuazione del reato in senso stretto e formale.

Le altre sanzioni, denominate „relative" (le cosiddette *relative Strafdrohungen*), non danno invece origine a tipi criminosi autonomi ([248]), in quanto sorrette da norme

---

[246] Aspetto diverso dall'autonomia della sanzione e dei suoi presupposti è poi quello dell'interna unità di entrambi essi. Una *Grundstrafdrohung* non sempre è suscettibile di essere individuata dall'univocità del parametro linguistico che la descrive. Può essere, infatti, che ciò che dall'esterno appare un'unica sanzione (*Grundstrafdrohung*), in realtà racchiuda numerose e diverse previsioni sanzionatorie: "*Aus der sprachlichen Einmaligkeit der Straffassung darf man also nicht ohne weiteres darauf schliessen, daß nur ein Verbrechenstypus durch sie gedeckt sei", da* BELING*, cit.,* pp. 270-271). Il problema in questi casi è quello di capire se ci si trova di fronte a plurime fattispecie o ad una sola: ossìa di fronte ad una *Tatbestandseinheit* o ad una *Tatbestandsmehrheit*. Contestualmente il Beling esclude che la soluzione al problema dell'identità possa essere dedotta dal bene giuridico. Possono esservi casi, infatti, in cui il bene giuridico è il medesimo, ma diverse sono le condotte (p. 273).

[247] BELING, *Die Lehre*, cit., p. 264.

[248] BELING, *Die Lehre, cit*., p. 268: *„Von relativen Strafdrohungen ergeben sich keine Verbrechen"*.

penali non autentiche, *unechte Strafgesetze*, non in grado di assolvere, cioè, la funzione incriminatrice.

Da questi pochi passaggi capiamo che, in primo luogo, il carattere autonomo (*typisch*) di una fattispecie dipende dalla funzione incriminatrice che riesce ad assolvere la norma ad essa sottesa; in secondo luogo, che questa funzione è indiziata dalla sanzione; in terzo luogo, che non tutte le sanzioni sono in grado di assolvere il predetto ruolo indiziante, in quanto ciò dipenderebbe – arrivando, così, al quarto punto – dal carattere più o meno autonomo (fondante) del precetto a cui la sanzione si trova legata ([249]).

Quando Beling parla delle sanzioni principali, in grado di fondare la punibilità, Egli lega questi elementi al termine *Typizität*.

Quando invece tratta delle sanzioni „relative", con riferimento alle sottofattispecie accessorie, il profilo di tipicità che queste compendiano è descritto nei termini di *Tatbestandsmässigkeit*, o, più precisamente, di *modifizierte Tatbestandsmäßigkeit,* ove la „modificazione" allude al fatto che la sottofattispecie non è direttamente tipica, bensì tale diventa in via mediata ("*vermittelt auftritt"*).

Proprio perchè non dotati di autonoma tipicità, i presupposti delle *relative Strafdrohungen* non sono mai trattati nella parte speciale del codice.

Non è un caso che queste forme di tipicità derivata siano venute sviluppandosi in concomitanza con il progressivo affrancamento del diritto penale dalla dimensione casistica e processuale, a cui è corrisposto un approfondimento dello studio sulla parte generale.

---

[249] BELING, *cit*., p. 270. Ci sembra utile riportare le parole dell'Autore al fine di constatare come anche la terminologia adottata presupponga importanti differenziazioni concettuali: „*Die Verschiedenheit der Strafdrohungen läßt einen Rückschluß auf die* ***Typizität*** *der Vorraussetzungen zu, unter denen die Strafdrohung wirksam werden soll. Die Vorraussetzungen, unter denen es zur Anwendung einer bloß relativen Strafdrohung kommt, entbehren der eigenen Typizität*. (...) *Folgt eine Strafdrohung einer anderen wie ihr Schatten, so ermangeln die Vorraussetzungen, unter denen sie wirken soll, der typischen Selbstständigkeit"*. Ancora: „*Das mit bloß relativer Strafdrohung versehene Strafgesetz ist kein Grundstrafgesetz, sondern nur Anhängsel an ein anderes, so, daß beiden ein Verbrechenstypus (der im Grundstrafgesetz umrissene) gemeinsam ist und die Vorraussetzungen des relativen Strafgesetzes nur tatbestandliche Modifikationen hinzufügen. Diese Figur ist der heutigen Wissenschaft bereits geläufig unter dem Namen der „Erscheinungsformen" des Tatbestandes. Man könnte auch von Tatbestandszusätzen sprechen*". Le *relative S*. non rivelano mai l'esistenza di un *Verbrechenstypus*: "*relative Strafdrohungen sprechen also bei Aufstellung eines Verbrechenstypus niemals mit. Vielmehr ist nur derjenige tatbestandliche Umriß ein besonderer Verbrechenstypus, für den eine besondere Grundstrafdrohung existiert* (delictum sui generis *im Gegensatz zur Erscheinungsform*). Il Beling precisa tuttavia che il presupposto a cui è legata la sanzione relativa non necessariamente deve appartenere al *Tatbestand*, potendo anzi essere *aussertatbestandlich*: per esempio, può trattarsi di un fattore che incide unicamente sulla colpevolezza (sulla *Schuldstärke*).

Fatti questi passaggi ci pare di comprendere, nel complesso, che la *Typizität* risulti concettualmente legata alla punibilità astratta, perché indiziata sempre dalla sanzione principale, posta a fondamento dell'autonomia della fattispecie legale a cui è correlata. Essa indica ciò che nello sviluppo del lavoro abbiamo appellato tipicità in senso statico (cfr. nuovamente § 5, Cap. I).

Non sono, per contro, ancora *typisch* ma *tatbestandsmäßig* le *Erscheinungsformen* associate ad una *relative Strafdrohung.*

La *Tatbestandsmäßigkeit* si sviluppa, quindi, interamente sul piano concreto: un elemento può non trovare rappresentazione nella fattispecie legale - e dunque, non essere tipizzato - ma ciònondimento acquisire tipicità "indirettamente", allorquando la sua concreta manifestazione possa ritenersi riconducibile al *Tatbestand* legale.

Il fatto che la *Grundstrafdrohung* indizi l'autonomia della fattispecie non significa, poi, che a quest'ultima non possano essere ricondotte plurime variazioni della medesima sanzione: possono esservi, infatti, più sanzioni per il medesimo tipo, potendo le diverse versioni sanzionatorie essere derivazione degli altri elementi del reato (ad esempio, della colpevolezza) ([250]).

Le molteplici sanzioni, tuttavia, in questi casi, non sono segnale di autonome declinazioni di tipicità, di *"typisch (tatbestandlich) verschiedene Verbrechensarten".*

---

[250] BELING, *cit*., pp. 274 e ss. Chiarito che la funzione precipua assolta dalla sanzione principale è quella di individuare l'autonomia di una fattispecie, non è affatto detto che a fondamento di una *Grundstrafdrohung* vi sia un solo ed esclusivo "tipo". Esiste per Beling, infatti, la combinazione un "tipo" – più sanzioni. "*Jedenfalls beweist also die Grundstrafdrohung, daß man es de lege lata nicht mit einer bloßen Erscheinungsform zu tun hat. Auch dasjenige ist eigener Typus, was an sich nur einer relativen Strafdrohung unterstellt ist (Versuchs- und Teilnahmefälle z.B. die zu delicta sui generis erhoben sind). Dagegen läßt sich nicht die Regel aufstellen, das jeder Grundstrafdrohung je ein besonderer Verbrechenstypus zu Grunde läge, jede Grundstrafdrohung einen besonderen Typus indizierte. Es findet sich vielmehr auch die Figur: Ein Typus – mehrere Strafdrohungen. Dies erklärt sich daraus, daß die Tatbestandsmässigkeit nur eines der Verbrechenselemente ausmacht, so daß sich trozt Identität des Tatbestandes eine Verschiedenheit der Straffolge mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der übrigen Elemente ergeben kann. Hier ist also ein einziger Tatbestand auf mehrere echte Strafgesetze verteilt".* La tipicità (qui evidentemente intesa come „corrispondenza al tipo") non è che un elemento del reato, dunque non può dirsi l'unica a determinare la pena. Quest'ultima risulta dalla presenza (dal concorso) degli altri elementi del reato. La combinazione tra unicità di "tipo" (*Identität des Tatbestandes*) e pluralità di sanzioni è possibile considerando che elementi ulteriori (*übrige Elemente*) a quelli del *Tatbestand* possono influire sulla *Straffolge*. Ad esempio, sulla base delle diverse *Schuldstufen* possono registrarsi plurimi strati (*Abstufungen*) interni al *Tatbestand,* derivanti dalle diverse declinazioni delle componenti psichiche. *Die Verschiedenheit der subjektiven Tatseite trennt wohl die Verbrechensarten, aber nicht den Tatbestand* (con importanti implicazioni per quanto concerne la teoria del concorso di persone) (p. 275). Mentre associare plurime sanzioni allo stesso tipo sarebbe appunto possibile in virtù della pluralità di fattispecie interne a quella principale, costituirebbe, per contro, un'antinomia associare agli stessi presupposti plurime e diverse conseguenze sanzionatorie. Ciò che fa variare la sanzione è il presupposto, dunque a parità di presupposto non potrà variare la pena (p. 276).

Le plurime versioni della sanzione principale sono legate alle manifestazioni "concrete" della fattispecie principale, rimanendo esse nella sfera della realizzazione del fatto (nella tipicità cosiddetta dinamica).

Il recupero del pensiero belinghiano è qui funzionale ad acquisire chiarezza sui punti che seguono: le "sottofattispecie" che Egli riconduce alle forme di manifestazione del fatto rappresentano, rispetto alla fattispecie astratta, "tipi" ibridi, in quanto essi si configurano allo stesso tempo come "tipici" (nei termini di "*tatbestandlich*"), in ragione dell'estensione della portata descrittiva della fattispecie, e "atipici" (nei termini di *"nicht typisch"*), in quanto non in grado di fondare la punibilità.

La tipicità delle "sottofattispecie" si articola unicamente sul versante descrittivo, non guadagnando alcuno spazio sul diverso piano inerente al rapporto tra precetto e sanzione.

Quest'ambivalenza del carattere *tatbestandlich* ma non *typisch* delle sottotipizzazioni legate alla fattispecie originaria è la stessa che connota le ipotesi esemplificative, tra loro affini sul piano contenutistico-sostanziale – in quanto tutte declinazioni di una fattispecie-madre comune - ma incapaci di affrancarsi su quello formale, come autonome realtà normative ([251]).

5. *Il criterio tipologico come strumento che più si attaglia alla rappresentazione gradualistica della fattispecie.*

La naturale propensione della tecnica tipologica ad offrire una rappresentazione normativa della realtà empirica, attraverso la contestuale valorizzazione del profilo valutativo ad essa sotteso, fa di questa tecnica uno strumento particolarmente adatto a favorire l'aderenza del significato concettuale dei termini utilizzati nella descrizione legislativa al contenuto di disvalore della fattispecie.

[251] ZIMMERL, *Zur Lehre, cit.,* p. 10, teorizza anch'Egli sotto-tipizzazioni di carattere ausiliario (cd. *Hilfstypen*) relative alla stessa fattispecie di reato. Solo che, lungi dall'essere queste "implicitamente" contenute nella fattispecie principale, rilevando così sul solo versante empirico, esse possono costituire già sul piano astratto forme diverse di tipicità, legate a quella principale e allo stesso tempo espressive di un diverso disvalore in termini di gravità (come accade, ad esempio, con riguardo alle plurime fattispecie di omicidio, tra cui il parricidio, l'uxoricidio etc.).

Del resto, la costruzione tipologica della fattispecie "esprime l'idea fondamentale di un'unità omogenea di disvalore unificante la diversa molteplicità naturalistica in un modello unitario di fatto" ([252]).

Essa, prima ancora che strumento per la costruzione della fattispecie, rappresenta un "abito mentale" ([253]), l'attitudine del legislatore, cioè, a pensare la fattispecie, il "tipo" criminoso, in forma omogenea e nucleare.

L'omogeneità valutativa consente, da un lato, di rendere afferrabile la fattispecie ai consociati, facendo sì che la norma che la comprende possa esplicare effettivamente la sua funzione precettiva ([254]); dall'altro lato, permette al legislatore di assicurare il rapporto di proporzione tra gravità dell'illecito e misura sanzionatoria ([255]).

La preminenza del profilo valutativo della fattispecie penale, inoltre, predispone quest'ultima al confronto comparatistico con le altre.

Essendo tale comparazione, infatti, fondata sulla rilevazione delle analogie e delle differenze tra plurimi modelli normativi, essa viene più facilmente a realizzazione quando, delle fattispecie, venga esaltato il "tipo" ad esse sotteso.

Trattandosi di una nozione intrinsecamente "valutativa" e aperta, il "tipo" si presta ad un più efficace adattamento alla realtà naturalistica e ad un più puntuale apprezzamento delle variazioni di gravità concretamente occorribili.

Come già analizzato nella parte del Capitolo II dedicata alla lettura ermeneutica della fattispecie (in particolare, § 1.1), la vocazione alla concretezza espressa dal "tipo" costituisce il profilo caratteristico della sua "apertura" alla costruzione per gradi, a sua volta basata su di un procedimento analogico-comparatistico.

La costruzione tipologica imprime un modello di "illecito" nucleare, ma non chiuso: esso è, anzi, proteso al confronto gradualistico su base "quantitativa".

Ciò significa che il ricorso alle elencazioni esemplificative, costruite sulla scorta del modello tipologico, può rivelarsi una tecnica particolarmente efficace non solo per la

---

[252] Così, letteralmente, PALAZZO, voce *Legge penale*, *cit*., p. 342. Si potrebbe quasi affermare che nella formulazione tipologica viene a realizzazione l'incontro tra valore e realtà naturalistica *(Wert und Wirklichkeit)*, del cui rapporto tratta NOLL, *Wert und Wirklichkeit (Zur Möglichkeit rationaler Wertentscheidung in der Gesetzgebung),* in *Festschrift für H. Schelsky*, Berlin, 1978, pp. 353 e ss.

[253] PALAZZO, *ibidem.*

[254] Benchè non incidente direttamente su tale profilo, ci sembra utile richiamare il contributo di PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz,* in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann,* 1989, pp. 15 e ss. la quale caldeggia un recupero delle ricostruzioni ordinali, una loro valorizzazione, sulla scorta di una loro ritenuta maggior efficacia anche in termini di determinatezza e chiarezza.

[255] Per queste considerazioni rinviamo al Capitolo I.

specificazione all'interno di una norma penale delle molteplici variabili che essa può ricoprire in astratto (cd. esemplificazione esplicativa) ([256]), ma anche per la tipizzazione di modelli di fattispecie costruiti per livelli di gravità (sul punto, cfr. § 8 in questo Capitolo).

Al primo scenario dei due ora descritti aderisce il paradigma delle elencazioni esemplificative introdotte da una clausola generale, nell'ambito del quale ai vantaggi espressivi - sotto il profilo valutativo - dell'esemplificazione, si combina la garanzia della delimitazione concettuale – sotto il profilo semantico – della definizione legislativa ([257]).

Al secondo scenario potrebbero appartenere, invece, le fattispecie che gravitano intorno ad un nucleo omogeneo di disvalore e che rappresentano di esso variazioni di gravità (come accade nei cd. *Wertgruppen*).

Se pensiamo al delitto di furto nel nostro ordinamento, ci avvediamo che la fattispecie di cui all'art. 624 c.p. è affiancata da numerose ulteriori ipotesi di illecito che potrebbero rappresentare, prescindendo per il momento dalla loro natura - se di reati autonomi o di circostanze (artt. 624-bis, 625, 626 c.p.) - nuclei di disvalore fra loro diversi per la struttura di ciascuna delle singole fattispecie e per la cornice edittale per esse prevista.

Il problema che potrebbe sorgere nelle configurazioni esemplificative consiste allora nel capire se esse siano solo introduttive di variazioni di pena - se esse esprimano cioè la diversità della fattispecie sul solo versante quantitativo - o se siano, invece, latrici di forme di tipicità qualitativamente nuove e autonome.

Per riprendere le categorie di Beling, il carattere esemplificativo di una rappresentazione legislativa lascia aperto il dubbio se questa sia dipendente sul piano prescrittivo e sanzionatorio dalla fattispecie originaria o se debba, piuttosto, ritenersi costitutiva di un nuovo ambito di punibilità.

---

[256] Rinviamo al § 5 di questo capitolo, in nota.

[257] Nuovamente PALAZZO, *ult. op. cit.*, p. 359. Sull'espediente tecnico-legislativo della formula generale accompagnata dagli "*Hauptfälle*", anche, ZITELMAN, *Die Kunst der Gesetzgebung*, in *Neue Zeit - und Streitfragen*, Dresden, 1904, p. 268. Non è facile riconoscere se aderiscano o meno ad un modello simile i *b.s.F.* accompagnati dai *Regelbeispiele*, in quanto, rispetto a queste specifiche ipotesi, la clausola introduttiva delle fattispecie esemplificative è priva di qualsivoglia riferimento descrittivo, essendo essa costruita unicamente sul riferimento ad una generica "maggior gravità". E' pur vero che il profilo descrittivo è mutuabile dalla fattispecie-base a cui questi aggravamenti sono associati: se parliamo dei casi di particolare gravità del furto (§ 243 StGB), non vi è alcun dubbio che i casi più gravi appartengano al tipo del furto (§ 242 StGB). In tema di clausole generali CASTRONUOVO, *La mappa dell'Impero*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, pp. 33 e ss.

6. *La dibattuta natura dei* Regelbeispiele *e la nozione ampia di* Tatbestand.

La dimostrazione di questa ambivalenza ci proviene dal dibattito della dottrina tedesca sulla natura dei *Regelbeispiele*.

La posizione dominante in dottrina ed in giurisprudenza ([258]) è quella di ritenere queste ipotesi regole di commisurazione, *Strafzumessungsregeln*.

La ragione, oltre che storicamente fondata ([259]), è legata alla considerazione per cui questi casi esemplificativi non sono dotati, a differenza dei *Tatbestandsmerkmale*, di carattere vincolante, nè tantomeno obbligatorio.

Sebbene le argomentazioni addotte a sostegno della natura commisurativa siano largamente condivise, non sono mancate opinioni critiche, legate, in particolare, alla scarsa decisività dell'argomentazione sopra esposta.

Si è affermato, infatti, che muovere dalla non vincolatività di queste ipotesi per negare il carattere intrinsecamente "tipico" dei *Regelbeispiele* (traduciamo qui letteralmente il termine *tatbestandlich*, per riferirci agli elementi costitutivi del *Tatbestand*) significa escludere tale carattere sulla base del principio di determinatezza (§ 103 GG): l'esclusione della loro natura di elementi costitutivi

---

[258] Sul tema EISELE, *cit*., p. 144 (nota 8). In giurisprudenza, BGHSt 23, 254 (257); BGHSt 26, 167 (173); BGHSt 27, 287 (289); BGHSt 33, 30 (373). In dottrina sostengono questa tesi, tra i tanti, Maiwald, Sauer, Kastenbauer, Bruns; cfr. MAIWALD, *Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele,* in *Festschrift für W. Gallas*, Berlin-New York, 1973, pp. 137 e ss.; SAUER, *Zur Behandlung der gesetzlichen Strafschärfungs- und Milderungsgründe*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1955, pp. 232 e ss.; KASTENBAUER, *cit*., pp. 14 e ss. Accolgono la natura *tatbestandlich* Krämer, Wahle, Kielwein, Kohlrausch, Mittermaier, cfr. WAHLE, *Zur strafrechtlichen Problematik "besonders schwerer Fälle" erläutert am Beispiel der Verkehrsunfallflucht,* in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1969, pp. 161 e ss. A favore della soluzione mediana (compendiata nella cosiddetta *Mischform*), Maurach, Waßner, Lange, Dreher. Cfr. di quest'ultimo autore DREHER, *Die erschwerende, cit.,* p. 235. Anche WESSELS, *Zur Problematik der Regelbeispiele für „Schwere" und „Besonders Schwere Fälle"*, in *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe 1972, pp. 297-298. Per un inquadramento critico sul dibattito scientifico e giurisprudenziale sul punto, cfr. CALLIES, *Die Rechtsnatur der "besondere schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht,* in *Juristenzeitung,* 1975, pp. 112 e ss., il quale, afferma che risulta difficile individuare sul piano dei contenuti la vera natura dei *Regelbeispiele,* in quanto, sul versante dogmatico, non vi sarebbe differenza alcuna tra *Tatbestand* e *Strafzumessung,* dipendendo entrambi da *Unrecht* e *Schuld* (così, p. 114). L'Autore evidenzia che trarre la natura *tatbestandlich* di un elemento dalla sua potenziale conformità al principio di legalità rappresenta un'indebita confusione di piani e pur riconoscendo la fondatezza delle ricostruzioni dell'istituto nel senso di elementi commisurativi, fa notare che l'ampiezza della cornice edittale prevista per i *b.s.F.* non può essere letta solo come traccia di una differenziazione quantitativa, bensì di una differenziazione anche qualitativa (aspetto, questo, legato anche agli elementi delle *erschwerende Umstände*). Ancor più critico in CALLIES, *Der Rechtscharakter der Regelbeispiele im Strafrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1998, pp. 929 e ss.

[259] Cfr. in particolare MAIWALD, *Zur Problematik, cit*., p. 431.

sarebbe, cioè, fondata sulla considerazione per la quale, essendo i *Regelbeispiele* sottratti all'ambito di applicazione del *Bestimmtheitsgrundsatz*, essi non potrebbero soddisfare, diversamente dagli elementi essenziali di fattispecie, le istanze di garanzia sottese allo stesso principio di tipicità penale ([260]).

Per quanto il contrasto con il principio di legalità rappresenti il limite più significativo ed evidente degli indirizzi diretti a ricondurre i casi esemplificativi entro i presupposti della sanzione, facendo loro ricoprire una posizione sostanzialmente equipollente a quella degli elementi costitutivi, non sono mancati contro-argomenti ai rilievi appena esposti.

Si è osservato, infatti, che per quanto le predette critiche appaiano in prima battuta condivisibili, esse si esporrebbero al rischio di invertire i termini della questione o di legittimare un affievolimento delle garanzie di certezza sul piano sanzionatorio: negare la natura *tatbestandlich* di un elemento della norma penale, affermandone, per contro, quella commisurativa, sulla base dell'argomento per cui ciò che non è conforme al principio di determinatezza è per ciò stesso escluso dal *Tatbestand* - e semmai ricondotto alla commisurazione - presuppone che tale principio possa non essere osservato sul piano sanzionatorio, come se sul versante della pena la legalità fosse un rinunciabile orpello ([261]).

---

[260] Sul grado di compatibilità con le esigenze di garanzia, è stato fatto notare in dottrina che l'apertura dei *b.s.F.* potrebbe legarsi al principio di legalità, attraverso il ricorso ad una lettura costituzionalmente orientata dei medesimi: quella della *"Nur, aber Nicht immer-Formel"*. Secondo questa regola, per un verso, il giudice non potrebbe affermare la sussistenza di un *b.s.F.* in assenza di un corrispondente *Regelbeispiel* tra quelli elencati dal testo legislativo (dovrebbe cioè attenersi unicamente ai casi riportati nella legge); per altro verso, potrebbe ritenere esclusa la sussistenza di un *b.s.F.* pur essendosi realizzato un *Regelbeispiel* con soli effetti favorevoli per l'agente, cfr. EISELE, *cit*., pp. 155 e ss.

[261] EISELE, *cit*., pp. 145 e ss. L'Autore rivolge una critica a plurimi indirizzi diretti a ricondurre le fattispecie esemplari ai *Qualifikationsgründe*, in quanto così opinando, la loro diversa classificazione sarebbe pertanto solo questione formale (di tecnica legislativa). Neanche persuade la tesi per la quale si tratterebbe di elementi da ricondurre al § 46 StGB, in quanto, mentre i criteri di commisurazione ivi elencati sono ambivalenti quanto agli effetti che possono generare, tali effetti appaiono per contro piuttosto chiari nella disciplina dei *Regelbeispiele*, in senso contrario GÖSSEL, *Über die sogennanten Regelebeispielstechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung*, in *Festschrift für Hirsch*, Berlin, 1999, p. 199. Ribadire l'esclusiva efficacia dei *Regelbeispiele* in ambito sanzionatorio, sulla base della considerazione per la quale questi determinerebbero soltanto una modificazione della pena (senza cioè incidere sulla *Rechtsgutverletzung*), significa, a parere dell'Autore, dimenticare che non tutti i *Qualifikationstatbestände* sono necessariamente fondati su un nucleo illecito del tutto nuovo (non implicano, cioè, la lesione di un diverso bene giuridico). Neanche la spiegazione storica convince perché, anzi, come posto in evidenza, già nella proposta di riforma del 1962 nulla veniva specificato sul punto, rimanendo il problema della natura dei *Regelbeispiele*, piuttosto, questione aperta.

I rilievi esaminati non convincerebbero, pertanto, in quanto volti a circoscrivere il principio di legalità ai soli elementi costitutivi della fattispecie penale, con espunzione delle conseguenze sanzionatorie dall'ambito di garanzia che tale principio dovrebbe assicurare a copertura dell'intera norma penale.

Gli indirizzi favorevoli ad una ricostruzione dei *Regelbeispiele* come parti del *Tatbestand* muovono, oltre che dalle confutazioni delle argomentazioni avverse, come sopra riportate, anche da considerazioni più specificamente riguardanti il meccanismo interno alla norma penale.

Più nello specifico, si afferma che, essendo le prescrizioni penali (*Strafrechtsvorschriften*) strutturate secondo il nesso condizionalistico precetto-sanzione (*Konditionalsatz*, anche detto *Wenn-Dann-Satz*), tutto ciò che afferisce al presupposto della sanzione (la protasi del periodo condizionalistico), deve essere qualificato come parte del *Tatbestand* ([262]). E dal momento che le fattispecie esemplari *possono* determinare l'effettivo sorgere delle conseguenze sanzionatorie indicate nella previsione dei *b.s.F.*, esse devono ritenersi il loro logico presupposto, rientrando così nel *Tatbestand*.

Benchè condivisibile sul piano metodologico, il predetto approccio si scontra con la disciplina legislativa prevista per i casi trattati, la quale, come già evidenziato, inserisce margini di discrezionalità proprio tra i termini del nesso in questione, facendogli perdere i profili di "necessità logica" che dovrebbero connotarlo.

La disciplina legislativa, infatti, non soltanto ci pone di fronte ad uno scenario che letteralmente scardina il rapporto automatico ed esclusivo tra precetto legale e conseguenza sanzionatoria penale, bensì ci porta a riflettere sulla "portata" dei cd. presupposti della sanzione.

Affermare la sussistenza di un caso di particolare gravità, con conseguente applicazione della diversa cornice di pena (il *Sonderstrafrahmen*) nonostante la mancata verificazione di un *Regelbeispiel*, così come, al contrario, negare la sussistenza del primo nonostante l'accertamento positivo del secondo, significa implicitamente sostenere che la valutazione che il giudice deve compiere per

[262] Secondo gli orientamenti in esame, facendo le fattispecie esemplari parte della fattispecie penale, esse devono essere conosciute anche dal potenziale *Täter* per la loro portata qualitativamente diversa, cfr. KRAHL, *cit*., pp. 146 e ss.

applicare la cornice di pena "speciale" può estendersi oltre la verifica della conformità del fatto concreto agli elementi previsti dal *gesetzlicher Tatbestand*.

Consultando la recente letteratura sul tema, che ha inteso partire proprio dall'analisi della disciplina legislativa, è stato possibile constatare che il fulcro da cui essa parte viene proprio a coincidere con la premessa per la quale la relazione tra precetto e sanzione non si esaurisce in un rapporto "logico" e "necessario". Non solo: si afferma che esso dovrebbe non essere considerato neanche prerogativa della sola norma penale, potendo esso riguardare anche disposizioni esclusivamente sanzionatorie ([263]).

La matrice logico-formale del nesso condizionalistico offusca – si è sostenuto, in breve sintesi ([264]) - l'aspetto reale e sostanziale del rapporto tra fattispecie e pena.

L'asettica separazione tra la componente qualitativa e quantitativa della norma penale verrebbe contraddetta da tutti quei casi in cui elementi normalmente ritenuti "costitutivi" della fattispecie possano essere dal legislatore annoverati anche tra i fattori di commisurazione, e viceversa ([265]).

Come già osservato a proposito del rapporto tra circostanze ed elementi costitutivi nel nostro sistema (rinviamo per questo al Capitolo II), dal momento che non v'è distinzione alcuna, sul piano ontologico, tra elementi afferenti al precetto ed elementi appartenenti alla sanzione, la teoria condizionalistica che volesse prescindere - per

---

[263] Riprendiamo le osservazioni di EISELE, *cit*., p. 157, per il quale la struttura condizionalistica non risulta imprescindibilmente connaturata alla norma penale incriminatrice, potendo questa ritrovarsi anche nelle disposizioni relative al solo aspetto sanzionatorio, prive, dunque, di funzione incriminatrice: "*Obwohl ein Merkmal dem "Wenn-Satz" einer Norm angehört, kann es dennoch allein dem Rechtsfolgebereich zuzuordnen sein*", come nel caso di cui al § 47 StGB sulla reclusione breve per casi eccezionali. La ragione per cui viene attribuita grande importanza alla struttura condizionalistica è che si tratta di un criterio formalmente ineccepibile, in quanto logicamente necessario. Per l'Autore esso tuttavia si rivela insufficiente. A questa considerazione si lega la opinabile distinzione, operata dai sostenitori della teoria condizionalistica, tra aspetto *quantitativo* e *qualitativo* (sul punto, come l'Autore, anche KASTENBAUER, *cit*., pp. 44-45). Non deve affatto ritenersi automatico che la differenziazione qualitativa giustifichi la natura tipica (e non meramente commisurativa) dei *Regelbeispiele* così come non è affatto escluso che elementi pacificamente ritenuti „tipici", come i *Qualifikationstatbestandsmerkmale*, implichino solo una differenziazione quantitativa.

[264] EISELE, *cit*., p. 157.

[265] Si faccia l'esempio del danno di rilevante gravità del reato di truffa (§ 263, Abs. 3, nr. 2 StGB), il quale, seppur ricompreso tra gli *exempla* del *b.s.F.* previsto dalla disposizione richiamata, si lascia ricondurre ai criteri di commisurazione della pena di cui § 46, Abs. 2 StGB, in quanto rappresentazione di un fattore rilevante nel solo profilo "quantitativo". Oppure si faccia il caso del § 250 StGB (*Schwerer Raub*), il quale, benchè trattato come ipotesi qualificata di reato (comprendente *eigenständiger Unrechtstypen*), è stato riletto in giurisprudenza come causa di aggravamento della pena (*Erhöhungsgrund des Unrechts*).

fissare tale distinzione - dalle indicazioni mutuabili dalla disciplina normativa, potrebbe imbattersi nel limite di non poter negare la loro interscambiabilità.

L'orientamento che accoglie il reciproco influenzamento dei due estremi della norma penale prende le mosse, allora, da una nozione estesa di fattispecie: si sostiene che, dal momento che nella nozione di *Tatbestand* confluisce tutto quanto possa costituire il presupposto della sanzione penale, anche ciò che, seppur non previsto nel precetto legale, possa però incidere sulla determinazione concreta della misura sanzionatoria, deve dirsi in essa ricompreso e, dunque, in grado di determinare il giudice per la scelta di una cornice sanzionatoria in luogo di un'altra.

Al posto di far dipendere la nozione di *Tatbestand* dal solo precetto, per porlo come presupposto della misura sanzionatoria, è il precetto a dipendere da tutto quanto possa costituire "presupposto" della sanzione penale, a cui viene dato il nome *"Tatbestand"*.

Tale inversione, che già abbiamo toccato nel capitolo precedente, fa sì che il precetto estenda i propri confini a quanto in esso non espressamente previsto e che il presupposto della sanzione si amplii fino a ricomprendere ipotesi estranee alla previsione legale. Gli indirizzi che sono incorsi in tale incongruenza, non a caso, intendono il *Tatbestand* come *Gesamttatbestand* ([266]).

Tra i molteplici modelli sul contorno dei quali ricostruire la nozione di "fattispecie", quello accolto dagli indirizzi che riconducono ai "presupposti" della sanzione penale anche ciò che esonda dal *Tatbestand* legale comprende al suo interno tutti gli elementi in grado di incidere sulla colpevolezza e sull'illecito, graduandoli ([267]).

---

[266] EISELE, *cit*., p. 110 e ss. analizza le diverse concezioni di *Tatbestand* (*Schuldtatbestand*, *Garantie-Tatbestand*, *gesetzlicher Tatbestand*, *Unrechtstatbestand*) per evidenziare che secondo la funzione giudicata preferibile cambia altresì la collocazione dei *Regelbeispiele*. L'Autore pare propendere per la nozione di *Gesamttatbestand* che è la più ampia, includendo essa tutti i presupposti per la punibilità del fatto. La sua conclusione è dunque quella per cui *"soweit es bei Strafvorschriften um die Abgrenzung der Vorraussetzungen zur Rechtsfolge Strafe geht, ist der Gesamttatbestand angesprochen. Wenn also hinsichtlich der Regelbeispielstechnik vom Tatbestand in Abgrenzung zu einer Strafzumessungsvorschrift gesprochen wird, ist damit der Gesamttatbestand gemeint. Für die Behandlung einzelner Sachfragen können zudem der Unrechtstatbestand, der Schuldtatbestand sowie der gesetzliche Tatbestand, die jeweils einen Ausschnitt aus dem Gesamttabestand darstellen, Bedeutung gewinnen"*. Per le ulteriori distinzioni tra i modelli di *Tatbestand* anche ROXIN, *ult. op. cit.*, pp. 280 e ss. e, del medesimo Autore, ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtsplichtmerkmale,* Hamburg, 1959, pp. 166 e ss.

[267] Sul legame tra la concezione gradualistica dell'illecito e la nozione di "fatto commisurativo" Preziosi segnala che questo viene a realizzarsi, nel panorama scientifico tedesco, allorquando viene a verificarsi il passaggio dalle teorie della pena assolute a quelle relative, cfr. PREZIOSI, *cit*., p. 194. Sul punto segnaliamo anche FRISCH, *Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten*

I fattori che possono intervenire sul concreto apprezzamento della colpevolezza e dell'illecito ([268]), contribuendo all'affinamento della loro graduazione, confluiscono nei "presupposti" della sanzione, dopo essere, tuttavia, da essa stessa tratti.

Del resto, la colpevolezza dell'agente è necessariamente valutabile solo in relazione al caso materialmente occorso. Benchè i parametri alla stregua dei quali viene formulato il giudizio di colpevolezza siano dotati di un apprezzabile grado di oggettività, in quanto *normativi* ([269]), l'oggetto della valutazione è e rimane il fatto concreto ([270]). Lo stesso può dirsi per l'illiceità, la cui vocazione alla concretezza è già stata oggetto di trattazione ([271]).

Con ciò intendiamo rilevare che gli elementi che possono essere presi in considerazione per la ricostruzione dei due concetti ora richiamati sono necessariamente mutuati dalla fase di accertamento del fatto, sul diverso versante concreto-naturalistico, e apprezzati dal giudice in relazione al "peso" che essi acquistano nella realtà fattuale.

Quanto evidenziato rappresenta la premessa della teoria della cosiddetta commisurazione anticipata della pena (*antizipierte Strafzummessung*), secondo la quale gli elementi costitutivi del *Tatbestand* rappresenterebbero già, entro i limiti della fattispecie legale, strumenti utili alla determinazione sanzionatoria ([272]), come se fossero predisposti già sul piano astratto allo svolgimento di questa precipua funzione.

Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2015, pp. 65 e ss., il quale (in particolare alle pp. 73-74) afferma che mentre le teorie general- e specialpreventive della pena non hanno mai influenzato la teoria del reato, così non sarebbe per la teoria retribuzionistica, le cui tracce risiedono nell'idea di reato come "*tatbestandsmäßige Rechtsgutsbeeinträchtigung*" (più tardi divenuta *Handlungsunwert* e declinantesi nei concetti di Unrecht e Schuld).

[268] Per un inquadramento dogmatico della graduabilità dei concetti di *Unrecht* e *Schuld*, NOLL, *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1956, pp. 181 e ss.

[269] Per la corrispondenza di tali parametri con lo stesso precetto della norma penale, cfr. GALLO, *Il concetto unitario*, cit., pp. 116 e ss.

[270] A proposito della normatività e dell'importanza di appellarsi a criteri normativi nella commisurazione della pena, in aperta critica contro la sempre più diffusa *„phänomenologische Betrachtungsweise"* della dogmatica contemporanea, FRISCH, *Über die "Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1989, p. 355.

[271] Si rinvia ai §§ 8-8.1. del Capitolo I.

[272] EISELE, *cit*., p. 130. Espone le plurime versioni del rapporto precetto sanzione, KRAHL, *cit*., pp. 51 e ss.

Secondo tale concezione la cornice edittale prevista dal legislatore costituirebbe il ponte tra gli elementi della fattispecie e la commisurazione della pena ([273]): aspetto, questo, che riceverebbe peraltro conferma, sul piano normativo, dalla previsione del § 46, Abs. 3, StGB, posta a disciplina del *ne bis in idem* nella commisurazione sanzionatoria ([274]).

Il legame tra precetto e sanzione legittima, secondo l'indirizzo che stiamo trattando, la fungibilità dei due elementi, la cui sostenibilità teorica trova sussidio in ulteriori argomenti, tra i quali si annoverano l'interpretazione teleologica della fattispecie, la concezione funzionalistica di reato e, più in generale, la rilettura della teoria del reato in una chiave orientata all'accertamento processuale ([275]).

E' nel raggio di applicazione dell'orientamento appena tratteggiato che si è cercato di dare risposta alla natura delle fattispecie esemplificative.

Posto che queste ultime, almeno sul piano astratto, in niente differiscono rispetto alle fattispecie qualificate – basti ricordare, sul punto, la conversione di molte di queste in

---

[273] Così HASSEMER, *Die Rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens,* in *Gedächtnisschrift für Radbruch,* Göttingen 1968, pp. 281 e ss., in particolare p. 284, dove si spiega che la funzione di congiunzione tra i momenti classificatori e ordinali, assolta dalla *gesetzliche Strafbestimmung*, si esplica non appena si realizza il passaggio dalla *Grenzbestimmung* della cornice definitoria astratta della fattispecie alla determinazione aritmetica del suo disvalore. In questa fase le regole della logica sono abbandonate, osserva Hassemer, per lasciare spazio alle regole dell'argomentazione giuridica.

[274] La disposizione richiamata disciplina il *Doppelwertungsverbot*, il divieto di doppia valutazione nell'ambito della commisurazione della pena, secondo il quale le circostanze di fatto (*Umstände*) che rappresentano già elementi del *Tatbestand* legale, non devono essere nuovamente valutate ai fini della misura sanzionatoria penale.

[275] EISELE, *cit*., p. 135, il quale, favorevole all'accoglimento di una nozione ampia di fattispecie, individua nei seguenti fattori le argomentazioni "ancillari" a sostegno della concezione di *Gesamttatbestand*: *"Rechtsfolgenorientierte Tatbestandsauslegung; Rechtsfolgenlösung bei weiter Tatbestandsfassung*; *die Bedeutung des Stratatsystems für die Strafzumessung i.e.S."*. A proposito dell'influenza esercitata dalla realtà processuale sulla causazione dell'*Inversionsmethode*, anche HASSEMER, *Die Rechtstheoretische, cit.* p. 286, in cui si spiega come in questo contesto il momento "ordinale" (della pena) diventa il presupposto del momento "classificatorio" (di cui è espressione la fattispecie legale). Sul tema anche BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht. Programmatische Vorüberlegungen zu einer funktionalen Methode der Strafrechtswissenschaft,* Berlin, 1974, pp. 30-33 in particolare dedicate al pensiero teleologico (precisamente secondo la ricostruzione che ne fa Schmidhäuser) e alla „Wertbezogenheit der Tatbestandsmerkmale". Ancora, cfr. KUHLEN, *Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?* in *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff – Straftatzurechnung Strafrechtszweck - Strafaussschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht,* hrsgg. von Jürgen Wolter und Georg Freund, Heidelberg 1996, pp. 83, in particolare, e 92, con riguardo alla funzione di bene giuridico. Anche SCHAFFSTEIN, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht,* in *Festschrift der Leipziger Iuristenfakultät für Richard Schmidt*, Leipzig, 1934, pp. 47 e ss. Sulla matrice culturale e, dunque, relativa del bene giuridico LAMPE, *Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis*, in *Festschrift für H. Welzel,* Berlin-New York, 1974, pp. 151 ss.

Regelbeispiele - gli unici criteri discretivi risiedono nella disciplina legislativa, a tenore della quale, come visto, i casi esemplari non risultano vincolanti.

Questi possono essere considerati, quindi, secondo l'indirizzo introdotto, come fattori che "preparano" la fattispecie ad una cornice sanzionatoria più ampia (il *Sonderstrafrahmen* del *b.s.F.*).

La scelta per la diversa cornice edittale sarebbe derivazione di una valutazione di gravità fondata sul diverso grado dell'illecito o della colpevolezza, le cui tracce sarebbero già contenute nelle rappresentazioni esemplificative ([276]).

Esse fungerebbero allora, in tal modo, da elementi di commisurazione "anticipata" della pena, interni ad una fattispecie "relativa", "estesa" e "aperta" a plurime concretizzazioni, fra loro diverse per gravità ([277]).

In questa fase conclusiva vorremmo tuttavia mettere in evidenza che la commisurazione anticipata di cui parla la dottrina tedesca è riferita unicamente alla scelta della cornice edittale di pena. Ci pare, quindi, che essa sia parzialmente diversa dalla nozione gradualistica di tipicità posta a fondamento dell'interpolazione esegetica della fattispecie astratta, di cui abbiamo trattato nel secondo capitolo.

In un sistema in cui, come abbiamo rilevato, risulta frequente la previsione legislativa di plurime fattispecie di reato riconducibili allo stesso tipo, ma tra loro diverse per la cornice sanzionatoria, l'operazione che il giudice compie, sulla base della gravità del caso concreto, coincide con la selezione della cornice edittale più adeguata in termini di proporzione.

---

[276] BAUMANN, *Kritischen Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1958, p. 238, il quale, nell'esprimere una critica all'espunzione dal sistema tedesco di alcune fattispecie di reato aggravato dall'evento, fa notare come esse avrebbero potuto essere ricondotte alla *Strafzumessung*, analogamente alle ipotesi qualificate e privilegiate, così riprendendo SCHRÖDER, *Gesetzliche, cit*., p. 426.

[277] Così EISELE, *cit*., pp. 189-190. Egli precisa che annoverare i *Regelbeispiele* alla nozione estesa di *Tatbestand*, considerandoli come elementi di commisurazione anticipata, non equivale tuttavia a confonderli con le regole di commisurazione di cui al § 46 StGB (p. 181), che, come evidenziato, riguardano la commisurazione in concreto della pena (*Strafzumessung*). Anche KINDHÄUSER, *Zur Anwendbarkeit der Regeln des Allgemeinen Teils auf den besonders schweren Fall des Diebstahls*, in *Festschrift für Otto Triffterer*, Wien, New York, 1996, p. 127; in senso contrario GÖSSEL, *cit*., p. 199. Si veda anche GÜNTHER, *Grade des Unrechts und Strafzumessung,* in: *Kriminalität – Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten,* in *Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag,* hrsg. V. Fritjof Haft u.a., Heidelberg, 1993, pp. 453 e ss. il quale descrive i *Regelbeispiele* come „*antizipierte, vertypte und gewichtete Unrechtsbezogene Strafzumessungstatsachen die vom Vorgang der Gesamtabwägung über das Vorliegen eines besonderes schweren Falles analytisch zu trennen sind*".

La struttura del procedimento è sempre fondata su un'inversione, analogamente a quanto accade, come si è visto, nelle ricostruzioni dirette alla rilettura della "tipicità" in chiave subordinata alla concreta offesa (si pensi alla concezione realistica di reato), ma conserva delle proprie peculiarità.

Mentre secondo l'approccio gradualistico "puro" il giudice che accerti il fatto conforme al modello legislativo può - se la peculiarità del caso lo impone – discrezionalmente discostarsi dal percorso argomentativo che dovrebbe condurlo all'applicazione delle conseguenze sanzionatorie previste per legge, fondando la propria decisione sullo scarto tra tipicità astratta e offensività concreta; la commisurazione anticipata della pena si muove su un piano successivo a quello della qualificazione, in quanto riguarda la mera opportunità di applicare una cornice edittale o l'altra ([278]).

Mentre, cioè, nel caso dei fatti tipici inoffensivi si dibatte su quale sia la soglia minima di gravità accoglibile per legittimare l'intervento della pena (e riconoscere la stessa tipicità del fatto), nel caso della commisurazione anticipata, entro la quale vengono ricompresi anche i *Regelbeispiele*, il problema riguarderebbe la scelta della cornice edittale più adeguata ad un fatto già tipico.

7. *Bilancio sulle caratteristiche dei sistemi italiano e tedesco.*

Dopo aver messo in luce i punti di contatto tra le fattispecie qualificate e i *Regelbeispiele*, evidenziando, in particolare, il loro legame con il concetto di „sottofattispecie" e con la tecnica di tipizzazione tipologica, nonchè rilevato che la predetta tecnica espone le fattispecie al rischio di ambivalenza circa la funzione che dovrebbero assolvere (se qualificatoria o commisurativa), il quesito che intendiamo porre a conclusione del lavoro riguarda il potenziale impiego di tale tecnica per la piena realizzazione del principio di proporzione.

Più specificamente, proponiamo di riflettere sulle questioni più discusse nel sistema tedesco per valutare, in chiave comparatistica, l'opportunità di ricorrere nel nostro ordinamento alla tecnica tipologica come strumento per superare alcune ambiguità

[278] Per le differenze tra la "discrezionalità commisurativa" e la "discrezionalità interpretativa", cfr. ENGISCH, *Karl Peters und der Ermessensbegriff,* in *Festschrift für Peters*, 1974, pp.15 e ss.

relative alle fattispecie qualificate, o, addirittura come strumento per intervenire sulle circostanze.

Partendo dal primo punto, relativo ai tratti più evidenti del sistema tedesco, abbiamo rilevato che quest'ultimo accoglie, in generale, un modello „anticipatorio" di commisurazione della pena ([279]). Secondo tale paradigma il rapporto tra la qualificazione del fatto e la valutazione della sua gravità si declina nei termini di reciproco influenzamento, per non dire di vera e propria *interscambiabilità* ([280]).

Dal momento che la commisurazione in Germania riguarda non solo la determinazione della misura della pena, bensì anche la scelta della cornice, in tutti i casi in cui vi siano molteplici forbici edittali associate al medesimo tipo di illecito, il potere discrezionale del giudice acquista, per un verso, profili di maggiore pregnanza, per altro verso, tuttavia, egli rimane vincolato ai criteri di cui al § 46 StGB, tra i quali spicca il principio di colpevolezza ([281]).

Tale modello di commisurazione esalta al massimo grado il rapporto tra illecito e sanzione, in funzione della proporzione della pena. La rinuncia, nell'ordinamento tedesco, ad un sistema tipizzato di circostanze, viene compensata, quindi, da un „rafforzamento" della discrezionalità giudiziale nella determinazione della pena-base dalla quale partire per calcolare le ulteriori variazioni, ossìa nella scelta fra cornici di pena diverse da quella della fattispecie originaria, per tutti i casi (indeterminati) di particolare o di più lieve gravità.

Il nostro ordinamento che conosce, per contro, una sistematizzazione delle circostanze, in buona parte contenuta nella parte generale del codice penale, affida ad esse, che agiscono solo sulla pena in via extra-edittale, il fine di prevenzione in senso lato.

---

[279] MELCHIONDA, *cit*., pp. 420 e ss.

[280] Sul cosiddetto *Wechselverhältnis,* cfr. SPENDEL, *cit*., p. 230. Anche SPENDEL, *Die Begründung des richterlichen Strafmaßes*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, p. 1761, in cui l'Autore chiaramente rappresenta il *Deliktstatbestand als allgemeiner realer Strafzumessungsgrund*: "*In der gesetzlichen Strafe (Strafdrohung, Strafrahmen) als der Deliktsfolge spiegelt sich die Bedeutung des Delikts als des Strafgrundes wieder*". Del medesimo Autore, anche SPENDEL, *Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1971 (83), pp. 203 e ss. Sul punto anche LANG-HINRICHSEN, *Bemerkungen, cit*., p. 359: il *Gesamttatbestand* non solo è diverso dal *Tatbestand* formale per "struttura" ma anche per funzione, essendo il primo diretto alla commisurazione, il secondo alla qualifica.

[281] Rinviamo nuovamente alla riflessione di PREZIOSI, *cit*., pp., 224, 230-231, si veda § 1, nota 201 di questo Capitolo.

Le circostanze proprie nel nostro sistema sono esterne all'illecito, in quanto, intervenendo sui soli effetti di esso, non trattengono alcun legame diretto con il suo versante precettivo. E può accadere che, se la variazione di pena introdotta dalla circostanza acquista una considerevole ampiezza, la determinazione della misura sanzionatoria effettiva ecceda, alla fine, in larga parte quella proporzionata all'illecito-base.

Se a queste considerazioni si aggiunge il mutamento progressivamente subito – nel nostro ordinamento - dalla disciplina sulle circostanze ([282]), nonchè la lacunosità dell'art. 133 c.p. per la stessa determinazione della pena-base (*retro* § 1), è possibile avvedersi dell'effettivo spazio lasciato all'interprete.

La regolamentazione della materia nel nostro ordinamento è stata affidata negli ultimi decenni ad interventi prevalentemente incentrati sul sistema sanzionatorio non solo edittale, ma anche extra-edittale ([283]), con conseguente rinuncia ad un più stringente governo del rapporto tra illecito e sanzione su un piano diverso da quello della discrezionalità, come avrebbe potuto essere quello della progettazione legislativa della parte speciale ([284]).

Se il sistema tedesco appare dimentico della separazione concettuale tra il versante formale - relativo ai confini legislativi della punibilità astratta - e quello dinamico-discrezionale - riguardante la determinazione della pena – esso riesce tuttavia a mantenere il rapporto di proporzione tra illecito e sanzione in modo all'apparenza più efficace di quanto non accada nel nostro sistema; un sistema, nel quale, a discapito

---

[282] Tra gli interventi più significativi si ricordano, procedendo dalle più recenti alle più risalenti: la L. n. 251/2005 recante *Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*, che, intervenendo sulla disciplina anteriore (risalente alla riforma del 1974) ha, per un verso, ripristinato la prevalente obbligatorietà degli aumenti di pena connessi alla recidiva e ha, per altro verso, determinato un inasprimento del regime sanzionatorio; la L. n. 19/1990, intervenuta sul regime di imputazione delle circostanze, rendendolo – per quanto concerne le aggravanti - compatibile con il principio di colpevolezza; la L. n. 400/1984, intervenuta sull'art. 63, c. 3 c.p., mediante introduzione al suo interno della definizione delle "circostanze ad effetto speciale". Infine, la cd. novella del 1974, adottata con D.L. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella L. n. 220/1974, il cui intervento, diretto anche all'istituto delle circostanze, si è risolto in un'accentuazione della discrezionalità giudiziale e in un'attenuazione della risposta sanzionatoria.

[283] Frequenti sono i casi d'inasprimento della disciplina per alcuni reati mediante intervento sulle cornici edittali o sulle circostanze ad essi applicabili, come accaduto a numerosi reati contro il patrimonio dopo la riforma Orlando, L. n. 103/2017 (si pensi alle modifiche intervenute sugli artt. 624, 625, 628 e 629, c. 2 c.p.).

[284] PREZIOSI, *cit*., p. 231, il quale avverte che nel nostro ordinamento il bisogno di riavvicinare il presupposto della pena alle conseguenze sanzionatorie non è stato soddisfatto nella comminatoria edittale o nella commisurazione intraedittale, cosa che avrebbe portato ad una rivisitazione della parte speciale, bensì nelle circostanze.

della chiara distinzione formale fra i piani dell'imputazione e della commisurazione della pena, rimane tuttavia fin troppo ampio lo spazio di discrezionalità lasciato al giudice nella determinazione dell'effettiva misura sanzionatoria.

Di fronte a tale scenario appare lecito domandarsi, allora, se non sia più opportuno „rivisitare" le strategie d'intervento sanzionatorio finora attuate, a partire da una riconsiderazione delle cornici edittali – nel senso di un loro restringimento – accompagnata, a sua volta, da un intervento di contenimento dell'istituto delle circostanze.

La tecnica di tipizzazione tipologica per „sottofattispecie", strumento che nel codice penale tedesco può dirsi ricorrente sia in corrispondenza dei gruppi di fattispecie sia dei *Regelbeispiele*, potrebbe rappresentare uno strumento di semplificazione, nel nostro sistema, per la rappresentazione di alcune fattispecie di reato più problematiche o di alcune circostanze.

La tecnica tipologica esemplificativa potrebbe infatti assolvere funzioni di chiarificazione definitoria sottraendo alla discrezionalità giudiziale casi che, a discapito della natura circostanziale loro attribuita, esprimono, per contro, un proprio disvalore, meritevole di essere posto a fondamento di un ambito di un autonomo tutela (rinviamo ai „casi dubbi" trattati nel capitolo precedente).

Il ricorso ai casi esemplari, infine, potrebbe coadiuvare la perimetrazione, sul piano semantico, di espressioni necessariamente indefinite e suscettibili di „graduazione" in sede applicativa: si faccia l'esempio degli indici del grado della colpa e dell'intensità del dolo, di cui all'art. 133, c. 1, nr. 3 c.p ([285]).

Mentre nella progettazione legislativa la tecnica tipologico-esemplificativa serve a distinguere già sul piano formale la *Typizität* dalla *Strafzumessung*, il ricorso agli esempi per la perimetrazione semantica di termini che si sottraggono ad un agevole accertamento – tema, questo, collaterale all'oggetto del nostro lavoro - si tramuta nell'elaborazione di strumenti di prova, utili unicamente nella fase applicativa.

---

[285] Di questo aspetto non intendiamo occuparci in questo lavoro, avendo esso a che fare con l'accertamento probatorio di elementi dal contenuto "vago" ed empiricamente inafferrabile. Gli *exempla* in casi come questo potrebbero essere fonti di ausilio per il giudice e dallo stesso elaborati, secondo le esperienze mutuate dalla prassi in ambito probatorio. Si pensi agli indicatori formulati nel caso Thyssen, di cui nella pronuncia Cass. Pen. S.U., nr. 38343/2014, *Espenhahn,* pp. 184-187. Analogie potrebbero essere riscontrate altresì nei cd. *Elementi dei Crimini* come fonte ausiliaria allo Statuto della Corte penale internazionale, nella regolamentazione del diritto penale internazionale. E' nota, infatti, la funzione di sussidio interpretativo di tale documento, utile al chiarimento dei contenuti delle disposizioni statutarie.

Senza poter entrare nell'analisi dettagliata di entrambi i due diversi ambiti entro i quali tale tecnica potrebbe essere adottata, ci limitiamo in questa sede, in primo luogo, ad evidenziare l'eterogeneità dei piani su cui gli *exempla* (o anche, le "sottofattispecie") potrebbero dichiarare la propria utilità e, in secondo luogo, ad affermare il nostro interesse per il loro utilizzo sul piano formale-legislativo.

7.1. Segue: Le „sottofattispecie" esemplificative come strumento di chiarificazione formale sulla natura delle fattispecie dubbie e/o come alternativa ad alcune circostanze di reato.

Riprendendo ora alcuni esempi del capitolo precedente, al quale rinviamo (cfr. § 2.2, Cap. II), riteniamo di poter tornare a ribadire che, rappresentando esse, sul piano formale, sottofattispecie diverse da quelle originarie alle quali appaiono legate, ciò dovrebbe già ritenersi sufficiente a decretarne l'autonomia sul versante tecnico-legislativo.

La sottofattispecie graduata potrebbe, a nostro avviso, essere già pensata e costruita dal legislatore come autonoma fattispecie.

In una prospettiva *de iure condendo* i casi dubbi come l'art. 319-ter e il 640-bis c.p., per citare i più noti, potrebbero essere già concepiti come forme di tipicità autonoma.

L'interprete che si trovasse di fronte ad ipotesi „qualificate" – dotate, cioè, dei caratteri propri della cd. sottofattispecie graduata – sarebbe libero dalla preoccupazione di definirne la natura ([286]).

Le ragioni che ci portano a concludere in tal senso hanno costituito le premesse del nostro lavoro, che, come già analizzato, partono dalla considerazione del ruolo della sanzione nella definzione del perimetro dell'area penalmente rilevante.

Riteniamo che quest'opera di perimetrazione risulti utile non solo a distinguere l'illecito penale dalle altre forme di illecito, ma anche a distinguere le fattispecie penali fra loro, secondo un modello di *Typizität* rigorosamente ancorato al concetto di punibilità sul piano formale.

La tradizionale riconduzione, sul piano dogmatico, delle circostanze nel novero delle cosiddette "forme di manifestazione del reato" (le *Erscheinungsformen* belinghiane)

[286] Divergiamo dalla tesi di PREZIOSI, *cit.*, pp. 82 e ss. che riconosce autonomia alle fattispecie qualificate sul solo versante degli effetti e non anche del precetto.

non ci appare convincente ([287]), perché fondata su una scissione, interna alla stessa concezione formale di reato, tra ciò che trova espressione nel *Tatbestand* legale a fondamento della punibilità di una condotta (detta, per questo, "*typisch*") e ciò che di tale fattispecie è parte "implicita", "sottintesa", dotata di *"Tatbestandlichkeit"* ma ciònondimeno non autonoma, in quanto incapace di fondare una nuova forma di punibilità.

Affermare che le circostanze sono tipiche in quanto "tipizzate" significa alludere alla loro tipicità sul piano descrittivo, ma non ancora a quello "punitivo".

La *Typizität*, che fa di una condotta un reato, non può che dipendere da una componente ulteriore rispetto a quella meramente linguistica, ossìa quella sanzionatoria.

Se sono dunque queste le nostre premesse, la configurazione di una fattispecie dotata di propria cornice edittale sarà, sul piano formale, già espressione di un "tipo" criminoso e come tale dovrebbe essere trattata dal legislatore già nella fase della sua formulazione.

Ciò significa, in primo luogo, che solo quando le scelte del legislatore vogliano divergere da questo paradigma sarà necessaria una chiara indicazione nel corpo della disposizione codicistica, e, in secondo luogo, che le circostanze – che nel nostro ordinamento rispondono unicamente ad esigenze di tipicità descrittiva, rimanendo, sul piano precettivo, "accessorie" alla fattispecie base - debbano, sul piano dogmatico, più precisamente essere relegate alla fase applicativa, entro la quale trova sede la commisurazione della pena.

Ammesso che le circostanze proprie con efficacia extraedittale vogliano essere mantenute nel nostro sistema, riteniamo che la loro tipizzazione in nessun caso implichi per esse una collocazione diversa da quella della discrezionalità giudiziale.

Non possono pertanto essere utilizzate per determinare i confini formali di una fattispecie, concorrendo alla risoluzione del problema della continuità dell'illecito, nell'ambito, ad esempio, della successione delle leggi nel tempo (rinviamo per questo precipuo profilo alle ipotesi sottoposte a vaglio critico nel § 1, Capitolo II); così come non sarebbe corretto ricorrervi per determinare l'esito dell'accertamento

[287] Aderiamo con ciò alla critica avanzata da Melchionda, già riportata nel corpo del lavoro, sulla catalogazione delle circostanze all'interno delle forme di manifestazione del reato, cfr. MELCHIONDA, *cit*., pp. 557 e ss.

sul fatto, potendo esse semmai incidere unicamente sulla determinazione del *quantum* di pena.

Ci sono, poi, altre situazioni rispetto alle quali la sottofattispecie tipologico-esemplare potrebbe rivelarsi utile alla disciplina di alcuni reati.

Mutuando l'esempio dei gruppi di fattispecie dall'esperienza tedesca, si potrebbe pensare che tale tecnica abbia già trovato nel nostro ordinamento parziale espressione.

Abbiamo già fatto, infatti, l'esempio dei nostri reati contro il patrimonio, nel novero dei quali, le plurime fattispecie di furto (furto semplice, furto in abitazione, furto con strappo, furti punibili a querela dell'offeso, tra i quali, il cd. furto d'uso) concorrono alla rappresentazione di un quadro di illeciti sufficientemente definito, in quanto afferente ad un medesimo ambito di tutela; termine, quest'ultimo, preferibile, per la sua genericità, alla nozione di bene giuridico, il cui utilizzo richiederebbe, invece, maggiore prudenza ([288]).

Tra le numerose fattispecie ivi elencate, trova spazio anche la disposizione relativa alle circostanze aggravanti (art. 625 c.p.), la quale, benchè formalmente denominata „circostanza" sia nella rubrica che nel corpo del testo di legge, raccoglie al suo interno numerose fattispecie potenzialmente integranti forme di illecito dotate di autonomo disvalore.

---

[288] Intendiamo qui riferirci alla differenza tra ambito di tutela e motivi dell'incriminazione, di cui già abbiamo trattato nel riprendere il pensiero di NUVOLONE, *Il sistema, cit.*, p. 221, ove Egli afferma che confondere oggetto e modo della tutela rappresenta un vizio logico assai diffuso. Spesso il concetto di bene è stato utilizzato per definire l'oggetto del reato, in tal modo confondendosi con esso. L'Autore non concorda con le ricostruzioni che distinguono l'interesse sostanziale di categoria dall'interesse specifico, oggetto di tutela di ciascuna norma (il riferimento è al ROCCO, *L'oggetto*, *cit*., pp. 552-553). Le diverse modalita della condotta, attraverso le quali può essere articolata l'offesa ad un bene o ad un interesse della vita, non creano il bene o l'interesse, né individuano un oggetto giuridico specifico, rappresentando esse, piuttosto, le sole diverse declinazioni della protezione. Si veda anche PETROCELLI, *Principi, cit*., pp. 199-200, il quale distingue l'oggetto della tutela dall'oggetto del reato sulla base del diverso momento a cui l'una e l'altra espressione si riferiscono, giacchè mentre la prima riguarda il momento anteriore alla violazione, il secondo si riferisce al momento stesso della violazione. La letteratura sul bene giuridico è estremamente vasta, a dispetto della scarsa complessità del problema sotteso a tale concetto, costituito, com'è noto, dalla sua "intangibilità" ed "indefinitezza", cfr. OTTO, *Rechtsgutbegriff und Deliktatbestand*, in H. Müller-Dietz, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln – Berlin – Bonn – München, 1971, pp. 2 ss. Aderiamo alla critica di ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 417, il quale parla di una "sopravvalutazione" del bene giuridico come strumento di politica criminale. Sul tema, anche ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 122, il quale riconosce che la nozione di "bene" è necessaria ad arricchire il reato dell'aspetto sostanziale, ma non è sufficiente all'interpretazione della legge; ancora, si segnala BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico,* in *Rivista italiana,* 1959, pp. 705 e ss.

L'idea di estrarre dall'elencazione delle circostanze alcune ipotesi più significative (statisticamente più frequenti ed insidiose), per attribuire loro rilevanza penale autonoma, potrebbe trovare più persuasivo fondamento alla condizione che le altre ipotesi ivi indicate vengano ricondotte entro le cornici edittali delle restanti fattispecie di furto.

Intendiamo affermare, cioè, che la creazione di un gruppo di fattispecie dovrebbe essere finalizzata ad una semplificazione della disciplina: la predisposizione di plurimi „tipi criminosi", ciascuno dotato di una diversa cornice di pena, permette di „coprire", con questa diversità, le variazioni qualitative statisticamente più frequenti sul piano empirico ([289]).

L'effetto gradualistico verrebbe, cioè, a realizzazione già sul versante formale, ponendo il giudice di fronte al solo problema di individuare la fattispecie più adatta al caso da valutare.

Tutto quanto possa poi materialmente incidere sulla gravità della misura sanzionatoria, sul versante quantitativo, potrebbe, in casi come questo, trovare menzione entro la cornice di pena corrispondente alla fattispecie di reato via via individuata.

La semplificazione postulebbe, cioè, che tutto ciò che esonda dal problema della qualificazione – già risolto entro i margini delle fattispecie radunate nel gruppo – rientrasse nella commisurazione intraedittale con riferimento a ciascuna cornice.

Esemplificando, ipotizziamo che dall'attuale art. 625 c.p. il legislatore intenda estrapolare la circostanza di cui al nr. 7 della disposizione (furto di cose destinate alla pubblica fede) e – sulla base di ragioni di politica criminale legate, come si diceva, alla frequenza statistica e all'allarme destato da un simile modello criminoso - da essa ricavi una nuova fattispecie di furto.

---

[289] MELCHIONDA, *Le nuove fattispecie di usura. Il sistema delle circostanze*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* 1997, pp. 736 e ss. (in particolare, p. 739). L'Autore avvia una riflessione analoga a proposito delle circostanze della fattispecie di usura, di cui all'art. 644 c.p., rispetto alle quali potrebbe apparire più opportuno ricorrere ad una costruzione legislativa che faccia di esse vere e proprie fattispecie autonome. Egli inserisce tale considerazione all'interno di una più ampia riflessione sull'effettiva adeguatezza della valorizzazione delle circostanze come strumento per rispondere ad esigenze di maggior tutela.

Tutte le altre circostanze suscettibili di applicazione generalizzata, in quanto compatibili con tutte le fattispecie di furto ([290]), nonchè quelle speciali, in quanto poste in relazione ad una sola fattispecie ([291]), potranno rilevare all'interno delle cornici di pena di ciascuna sottofattispecie.

Tale soluzione preserverebbe, a parere di chi scrive, la separazione tra ciò che attiene alla definizione legislativa dei margini di punibilità astratta (la cd. *Typizität*) – entro i quali viene poi a svolgersi l'accertamento del fatto (la cd. *Tatbestandsmäßigkeit*) - e quanto appartiene alla discrezionalità giudiziale, nella diversa sede della commisurazione della pena ([292]).

Si tratta di una ricostruzione che muove, in parte, dalla riflessione sulla necessità di rivedere le circostanze come istituto ad efficacia extra-edittale, per ripensarlo semmai come strumento di graduazione intra-edittale della pena; in (altra) parte, dalla necessità di ribadire che l'apprezzamento quantitativo dei livelli di gravità di un fatto non può condurre ad interpolazioni della fattispecie formale, in chiave "esegetica", dovendo per contro essere ricondotto o alla fase puramente commisurativa, o alla fase prodromica alla formulazione del tipo legale ([293]).

E ciò in quanto, come sostenuto al principio di questo lavoro, benchè precetto e sanzione siano avvinti dal nesso interno alla norma penale, essi rimangono entità

---

[290] Si faccia il caso di cui all'art. 625, c.1, nr. 2 (uso di violenza sulle cose o di un mezzo fraudolento). Una simile ipotesi può rendersi compatibile con tutte le restanti fattispecie di furto del Titolo XIII, Libro secondo del codice penale, a parte qualche margine di discutibile compatibilità dell'uso della violenza rispetto all'azione dello „strappare di mano o di dosso alla persona" del furto con strappo.

[291] Si faccia il caso dell'art. 625, c. 1, nr. 6 (furto commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande). Tale circostanza appare speciale rispetto all'esempio fatto prima, in quanto può dirsi in una certa misura sottratta alla combinazione con il furto in abitazione, mentre appare senz'altro specificamente compatibile con una potenziale fattispecie di furto di cose destinate alla pubblica fede.

[292] Riflette sull'opportunità di vagliare il piano tecnico-legislativo ARZT, *Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen. Gelichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele*, in *JuS* 1972, p. 387, ove Egli afferma che più sono gli elementi che confluiscono nel *Tatbestand* come fattori costitutivi, minore sarà l'esigenza di estendere la cornice edittale e viceversa. L'evanescenza della fattispecie sul piano strutturale implica l'attribuzione al giudice di più estesi margini di discrezionalità per la delimitazione del disvalore di fattispecie. A parere dell'Autore occorre una via di mezzo: cornici edittali più ristrette accompagnate da una *relativ elastischer Tatbestandsfassung.*

[293] Ci paiono interessanti, a tale scopo, alcune riflessioni sulla plausibilità di un ripensamento della drastica alternatività tra circostanze proprie – connotate dalla tipicità nella descrizione legislativa e dalla obbligatorietà nell'applicazione - e circostanze cd. "improprie", espressione, queste, della più piena discrezionalità giudiziale, cfr. sul punto DE VERO, *Circostanze, cit*., pp. 75-76. Ci pare che l'Autore proponga, del resto, una rimeditazione dell'istituto delle circostanze in chiave applicativa, considerandole, quindi, intrinsecamente appartenenti alla commisurazione della pena.

separate e diverse, non suscettibili di essere poste sullo stesso piano, né tantomeno invertite.

8. *Conclusioni*

Giungendo così al termine del nostro lavoro, cerchiamo qui di metterne in luce gli "intendimenti", limitandoci a saggiare i nessi che hanno condotto agli approdi raggiunti e alla formulazione delle proposte lanciate.

Quanto finora esposto ha cercato di evidenziare che il problema della tipicità e quello della commisurazione appartengono a sistemi diversi, ciascuno di essi rispondente a specifiche funzioni.

Ci siamo impegnati su questo tema, sollecitati, in particolare, dalla lettura del lavoro di Rocco Alagna, dedicato alla tipicità cosiddetta "stratificata", nel quale, attraverso l'accoglimento di una ricostruzione gradualistica della tipicità – di ben più risalente derivazione – la linea di confine tra i due problemi sopra indicati è venuta per contro ad opacizzarsi.

Senza voler qui nuovamente entrare nel merito delle questioni analizzate, il nostro lavoro ha inteso fare chiarezza sulla separazione concettuale tra tipizzazione formale della fattispecie e apprezzamento della gravità del fatto concreto, procedendo per "quesiti".

Le tappe essenziali toccate nello sviluppo del lavoro hanno riguardato i temi della tipicità e della fattispecie formale, il concetto di specialità, nonchè il ruolo della sanzione nella determinazione dei rapporti con il precetto, all'interno della norma penale.

L'indagine ha cercato di sondare, seppur in maniera piuttosto contenuta, gli argomenti elencati, allo scopo di svolgere un'operazione di "discernimento" ed è così giunta a rilevare che un ordinato inquadramento del problema della tipicità postulerebbe un preliminare approfondimento delle tematiche di teoria generale del diritto, aspetto, questo, che abbiamo potuto apprezzare soprattutto nella prima parte del nostro lavoro attraverso l'analisi della penalistica meno recente.

Il tentativo svolto è stato proprio quello di contestualizzare, in primo luogo, il tema trattato nella sede di sua naturale appartenenza, interna alla teoria della norma, e di

verificare, in secondo luogo, i margini di coerenza tra la predetta sede e gli argomenti posti a fondamento della teoria gradualistica della tipicità.

Senza tornare sulle considerazioni critiche che ci hanno permesso di evidenziare le incongruenze dell'approccio gradualistico, così come ricostruito da alcuna parte della dottrina, l'esame delle sue matrici "culturali" e dogmatiche ci ha condotto al rinvenimento del suo fondamento argomentativo più significativo: il concetto di "sottofattispecie".

Individuati gli aspetti di esso che ci sono apparsi meno convincenti, in quanto appunto incompatibili con alcune "regole" della logica della norma, abbiamo ciònondimeno tratto da questa figura utili spunti per riflettere sul suo potenziale utilizzo nella fase della produzione legislativa: come modello, cioè, per costruire le fattispecie.

Il "salto" che ci ha permesso di approdare alle tecniche di tipizzazione legislativa si declina, in particolare, in un duplice passaggio.

Il primo consiste nell'aver osservato le peculiarità della conformazione assunta dalla figura della cd. sottofattispecie graduata: sempre "speciale" rispetto alla fattispecie originaria, in quanto, rispetto ad essa, "qualificata".

Il secondo passaggio risiede, invece, nella comparazione con il sistema tedesco, all'interno del quale ha trovato accoglimento la tecnica legislativa tipologico-esemplificativa.

Evitando di ripercorrere pedissequamente i punti che abbiamo già attraversato, interessa qui affermare soltanto che la comparazione con il sistema tedesco ha reso possibile comprendere non solo che esiste un legame tra la tecnica tipologico-esemplificativa e la conformazione della cd. sottofattispecie graduata, ma anche che, attraverso il ricorso a tale tecnica, la vocazione gradualistica della tipicità potrebbe trovare una più adeguata traduzione in una versione compatibile con il principio di legalità e con il concetto di tipicità formale.

L'esigenza di proporzione, sottesa all'approccio gradualistico, trova a nostro avviso più corretta esplicazione in due sedi diverse e congiuntamente operanti: da un lato, nella definizione formale della fattispecie astratta – in sede, dunque, di costruzione legislativa della parte speciale – e, dall'altro, nella commisurazione della pena

(preferibilmente intra-edittale), dove trova esplicazione la discrezionalità vincolata del giudice.

Riteniamo che le istanze di proporzione non possano trovare, per contro, adeguata risposta attraverso il ricorso a costruzioni ibride, come quella appunto della cd. tipicità stratificata, fondate sulla pretesa di intervenire sulla fattispecie formale nel momento esegetico, muovendo, tuttavia, dalla gravità del caso concreto e non, piuttosto, dalla lettera della legge.

Il nostro lavoro è diretto quindi ad avanzare l'ipotesi ricostruttiva per la quale il coordinamento tra i momenti della qualificazione del fatto e della graduazione della pena potrebbe trovare più efficace realizzazione intervenendo sulle tecniche di tipizzazione e, contestualmente, rivisitando in chiave restrittiva l'attuale disciplina delle circostanze cd. proprie.

Il riferimento ai gruppi di fattispecie o alla riformulazione di alcune circostanze nel nostro ordinamento nei termini di vere e proprie fattispecie autonome rappresenta soltanto uno spunto, un esito possibile della riflessione che abbiamo qui solo avviato.

Un suo potenziale prosieguo richiederebbe assai più approfondite indagini sul sistema tedesco – soprattutto sulla casistica giurisprudenziale – e sulle ricadute della tecnica tipologica rispetto ad alcune fattispecie di reato nel nostro ordinamento: aspetti, questi ultimi, in parte lambiti marginalmente, in parte rimasti inesplorati.

BIBLIOGRAFIA

ABAGNALE, *Tecniche legislative: prime affermazioni su alcune esperienze straniere*, in *Le regioni*, 1985, pp. 241 e ss.

ABBAGNANO, voce *Definizione*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, pp. 260 e ss.

ABBAGNANO, voce *Concetto*, in *Dizionario Filosofico*, Torino, 1980, pp. 181 e ss.

AFTALION, *Appunti per una definizione realistica di reato*, in *Rivista italiana di Diritto penale,* 1956, pp. 257 e ss.

ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007.

ALAGNA, *Dialogo breve sulla tipicità penale,* in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino, 2017, pp. 3 e ss.

ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 2000.

ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Rivista di diritto civile*, 1955, I, pp. 247 e ss.

ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Rivista di diritto civile,* 1956, pp. 1 e ss.

AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione,* in *Cassazione penale,* 2007, pp. 2815 e ss.

AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato,* in *Quale riforma del codice penale*, a cura di C. Fiore - S. Moccia - A. Cavaliere, Esi, Napoli, 2009, pp. 186 e ss.

AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p.*, in *Studium Iuris*, 2015, pp. 968 e ss.

AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali,* in *Scritti in onore di Sergio Moccia*, 2017, pp. 393 e ss.

AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giurisprudenza Costituzionale,* 1964, p. 486.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale,* in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, p. 59 e ss.

ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.

ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.

ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale,* 1937, pp. 121 e ss.

ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 43 e ss.

ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 61 e ss.

ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 97 e ss.
ANTOLISEI, *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 263.
ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1948, pp.1 e ss.
ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale,* Milano, 1955.
ARDIZZONE, *Reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano, 1984.
ARIOLLI, *La truffa per il conseguimento delle erogazioni pubbliche è una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*, in *Cassazione penale,* 2002, pp.3368 e ss.
ARZT, *Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen. Gelichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele*, in *JuS,* 1972, pp. 385 e ss.
ASCHROTT, *Die mildernden Umstände und die besonders leichten Fälle im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Ein Beitrag zur Lehre der Strafzumessung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1911, pp. 134 e ss.
ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Archivio giuridico*, 1921, pp. 129 e ss.
AZZALI, *Profili in tema di struttura del fatto e classificazione del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, p. 81.
BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kommunikationsprozess. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre*, Baden-Baden, 1977.
BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale,* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1959, pp. 178 e ss.
BARATTA, *Ricerche su "essere" e "dover essere" nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968.
BARATTA, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1972, pp. 29 e ss.
BARBERO, *Empirismo e dogmatica del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1949, pp. 310 e ss.
BARBERO, *Polemiche sulla sanzione*, in *Rivista di diritto civile,* 1956, pp. 901 e ss.
BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in *Diritto penale e processo,* 2003, pp. 302 e ss.
BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, pp. 1771 e ss.
BARTOLO, *La distinzione tra aggravanti "proprie" disciplinate dalle fattispecie di reato aggravate e aggravanti "improprie" disciplinate dalle fattispecie aggravate (di reato): i diversi criteri di imputazione soggettiva delle aggravanti improprie*, in *Studi in onore di Coppi*, Torino, 2011, pp. 1 e ss.

BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui criteri di distinzione*, in *Studi in onore di Coppi*, Torino, 2011, pp. 11 e ss.
BASILE, *L'"enorme potere" delle circostanze sul reato: l'"enorme potere" dei giudici sulle circostanze,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2015, pp. 1743 e ss.
BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari,* Loescher, Roma, 1910.
BATTAGLINI, *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale,* in *Annali di diritto e procedura penale,* 1934, pp. 1089 e ss.
BATTAGLINI, *Diritto penale,* Padova, 1949.
BAUMANN, *Kritischen Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1958, pp. 227.
BAUMANN, *Minima non curat praetor*, in *Festschrift für Peters*, 1974, pp. 3 e ss.
BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica,* Padova, 1992.
BELING, *Methodik der Gegsetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung*, Berlin, 1922.
BELING, *Il significato del principio: "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, in *Giustizia penale,* 1931, pp. 319 e ss.
BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* Aalen, 1964.
BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930.
BETTI, *Di una teoria generale sull'interpretazione*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1965, pp. 236 e ss.
BETTIOL, *La teoria del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Rivista italiana,* 1932, I, pp.524 e ss.
BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1938, p. 3 e ss.
ID., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1938, pp. 513 e ss.
BETTIOL, *Sistema e valori in diritto penale,* in *Jus,* 1940, fasc. 4.
BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico,* in *Rivista italiana*, 1959, pp. 705 e ss.
BETTIOL, *Scritti giuridici*, Padova, 1966.
BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale,* Padova, 1986.
BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, Aalen, 1965.
BOBBIO, *L'analogia e il diritto penale*, in *Rivista penale,* 1938, pp. 526 e ss.
BOBBIO, *La teoria pura del diritto ed i suoi critici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1954, pp. 356 e ss.
BOBBIO, *Il Positivismo giuridico*, Torino, 1963.

BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, 1965, pp. 330 e ss.
BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica,* in *Rivista di filosofia*, 1967, pp. 235 e ss.
BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Novissimo Digesto italiano*, XVI, 1969, pp. 530 e ss.
BOBBIO, voce *Consuetudine (teoria gen.),* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano, 1961, pp. 426 e ss.
BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
BOCKELMANN, *Richter und Gesetz*, in *Festschrift für Smend*, 1953, pp. 23 e ss.
BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016.
BONUCCI, *Il reato come fatto illecito e fatto punibile*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1919, pp. 161 e ss.
BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze di reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1964, pp.1019 e ss.
BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale,* Milano, 1965.
BRICOLA, voce *Teoria generale del reato,* in *Novissimo Digesto Italiano,* XIX, Torino 1973, pp. 7 e ss.
BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984, pp. 99 e ss.
BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela,* in De Acutis-Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale,* Padova 1984, pp. 3 e ss.
BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht. Programmatische Vorüberlegungen zu einer funktionalen Methode der Strafrechtswissenschaft,* Berlin, 1974.
BRUNELLI, *Confronto di idee su "circostanze del reato tra nodi tecnici e spunti di politica penale",* in *Archivio penale,* 2017, pp. 749 e ss.
BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino 2000.
BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena,* in *Studi in onore di Dolcini*, 2018, pp. 251 e ss.
BRUNELLI, *L'inasprimento delle pene nella legge Orlando: qualche rapsodico spunto di riflessione attorno ai minimi edittali, circostanze e a un legislatore che si veste da giudice*, in *Archivio penale,* 2018, pp. 11 e ss.
BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung,* Köln, 1976.
BRUNS, *Über die „Bewertungsrichtung" negativ formulierter Strafzumessungstatsachen,* in *Juristische Rundschau*, 1987, pp. 89 e ss.
BURDESE-GALLO, *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* 1949, pp. 356 e ss.
CAIANI, voce *Analogia*, in *Enciclopedia del Diritto,* II, 1958, pp. 349 e ss.
CALLIES, *Die Rechtsnatur der "besondere schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht,* in *Juristenzeitung*, 1975, pp. 112 e ss.

CALLIES, *Der Rechtscharakter der Regelbeispiele im Strafrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1998, pp. 929 e ss.
CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929.
CAMMARATA, *La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta,* in *Studi Filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio*, vol. I, 1930, pp. 43 e ss.
CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936.
CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.
CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cassazione penale,* 2006, pp. 1184 e ss.
CARLIZZI-OMAGGIO, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010.
CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926.
CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.
CARNELUTTI, *Controversie sul metodo*, in *Foro italiano,* 1948, p. 1 e ss.
CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1867.
CARUSO, *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena*, in *Indice Penale*, 2006, pp. 557 e ss.
CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Padova, 2009.
CASTRONUOVO, *La mappa dell'Impero*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, pp. 11 e ss.
CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enciclopedia del diritto,* XVI, 1967, pp. 926 e ss.
CAVALLO, *Diritto penale*, Napoli, 1948.
CERVATI, *Metodi e tecniche della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in *Foro italiano,* 1985, pp. 281 e ss.
CERVATI, *Disposizione e norma,* in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, pp. 2014 e ss.
CIGNA, *Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo*, in *Rivista penale*, 1919, pp. 445 e ss.
CIGNA, *Il precetto comprimario ed i reati plurilesivi*, in *Rivista penale,* 1928, pp. 198 e ss.
CLASS, *Darstellung der qualifizierten und priviligierten Delikte*, Diss., Gießen, 1929.
CLASS, *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für Schmidt*, Göttingen, 1961, pp. 123 e ss.
CONCAS, *I delitti qualificati da una offesa aberrante. Struttura e natura giuridica,* in *Scuola positiva*, 1965, p. 384.
CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Archivio penale,* 1974, pp.345 e ss.

CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cassazione penale,* 1984, pp. 2298 e ss.
CONSO, *Punti fermi in tema di reato continuato*, in *Rivista italiana*, 1949, pp. 85 e ss.
CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.
CONTE, voce *Nomostatica e nomodinamica*, in *Novissimo Digesto italiano,* XI, Torino, 1965, pp. 321 e ss.
CONTE, voce *Normativismo*, in *Novissimo Digesto italiano,* XI, Torino, 1965, pp. 338 e ss.
CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963.
CONTENTO, *Limiti della norma e fattispecie non punibili*, in *Archivio Penale*, 1965, pp. 323 e ss.
CONTENTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, pp. 655 e ss.
CONTENTO, *Clausole generali e regole d'interpretazione "come principi di codificazione"* in *Scritti 1964-2000,* Roma-Bari, 2002, pp. 304 e ss.
CONTI, *I reati aggravati dall'evento*, in *Rivista italiana di diritto penale,* 1950, pp. 715 e ss.
CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Novissimo Digesto italiano*, III, 1958, pp. 1007 e ss.
COPPI, *Appunti in tema di "malversazione a danno dello Stato" e di "truffa aggravata per il conseguimento delle erogazioni pubbliche"*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, Milano, 1991, pp. 575 e ss.
CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, pp. 935 e ss.
CORRADINI, *Formalismo, costruzione giuridica e valori,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1965, pp. 695 e ss.
CRAMER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, *§ 16 StBG*, 29. Auflage, München, 2014.
CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto, in Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1941, pp. 41 e ss.
CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del Diritto,* XIII, Milano, 1964, pp. 195 e ss.
CRISTIANI, *Considerazioni sullo studio della fattispecie legale oggettiva in Filippo Grispigni,* in *Studi in memoria di Filippo Grispigni*, Milano, 1956, pp. 257 e ss.
DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, Berlin, 1935.
DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1938, pp. 282 e ss.
DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale,* Torino, 2004.
DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016.
DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1937.
DE NOVA, *Il tipo contrattuale,* Padova, 1974.
DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983.
DE VERO, *Osservazioni sui principi e sull'articolato delle disciplina delle circostanze del reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, pp. 405 e ss.
DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967.
DEAN, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2006, pp. 133 e ss.
DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Osservazioni intorno al progetto preliminare del nuovo codice penale*, *Agosto 1927, anno V,* Milano, 1928.
DELITALA, *Il contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto,* in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1976, pp. 165 e ss.
DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Rivista di diritto penale*, 1934, pp. 104 e ss.
DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.
DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enciclopedia del Diritto,* II, Milano, 1958, pp. 542 e ss.
DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Archivio penale,* 1958, pp. 173 e ss.
DELOGU, *Le norme penali congiunte,* in *Annali di diritto e procedura penale,* 1936, pp. 521 e ss.
DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998.
DI ROBILANT, *Osservazioni sulla concezione della norma giuridica come giudizio di valore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, pp. 1377 e ss.
DOHNA, (GRAF ZU), *Die gesetzliche Strafzumessung*, in *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform,* 1943, pp. 138 e ss.
DOHNA, (GRAF ZU), *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, 1950.
DOHNA, (GRAF ZU), *Ein neuer Grundriss des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1941, pp. 287 e ss.
DOLCINI, *"Depenalizzazione" e tipologia delle sanzioni,* in *Temi*, 1977, pp. 371 e ss.
DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.

DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1984, pp. 589 e ss.
DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enciclopedia del Diritto,* XXXVI, Milano, 1985, pp. 745 e ss.
DOMINEDO', *Giurisprudenza dei valori,* in *Scritti in onore di Carnelutti*, I, Padova, 1950, pp. 469 e ss.
DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato,* Milano, 1991.
DONINI, voce *Teoria generale del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche,* XIV, Torino, 1999, p. 212.
DREHER, *Die erschwerenden Umstände im Strafrecht,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1965, pp. 226 e ss.
EISELE, *Die Regelbeisielmethode im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 2004.
ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht,* in *Festschrift für Mezger,* München und Berlin, 1954, pp. 147 e ss.
ENGISCH, *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen*, in *Festschrift für Rittler* 1957, pp. 165 e ss.
ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960 pp. 401 e ss.
ENGISCH, *Zur "Natur der Sache" im Strafrecht*, in *Festschrift für Schmidt*, Göttingen, 1961, pp. 90 e ss.
ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, Heidelberg, 1963.
ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.
ENGISCH, *Logische Ueberlegungen zur Verbrechensdefinition*, in *Festschrift für Welzel*, Berlin-New York, 1974, pp. 365 e ss.
ENGISCH, *Karl Peters und der Ermessensbegriff,* in *Festschrift für Peters*, 1974, pp.15 e ss.
ESSER, *Unrecht, Schuld und Strafe im Lichte der materialen Wertlehre*, in *Festschrift für Theodor Rittler*, Inssbruck, 1946, pp. 7 e ss.
ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice,* trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983.
FAHL, *Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe,* Berlin, 1996.
FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, 1965, pp. 482 e ss.
FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, 1967, pp. 941 e ss.
FERRARA, *Natura obiettiva e funzione selettiva dell'elemento differenziale,* in *Indice penale*, 2002, pp. 955 e ss.
FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 3 e ss.

FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, V, 1991, pp. 154 e ss.
FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991, pp. 63 e ss.
FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?,* in *Foro italiano,* 2001, pp. 1 e ss.
FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2000, pp. 353 e ss.
FINGER, *Der objektive Tatbestand als Strafzumessungsgrund*, Wien, 1888.
FINZI, *Reati con azioni plurime*, in *Giustizia penale*, 1933, pp. 1646 e ss.
FIORE, *Principio di tipicità e concezione realistica del reato*, in *Problemi generali di diritto penale: contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano 1982, pp. 57 e ss.
FIORE, *Il principio di offensività* in *Indice penale*, 1994, pp. 275 e ss.
FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934.
FORNASARI, *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza nel diritto penale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991, p. 247.
FORNASARI, *Riflessioni sui principi sovralegali del diritto penale*, in *Studi in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, vol. I, pp. 347 e ss.
FREUND, *Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts. Eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1997*,* pp. 455 e ss.
FREUND, *Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten" Strafrahmen für die Strafzumessung,* in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1999, pp. 509 e ss.
FRISCH, *Ermessen, unbestimmter Begriff und „Beurteilungspielraum" im Strafrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1973, pp. 1345 e ss.
FRISCH, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftperspektiven der Strafzumessungdokmatik*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht,* 1987, pp. 349 e ss.
FRISCH, *Über die "Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1989, pp. 338 e ss.
FRISCH, *Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung*, in *140 Jahre in Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 3 e ss.
FRISCH, *Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung,* in *Grundlagen staatlichen Strafens,* in *Festschrift für H. Müller-Dietz*, München, 2001, pp. 237 e ss.

FRISCH, *Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung - Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung,* in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 2014, pp. 489 e ss.
FRISCH, *Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2015, pp. 65 e ss.
FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958.
FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971.
FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1994.
FUCHS, *Fatto e conseguenza giuridica,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1928,1928, pp. 44 e ss.
GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Berlin - Leipzig 1936, pp. 50 e ss.
GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Tatbestand*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1955, pp. 1 e ss.
GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1982, pp. 447 e ss.
GALLAS, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit,* in *Beiträge zur Verbrechenslehre*, a cura di Wilhelm Gallas, Berlin, 1968, pp. 8 e ss.
GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1949, pp. 559 e ss.
GALLO, *Premesse alla teoria della colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1949, pp. 395 e ss.
GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, pp. 127 e ss.
GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.
GALLO, *L'elemento oggettivo del reato. Appunti di diritto penale,* Torino, 1963.
GALLO, voce *Dolo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, 1964, pp. 750 e ss.
GALLO-SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale,* in *Enciclopedia Treccani,* II, 1988, pp. 1 e ss.
GALLO, *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Rivista italiana*, 1999, pp. 769 e ss.
GALLO, *Le forme di manifestazione del reato. Appunti di parte generale*, vol. III, Torino, 2007.
GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
GEERDS, *Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen*, in *Festschrift für Engisch*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 408 e ss.
GIANNOTTA, *Un problema di interpretazione*, in *Rivista italiana*, 1954, pp. 102 e ss.
GIULIANI, *Le norme di liceità nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1974, pp. 812 e ss.
GIULIANI-BALESTRINO, *Sull'intima crisi della concezione della teoria tripartita di reato*, in *Indice Penale*, 1984, pp. 465 e ss.

GIUNTA, *Depenalizzazione,* in *Dizionario di Diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, pp. 191 e ss.
GÖSSEL, *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeiteinschränkendes Tatbestandsmerkmal*, in *Festschrift für D. Oehler,* Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, pp. 102 e ss.
GÖSSEL, *Über die sogennanten Regelebeispielstechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung*, in *Festschrift für Hirsch*, Berlin, 1999, pp. 183 e ss.
GRAF ZU DOHNA, *Die gesetzliche Strafzumessung*, in *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1943, pp. 138 e ss.
GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, 1950.
GRAF ZU DOHNA, *Ein neuer Grundriß des Strafrechts*, in *ZStW* (Bd. 60), 287.
GRANOCCHIA, *Qualche spunto di riflessione sulla distinzione tra circostanza e titolo autonomo di reato dopo le Sezioni Unite in materia di immigrazione clandestina,* in *Archivio penale online* 2019 (n. 3), pp. 1 e ss.
GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato,* in *Giurisprudenza costituzionale,* 1981, pp. 806 e ss.
GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova,1969.
GREGORI, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978.
GRISPIGNI, *L'evento come elemento costitutivo del reato,* in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, pp. 857 e ss.
GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, Padova, 1932.
GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva,* Milano, 1950.
GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003, pp. 25 e ss.
GROSSI, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti,* Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007),* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, pp. 1909 e ss.
GROSSO, *Struttura e sistematica dei cosiddetti delitti aggravati dall'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1963, pp. 494 e ss.
GROSSO, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività o irrilevanza penale del fatto?*, in *Cassazione penale*, 2001, pp. 2535 e ss.
GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen, 1926.
GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft,* in *Festgabe für R. Frank,* I, Tübingen, 1930, pp. 1 ss.
GUARNIERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, 1947.
GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa,* in *Le regioni*, 1985, pp. 221 e ss.
GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988.

GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre*, in *JuS*, 1978, pp. 8 e ss.
GÜNTHER, *Grade des Unrechts und Strafzumessung,* in: *Kriminalität – Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten,* in *Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag,* hrsg. V. Fritjof Haft u.a., Heidelberg, 1993, pp. 453 e ss.
GUTHERZ, *Studien zur Gesetztechnik,* I, Frankfurt am Main, 1908.
HAFFKE, Delictum sui generis *und Begriffjurisprudenz*, in *JuS,*1973, pp. 402 e ss.
HAFT, *Generaklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht*, in *JuS*, 1975, pp. 477 e ss.
HAFT, *Kritische Anmerkungen zur Auslegung von Straftatbestände*, in *Festschrift für T. Lenckner,* München, 1998, pp. 81 e ss.
HALL, *Entwicklung des Verbrechensbegriffe aus dem Geist des Prozesses*, in *Festschrift für Mayer*, 1966, pp. 35 e ss.
HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, Bonn-Köln-Berlin-München, 1974.
HASSEMER, *Die Rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens,* in *Gedächtnisschrift für Radbruch,* Göttingen, 1968, pp. 281 e ss.
HASSEMER, *Fattispecie e tipo*. *Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad.it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007.
HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1978, pp. 64 e ss.
HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933.
HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Festgabe für R. Frank,* I, Tübingen, 1930, pp. 251 e ss.
HEINITZ, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Eg. Schmidt*, 1961, pp. 266 e ss.
HEYDE, *Typus. Ein Beitrag zur Typologik*, in *Studium Generale*, 1952 (4), pp. 235 e ss.
HILLEBRAND, *Nochmals: das eigenständige Verbrechen. Ein überflüssiger Begriff?*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1956, pp. 1268 e ss.
HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1962, pp. 78 e ss.
HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaf*t, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, pp. 831 e ss.
HIRSCH, *Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystems Delitalas,* in *Studi in memoria di G. Delitala,* III, Milano 1984, 1933 e ss.
HIRSCH, *Der'unmittelbare' Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, in *Festschrift für D. Oehler,* Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, pp. 111 e ss.
HIRSCH, *Die verfehlte deutsche Gesetzesfigur der „besonders schweren Fälle",* in *FS für K.H. Gössel*, Heidelberg, 2002, pp. 287 e ss.

HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.
HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechstanwendung*, Berlin, 1965.
IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista Diritto e Processo*, 2014, pp. 36 e ss.
IRTI, voce *Rilevanza*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968, pp. 1094 e ss.
IRTI, *Destini dell'oggettività: studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011.
IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Berlin, 1983.
JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992.
JAROMIR, *Il concetto realistico e il concetto normologico della norma giuridica,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,*1933, pp. 153 e ss.
JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil,* Berlin, 1996.
KASTENBAUER, *Die Regelbeispiele im Strafzumessungsvorgang – dargestellt am Beispiel des Diebstahls in einem besonders schweren Fall,* München, 1986.
KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi, Vivarium, Napoli, 2013.
KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht,* in *Grundfragen der gesamten Rechtswissenschaft, Festschrift für Henkel,* 1974, pp. 89 e ss.
KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1994.
KEMPSKI, *Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften,* in *Studium Generale*, 1952, p. 205.
KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1952, p. 255.
KINDHÄUSER, *Zur Anwendbarkeit der Regeln des Allgemeinen Teils auf den besonders schweren Fall des Diebstahls*, in *Festschrift für Otto Triffterer*, Wien, New York, 1996, pp. 123 e ss.
KLUG, *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrecht*, in *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 249.
KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*, Frankfurt am Main, 1999.
KRAUSS, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1964, pp. 19 e ss.
KRETSCHMER, *Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem*, in *Studium Generale*, 1951 (7), pp. 399 e ss.
KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966.
KUHLEN, *Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?* in *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff – Straftatzurechnung Strafrechtszweck - Strafaussschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht,* hrsgg. von Jürgen Wolter und Georg Freund, Heidelberg, 1996, pp. 77 e ss.

LAMPE, *Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis*, in *Festschrift für H. Welzel,* Berlin-New York, 1974, pp. 151 ss.
LANG-HINRICHSEN, *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum,* in *Juristische Rundschau,* 1952, pp. 302 e ss.
LANG-HINRICHSEN*, Bemerkungen zum Begriff der Tat im Strafrecht,* in *Festschrift für K. Engisch,* Frankfurt am Main*,* 1969, pp. 353 e ss.
LANGE, *Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung*, in *Juristenzeitung,* 1953, pp. 9 e ss.
LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it a cura di S. Ventura, Milano, 1966.
LARENZ, *Fall-Norm-Typus. Eine rechtslogische Studie*, in *Festbagbe für H. und M. Glockner*, Bonn, 1966, pp. 149 e ss.
LARENZ, *Originäre Rechtssachverhalte,* in *Festschrift für G. Husserl,* 1969, pp. 132 e ss.
LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967.
LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, pp. 337 e ss.
LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale,* Torino, 1984.
LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati,* in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1959, pp. 940 e ss.
MADDALENA, voce *Genus*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1961, pp. 796 e ss.
MAGGIORE, *Principii del diritto penale,* Bologna, 1939.
MAGGIORE, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*, in *Archivio penale*, 1949, pp. 3 e ss.
MAIHOFER, *Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre,* in *Festschrift für Rittler* 1957, pp. 141 e ss.
MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1961, pp. 111 e ss.
MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts,* in *Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 11 ss.
MAIWALD, *Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele,* in *Festschrift für W. Gallas*, Berlin-New York, 1973, pp. 137 e ss.
MAIWALD, *Zur Problematik der „besonders schweren Fälle" im Strafrecht,* in *Neue Zeitschrift für Strafrecht,* 1984, pp. 431 e ss.
MALINVERNI, *Problemi su l'illecito*, Vercelli, 1940.
MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano, 1961, pp. 66 e ss.
MANDRIOLI, *Svolgimenti sulla sanzione e su una recente negazione*, in *Jus,* 1956, pp. 362 e ss.

MANERA, *Sul giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee e sul concorso tra circostanze aggravanti previste in uno stesso numero dell'art. 625 c.p.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, pp. 545 e ss.
MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, 1993,pp. 1 e ss.
MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1961.
MANTOVANI, voce *Furto (dir. Pen. com.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, 1961, pp. 694 e ss.
MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione,* in *Scritti in onore di Costantino Mortati,* vol. IV, 1977, pp. 448 e ss.
MANTOVANI, *Il problema dell'offensività del reato nelle prospettive di riforma del codice penale*, in *Problemi generali di diritto penale – contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, pp. 63 e ss.
MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013.
MANZINI, *Trattato del diritto penale italiano*, Torino 1981.
MANZINI, *Istituzioni di diritto penale*, Padova, 1958.
MARINI, *Le circostanze di reato*, Milano, 1965.
MARINI, *Circostanze del reato (Diritto penale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, app. A-COD, Torino, 1980, pp. 1254 e ss.
MARINI, voce *Reato,* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, 1991, pp. 1 e ss.
MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.*), in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milano, 1961, pp. 502 e ss.
MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1971.
MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, pp. 1190 e ss.
MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. I, 1987, pp. 172 e ss.
MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2007, pp. 1254 e ss.
MARRADI, voce *Classificazioni, Tipologie, Tassonomie*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Roma, 1993, pp. 22 e ss.
MARSICH, *Gli elementi costitutivi e i presupposti del reato*, in *Rivista Penale,* 1927, pp. 105 ss.
MARTINO, *Le definizioni legislative,* Torino, 1975.
MASSARI, *La norma penale,* Santa Maria Capua Vetere, 1913.
MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale,* Napoli, 1928.
MAURACH-ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Heidelberg, 1992.
MAYER, *Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff*, in *Festschrift für von Weber*, 1963, pp. 137 e ss.

MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale,* in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Milano, 1984, pp. 235 e ss.
MELCHIONDA, *Riforma del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico sistematici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1994, pp. 793 e ss.
MELCHIONDA, *Le nuove fattispecie di usura. Il sistema delle circostanze*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* 1997, pp. 683 e ss.
MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettiva di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.
MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel „Progetto Preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non „rifonda",* in *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003, pp. 411 e ss.
MELCHIONDA, *La disciplina italiana delle circostanze del reato, tra ambiguità storiche, disarmonie funzionali e prospettive di ricostruzione,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2016, pp. 253 e ss.
MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale,* Roma, 1947.
MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für L. Traeger,* Berlin, 1926, pp. 187 e ss.
MEZGER, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1937, pp. 417 e ss.
MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1938, pp. 675 e ss.
MEZGER, *Die Handlung im Strafrecht*, in *Festschrift für Rittler,* 1957, 119 e ss.
MEZGER, *Die materielle Rechtswidrigkeit in kommenden Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1936, pp. 7 e ss.
MEZGER, *Diritto penale. Strafrecht*, trad. it. a cura di Filippo Mandalari, Padova, 1935.
MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, A.T., München, 1970.
MILLETAT, *Die "besonders schwere Fälle" im Entwurf eines Gesetzbuches (StGB) E 1962*, Diss., Berlin, 1965.
MIR PUIG, *Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert. Zum Verhältnis von Tatbestand und Norm*, in *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebziegen Geburtstag am 14. Februar 2008,* Tübingen, 2008, pp. 57 e ss.
MIRTO, *Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti,* in *Rivista penale,* 1923, pp. 424 e ss.
MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, in *Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, a cura di Glaispach e Kohlrausch, Berlin, 1939.
MITTERMAIER, *Ueber den Begriff „Verbrechen",* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1923, pp. 2 e ss.

MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1997, pp. 395 e ss.
MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, 2001.
MODUGNO, *Norma (teoria generale),* in *Enciclopedia del Diritto,* XXVIII, 1978, pp. 351 e ss.
MOHRBOTTER, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Form und Stoff bei der Änderung strafrechtlicher Rechtssätze (§2 StGB),* in *Juristenzeitung*, 1977, pp. 54 e ss.
MORO, *La subiettivizzazione della norma penale*, Bari, 1942.
MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947.
MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1951.
MORRA, *Natura delle cose,* in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1965, pp. 34 e ss.
MORSELLI, *In tema di concezione realistica,* in *Problemi generali di diritto penale – contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, pp. 73 e ss.
MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Indice penale*, 1990, pp. 505 e ss.
MORSELLI, *Disvalore di evento e disvalore di condotta nella teoria del reato,* in *Rivista italiana,* 1991, p. 796 e ss.
MORTATI, voce *Discrezionalità,* in *Novissimo Digesto italiano,* V, Torino, 1960, pp. 1099 e ss.
NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, in *Festgabe für Frank*, 1930, pp. 339 e ss.
NAGLER, *Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1940, pp. 365 e ss.
NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Srafrecht*, Tübingen, 1973.
NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Wiesbaden, 1985.
NEPPI MODONA, *La riforma della parte generale del codice penale, il principio di lesività ed i rapporti con la parte speciale,* in *Problemi generali di diritto penale – contributo alla riforma*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, pp. 77 e ss.
NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo, Scritti degli allievi*, Torino, 2004, pp. 89 e ss.
NOLL, *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1956, pp. 181 e ss.
NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1965, pp. 1 e ss.

NOLL, *Wert und Wirklichkeit (Zur Möglichkeit rationaler Wertentscheidung in der Gesetzgebung),* in *Festschrift für H. Schelsky,* Berlin, 1978, pp. 353 e ss.
NOWAKOWSKI, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, pp. 287 e ss.
NURULLAH KUNTER, *Tipicità e punibilità come elementi legali del reato,* in *Rivista penale*, 1950, pp. 349 e ss.
NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in *Rivista italiana*, 1949, pp. 379 e ss.
NUVOLONE, *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1959, pp. 1085 e ss.
NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1968, pp. 60 e ss.
NUVOLONE*, I fini e i mezzi della scienza nel diritto penale,* in *Trent'anni di diritto e di procedura penale,* Padova 1969, pp. 151 e ss.
NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale,* Padova, 1972.
NUVOLONE, *Il sistema di diritto penale*, Padova, 1975.
OEHLER, *Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen* in *Festschrift für Sauer,* 1949, pp. 262 e ss.
OEHLINGER*, Methodik der Gesetzgebung,* Wien-New York, 1982.
ONDEI, *Per l'eliminazione dei concetti di "causa" e di "fatto" dal Diritto penale*, in *Archivio penale*, 1949, pp. 122 e ss.
OPOCHER, voce *Valore*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, 1993, pp. 111 e ss.
OSTENDORF, *Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, pp. 333 e ss.
OTTO, *Rechtsgutbegriff und Deliktatbestand*, in H. Müller-Dietz, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln – Berlin – Bonn – München, 1971, pp. 2 ss.
OTTO, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit, als eigenständige Deliktskategorien?*, in *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, München, 1978, pp. 53 ss.
PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2 c.p.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1982, pp. 1354 e ss.
PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità oggettiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1983, pp. 541 e ss.
PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1984, pp. 952 e ss.
PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, pp. 187 e ss.

PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, pp. 419 e ss.
PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, 1961, pp. 545 e ss.
PAGLIARO, voce *Fatto (dir. pen),* in *Enciclopedia del Diritto,* XVI, Milano, 1967, pp. 951 e ss.
PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969, pp. 694 e ss.
PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enciclopedia del Diritto,* XXIII, Milano, 1973, pp. 1040 e ss.
PALAZZO, *L'errore su legge extrapenale*, Milano 1974.
PALAZZO, *Principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979.
PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice penale*, 1986, pp. 35 e ss.
PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri,* in *Cassazione penale,* 1987, pp. 230 e ss.
PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1992, pp. 453 e ss.
PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche,* Torino, 1993, pp. 338 e ss.
PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale,* in *Studium Iuris,* 1996, pp. 276 e ss.
PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione,* in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali,* Milano 1996, pp. 73 e ss.
PALAZZO, *Il fatto di reato*, Torino, 2004.
PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della* regula iuris, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, pp. 49 e ss.
PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Milano, 2006, pp. 515 e ss.
PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.),* in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 3373 e ss.
PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, pp. 178 e ss.
PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018.

PALIERO, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, 1936.
PANNAIN, *La struttura del reato*, Torino, 1958.
PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1962.
PAPA, Fantastic voyage. *Attraverso la specialità del diritto penale (una versione provvisoria per gli studenti)*, Torino, 2016.
PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in *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,* a cura di G. Cocco, Wolters Kluwer CEDAM, 2016, pp. 149 e ss.
PARODI GIUSINO, *Il ruolo del bene giuridico nella formulazione delle fattispecie penali*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale – Itinerari, problemi e prospettive*, Giuffrè, 1993, pp. 459 e ss.
PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.
PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, pp. 17 e ss.
PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1930.
PERGOLA, *Il reato*, Roma, 1930.
PETROCELLI, *I limiti della scienza del diritto penale e la nuova legislazione,* in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, pp. 1 e ss.
PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, pp. 393 e ss.
PETROCELLI, *Principii di diritto penale*, Napoli, 1955.
PETROCELLI*, Reato e punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1960, pp. 669 e ss.
PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1963, pp. 337 e ss.
PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1966.
PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico di reato,* Milano, 1954.
POMANTI, *Esiguità e irrilevanza nella concezione gradualistica di reato*, Roma, 2012.
PREZIOSI, *Osservazioni sul Progetto preliminare di riforma del Codice penale: le circostanze del reato e la commisurazione della pena*, in AA.VV. *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 2003, pp. 441 e ss.
PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova, 2000.
PREZIOSI, *Le circostanze del reato*, in *Trattato di diritto penale*, vol. II, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Torino, 2013, pp. 803 e ss.
PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Indice Penale* 1983, pp. 269 e ss.

PROSDOCIMI, *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Indice Penale,* 1985, pp. 299 e ss.
PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
PULITANO', *Bene giuridico e giustizia costituzionale,* in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 133 e ss.
PULITANO', *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2002, pp. 1270 e ss.
PULITANO', *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, 2010, pp. 701 e ss.
PUPPE, *Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz,* in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann,* 1989, pp. 15 e ss.
RADBRUCH, *Die gesetzliche Strafänderung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T. vol. III, Berlin, 1908, pp. 189 e ss.
RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag,* I, a cura di A. Hegler, Tübingen, 1930, pp. 158 e ss.
RADBRUCH, *Klasssenbegriffe und Ordnungbegriffe im Rechtsdenken*, in *Revue international de la theorie du droit – Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts,* 1, 1938, pp. 46 e ss.
RADBRUCH, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero,* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1941, pp. 145 e ss.
RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa, e cd. giurisprudenza „creativa",* Padova, 2007.
RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità di lesione tipiche: l'impraticabilità di un „equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 573 e ss.
RANIERI, *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Scuola positiva,* 1947, pp. 242 e ss.
RANIERI*, Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947.
RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.
RITTERBUSCH, *Rechtswissenschaft und Politik*, in *Deutsche Juristenzeitung* 1934, pp. 1361 e ss.
RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione,* in *Indice penale,* 1981, pp. 607 e ss.
ROBILANT, *Osservazioni sulla norma giuridica come giudizio di valore*, in *Riv. trim. proc. civ*., 1957, 1428.
ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Roma, 1913.
ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, pp. 413 e ss.
ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, pp. 546 e ss.

ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività, (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, pp. 1721 e ss.
RONCAGLI, *La fattispecie penale*, Milano, 1950.
RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 694 e ss.
RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico,* in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, Bologna, 2007, pp. 68 e ss.
ROSSETTI, *Standard e tipo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1997, pp. 653 e ss.
ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtsplichtmerkmale,* Hamburg, 1959.
ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* München, 2006.
RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
RUGGIERO, G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale - Lineamenti generali*, Napoli, 1965.
RUGGIERO, G., voce *Punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto,* XXXVII, Milano, 1988, pp. 1118 e ss.
RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti tra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato*, Napoli, 2011.
RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Maurach* 1972, pp. 51 e ss.
SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1946.
SABATINI, *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso,* in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, 1952, pp. 443 e ss.
SANTORO, *Circostanze, fatto ed antigiuridicità nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, III, Roma, 1933, pp. 340 e ss.
SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933.
SANTORO, *Scienza giuridica e realtà*, in *Rivista italiana di diritto penale,* 1936, pp. 529 e ss.
SANTORO, *Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze,* in *Scuola Positiva*, 1938 (II), 342.
SANTORO, *Cose lette*, in *Scuola positiva,* 1941, pp.141 e ss.
SANTORO, voce *Circostanze del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1959, pp. 264 e ss.
SAUER, *Vorsatz, Irrtum und Rechtswidrigkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (Bd. 51) 1939, pp. 164 e ss.
SAUER, *Die beiden Tatbestandbegriffe,* in *Festschrift für Mezger*, München-Berlin, 1954, pp. 117 e ss.
SAUER, *Zur Behandlung der gesetzlichen Strafschärfungs- und Milderungsgründe*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1955, pp. 232 e ss.

SAUER, *Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1957, p. 1.
SAX, *„Tatbestand“ und Rechtsgutverletzung. Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und „Funktion“ des „gesetzlichen Tatbestandes“ und des „Unrechtstatbestandes“,* in *Juristenzeitung,* 1976, pp. 9 e ss.
SCADUTO-RUBINO, voce *Illecito (Atto)*, in *Nuovo Digesto italiano,* IV, Torino, 1938, pp. 702 e ss.
SCARPELLI, *Il linguaggio valutativo e prescrittivo,* in *Jus* 1953, pp. 305 e ss.
SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, pp. 183 e ss.
SCARPELLO, voce *Species e Genus*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, pp. 710 e ss.
SCHAFFSTEIN, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht,* in *Festschrift der Leipziger Iuristenfakultät für Richard Schmidt*, Leipzig, 1934, pp. 47 e ss.
SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1938, pp. 295 e ss.
SCHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1960, pp. 369 e ss.
SCHEFFLER, *Die Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2006, pp. 766 e ss.
SCHIAFFO, *Le situazioni “quasi scriminanti” nella sistematica teleologica del reato. Contributo sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
SCHICK, *Kritische Überlegungen zur Genese des Straftatbestandes*, in *Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik,* a cura di Winkler-Schilcher, Wien, 1981, pp. 93 e ss.
SCHMID, *Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht,* Berlin, 2002.
SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Göttingen, 1968, pp. 268 e ss.
SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag,* hrsg. v. P. Bockelmann, A. Kaufmann und U. Klug, Frankfurt am Main, 1969, pp. 433 e ss.
SCHNEIDER, *Das eigenständige Verbrechen - ein überflüssiger Begriff*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1956, pp. 702 e ss.
SCHNEIDER, *Gesetzgebung. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1982.
SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung,* in *Festschrift für E. Mezger,* München-Berlin, 1954, pp. 415 e ss.

SCHULZ VON THUN, *Können Gesetzestextes verständlicher formuliert werden?* in *Studien zur einer Theorie der Gesetzgebung*, hrgs. J. Rödig, Berlin-Heidelberg-New York, 1976, pp. 433 e ss.
SCHÜNEMANN, *Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung*, in ESER-CORNILIS, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg, 1987, pp. 209 e ss.
SCHÜNEMANN, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht*, in *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, pp. 299 e ss.
SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930.
SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.
SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pp. 331 e ss.
SINISCALCO, *Ratio di "certezza" e ratio di "garanzia" nella riserva di legge dell'art. 25, 2° comma della Costituzione,* in *Giurisprudenza Costituzionale,* 1969, pp. 993 e ss.
SPASARI, *Osservazioni sulla natura giuridica del cd. delitto preterintenzionale,* in *Archivio penale,* 1957, pp. 229 e ss.
SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, pp. 50 e ss.
SPASARI, *Fatto e reato nella dommatica del codice e della Costituzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, pp. 1104 e ss.
SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, pp. 639 e ss.
SPENA, *Gradualismo nella tripartizione del reato. Una analisi critica,* in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, Napoli, 2011, pp. 1263e ss.
SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmass*, Frankfurt am Main, 1954.
SPENDEL, *Die Begründung des richterlichen Strafmaßes*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, pp. 1758 e ss.
SPENDEL, *Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1971, pp. 203 e ss.
SPENDEL, *Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem,* in *Festschrift für U. Weber,* Bielefeld, 2004, pp. 3 e ss.
STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1973, pp. 3 e ss..
STELLA, G., *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, 1990.
STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati* 1976-1977, pp. 275 e ss.
STRACHE, *Pensare per standards – un contributo alla tipologia*, trad. it. a cura di P. Femia e R. Favale, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995.

STRATENWERTH, *Das rechtsstheoretische Problem der „Natur der Sache“*, Tübingen, 1957.
TESAURO, *L'antigiuridicità penale,* in *Foro penale,* 1961, p. 1 e ss.
THEUNE, in *Vor §§ 46-50*, Leipziger-Kommentar, 12. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, pp. 1054 e ss.
THOM, *Qualità/Quantità,* in *Enciclopedia Einaudi*, XI, Torino, 1980, pp. 460 e ss.
TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* 1933, pp. 545 e ss.
VALLETTA, *L'antigiuridicità penale in relazione allo scopo della pena*, Napoli, 1951.
VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Agg. Vol. I, 2000, pp. 36 e ss.
VANNINI, *Ricostruzione sintetica della teoria del reato*, Siena, 1927.
VANNINI, *Concetto e contenuto dell'illecito penale*, Siena, 1932.
VANNINI, *Manuale di diritto penale,* Firenze, 1948.
VASSALLI, *Il contributo di Filippo Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato,* in *Studi in memoria di Filippo Grispigni,* Milano, 1956, pp. 367 e ss.
VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale,* in *Novissimo Digesto italiano*, I, 1957, pp. 601 e ss.
VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 427 e ss.
VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto,* VI, 1960, pp. 609 e ss.
VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965, p. 495.
VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della legge Merlin,* in *Studi in onore di F. Antolisei,* vol. III, Milano, 1965, pp. 347 e ss.
VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, pp. 3 e ss.
VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1984, pp. 529 e ss.
VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, pp. 1150 e ss.
VASSALLI, voce *Tipicità*, in *Enciclopedia del Diritto,* XLIV, Milano, 1992, pp. 535 e ss.
VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* in *Digesto delle discipline penalistiche,* VIII, Torino, 1994, pp. 278 e ss.
VASSALLI, *Sulla disciplina delle circostanze del reato,* in *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 2003, pp. 401 e ss.
VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel Secondo Novecento,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E.Paliero, Milano, 2006, pp. 2077 e ss.

VOGEL, *§ 243 StGB*, in *Leipziger Kommentar*, __ , 145.
VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.
VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del Diritto*. *Annali*, VI, Milano, 2013, pp. 371 e ss.
VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, pp. 131 e ss.
VOLK, voce *Reato nei paesi di lingua tedesca*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XI, Torino, 1996, pp. 300 e ss.
WACH, *Legislative Technik,* in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, *Allgemeiner Teil, VI Band*, Hrsg. v. K. Birkmeyer, Berlin, 1908, pp. 1 e ss.
WAHLE, *Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle"im Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 1969, pp. 161 e ss.
WARDA, *Tatbestandbezogene Unrechtsbewusstsein*, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1953, pp. 1052 e ss.
WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1949, pp. 491 e ss.
WESSELS, *Zur Problematik der Regelbeispiele für „Schwere" und „Besonders Schwere Fälle"*, in *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe 1972, pp. 295 e ss.
WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*. *Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, in *Festschrift für Max Poppenheim zum 50. Jahrestag seiner Doktorpromotion,* Breslau, 1931, pp.379 e ss.
WOLF, *Tattypus und Tätertypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenslehre,* in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1936, pp. 358 e ss.
WOLTER, *Die Krise der Rechtswidrigkeit,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (Bd. 48), 1928, pp. 32 e ss.
WÜRTENBERGER, *Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Rittler,* 1957, pp. 125 e ss.
ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1989, pp. 1535 e ss.
ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in *Problemi generali di diritto penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1982, pp. 417 e ss.
ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau, 1928.
ZIMMERL, *Der Aufbau des Strafrechtssystem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930.
ZIMMERL, *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlin-Leipzig, 1931.
ZIMMERL, *Gesetz und materielle Gerechtigkeit im Strafrecht*, in *Beiträge zur Neugestaltung des deutschen Rechts,* Marburg, 1937, pp. 222 e ss.
ZIPF, *Rechtskonformes und Sozialadäquates Verhalten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1970, pp. 638 e ss.

ZIPPELIUS, *Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen*, in *Fs. für K. Engisch,* Frankfurt am Main, 1969, pp. 224 e ss.
ZIPPELIUS, *Der Typenvergleich als Instrument der Gesetzauslegung*, in *Rechtstheorie als Grundlagewissenschaft der Rechtswissenschaft,* in *Jahrbuch für Rechstssoziologie und Rechtstheorie*, vol. II, 1972, pp. 482 e ss.
ZITELMAN, *Die Kunst der Gesetzgebung*, in *Neue Zeit - und Streitfragen*, Dresden, 1904, pp. 245 e ss.
ZITTEL, *Der Typus in der Geschichtswissenschaft*, in *Studium generale*, 1952, pp. 378 e ss.
ZUCCALA', *Due questioni attuali sul bene giuridico. La pretesa dimensione "critica" del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene,* in *Rivista trimestrale di diritto penale economico,* 2004, pp. 839 e ss.