

ENRICO MARIO AMBROSETTI

PRESENTAZIONE

Sono trascorsi quasi venti anni da quando Mauro Ronco ha iniziato il suo insegnamento in qualità di professore ordinario di diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo Patavino. Pur appartenendo egli alla scuola torinese in quanto allievo di Marcello Gallo, da subito Mauro Ronco si è considerato un “padovano”.

Due le ragioni di questo suo immediato inserimento in un diverso ambito penalistico. In primo luogo, il suo profondo legame con il pensiero filosofico e giuridico di Giuseppe Bettiol. Mauro Ronco ha sempre prediletto i temi trattati dal grande Maestro Patavino ed in particolare quello della funzione della pena in una prospettiva che mantenga la centralità del connotato retributivo di una sanzione che incide sui beni fondamentali dell'essere umano. Ed al riguardo, va ricordato che proprio Giuseppe Bettiol nella prefazione della ultima edizione del “Diritto penale”, commentando in modo amaro lo svilimento del principio del *nullum crimen sine lege*, faceva riferimento alle considerazioni espresse proprio da Mauro Ronco nella sua monografia sulla tipicità della fattispecie penale.

L'altro motivo per cui Mauro Ronco si è pienamente inserito nella scuola penalistica patavina è stato il grande rapporto umano con i colleghi della Facoltà di Giurisprudenza, ed in particolare con Francesco Gentile e Alessandro Calvi. Furono, infatti, Francesco Gentile, allora preside della Facoltà, e Sandro Calvi a volere fortemente la “chiamata” di Mauro Ronco alla cattedra di diritto penale. Entrambi – con felice intuizione – compresero che Mauro Ronco avrebbe garantito una piena continuità di pensiero con la tradizione filosofica e giuridica della scuola penalistica patavina.

Ciò detto, non è facile riassumere in poche righe il contributo scientifico e didattico svolto in questi anni da Mauro Ronco. Mi piace solamente ricordare due aspetti: da un lato, il suo costante impegno per i rapporti internazionali, ed in particolare quelli con l'Università di Innsbruck, dove egli ancora oggi insegna, e con le Università cattoliche dell'Argentina; dall'altro, la straordinaria intensità della sua produzione scientifica manifestata con trattati, commentari e contributi nelle principali riviste penalistiche.

In un'epoca di deriva dei principi di garanzia del diritto penale – come già segnalava più di trenta anni fa Giuseppe Bettiol in quella indimenticabile prefazione del 1982 – Mauro Ronco è rimasto fermo nella visione di un diritto penale liberale, ancorato ai principi cardine della legalità e della colpevolezza.

E sono certo che nei prossimi anni sarà ancora importante il suo contributo per affermare questa irrinunciabile idea di un diritto penale in cui per la difesa dei diritti dell'uomo le uniche vere garanzie sono la legalità, la colpevolezza e il rapporto fra colpa e pena.

3 maggio 2017

PARTE I
TEMI GENERALI

ROCCO ALAGNA *

DIALOGO BREVE SULLA TIPICITÀ PENALE

1. *La tipicità penale e la svolta concettuale della fine degli anni '70.*

La svolta dogmatica nella riflessione sui concetti di fatto e di tipicità penale s'identifica, in Italia, con la pubblicazione di uno studio che in un singolo gesto scientifico è riuscito a integrare e affrontare diverse complessità tematiche¹. E non ci riferisce soltanto all'intuizione che il passaggio dalla staticità del concetto di fatto alla dinamicità del giudizio di tipicità facesse emergere la questione della determinatezza della fattispecie, e dunque della sua *rappresentazione e proposizione normativa*². Ma il riferimento è anche e soprattutto all'ardimento di portare all'attenzione della scienza penalistica italiana il tema del rapporto tra astrazione di fattispecie e concretezza del fatto storico, insieme con la questione del significato ideologico della tipizzazione astratta e con il rischio d'oscuramento della sostanza del reato che l'astrazione generalizzante condurrebbe necessariamente con sé³.

Da questa prima riflessione, dunque, ecco l'avvio di una rimeditazione del rapporto tra fatto storico, fattispecie astratta e tipicità, nonché la posizione di un decisivo spunto per lo sviluppo degli studi in tema di forma e funzione logica della fattispecie incriminatrice: precetto e sanzione come apici del qualificare e commisurare, del classificare e graduare⁴. Studi che partirono necessariamente concentrandosi proprio sulla coppia concettuale fattispecie-tipicità⁵.

2. *Fattispecie e tipicità penale.*

La fattispecie è un insieme di elementi determinati che la legge prevede per la qualificazione e la quantificazione della rilevanza penale del fatto, è *esemplare e dal carattere spe-*

* Professore associato di Diritto penale, presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova.

¹ Il riferimento è a RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

² RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 147 ss.

³ RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 11 ss. e 73 ss.

⁴ Cfr., GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007; CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Padova, 2009.

⁵ Ancora, RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 103; e poi VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, Torino, 1939, 495.

*colare e visivo*⁶, è *disindividualizzazione dei comportamenti storici*⁷. ‘Tipicità’ invece è, in prima approssimazione, il termine che indica il giudizio che rivela la previsione legislativa di determinati elementi ed effetti giuridici. L’una è dunque il rovescio della medaglia dell’altra. Ma non sono la stessa entità⁸.

Nel diritto penale, però, la loro relazione è particolarmente intensa⁹. Non esiste, infatti, alcuna fattispecie penale che non sia tipica: data una serie di elementi giuridici determinati, essi costituiscono una fattispecie, se, coordinandosi tutti verso l’applicazione necessitata di una sanzione penale a una categoria di ipotesi comportamentali, hanno l’attributo della tipicità, cioè solo se sono espressamente previsti dalla norma penale¹⁰. La tipicità è, dunque, un giudizio che individua *l’identità di fattispecie* di quella serie coordinata di elementi giuridici cui si faceva riferimento. Nel sistema penale, questo oggetto (la fattispecie) scaturisce già insieme con il giudizio (la tipicità). È il legislatore che con la formulazione ed emanazione delle norme incriminatrici coordina diversi istituti a una determinata sanzione penale, tipizzandoli in una fattispecie di reato in vista della prevenzione e regolamentazione di specifiche serie di accadimenti sociali.

I termini di questa simbiosi concettuale conoscono, però, diversificazioni interne¹¹. In ambito penalistico, così, il giudizio di tipicità può avere sostanzialmente due significati: da un lato, si rivolge a una norma di legge penale, rintracciandovi una fattispecie astratta sintetizzata dal legislatore. Dall’altro lato, questo giudizio, in fase di applicazione del diritto penale, si rivolge anche a un fatto storico¹². L’accadimento storico è tipico nella misura in cui integra le condizioni che la norma astratta prevede per la punibilità, se cioè ricalca le condizioni richieste dalla fattispecie normativa: esiste un fatto tipico solo se esiste una fattispecie (tipica) cui esso corrisponde¹³. E la norma penale è tipica se è portatrice di due caratteri: la previsione espressa e tendenzialmente determinata del precetto, e l’obbligatorietà condizionale dell’applicazione della sanzione¹⁴.

⁶ Così, CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967, 169. Per una lettura della capacità della fattispecie di contrassegnare una pluralità di comportamenti umani concreti, si vedano le riflessioni di BELFIORE, *Contributo alla teoria dell’errore in diritto penale*, Torino, 1997, 211 ss.

⁷ Cfr., RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 9; il termine disindividualizzazione è già in CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, ora in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 364.

⁸ Nel diritto civile, ad esempio, si possono concepire pacificamente fattispecie che non sono tipizzate, si pensi anche solo alla contrattualistica di diritto privato.

⁹ Si afferma che l’astratta previsione all’interno di una fattispecie è la condizione essenziale della tipicità e contestualmente si separa il giudizio di rilevanza giuridica, quindi di conformità alla fattispecie, dalla tipicità, in particolare si intende come tipicità il carattere della fattispecie astratta, e come conformità al tipo quello della fattispecie concreta, così, DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 203, nota 79.

¹⁰ Ancora, DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., *ibidem*.

¹¹ Sul punto cfr., LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, 119 ss.

¹² Cfr., CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 465.

¹³ Si veda, CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, 44 ss.

¹⁴ Si veda, VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 536.

Più complesso è il discorso sulle diversificazioni del concetto di fattispecie. Com'è stato sinora utilizzato, esso indica l'insieme delle condizioni la cui soddisfazione viene richiesta dalla legge penale per l'applicazione di una particolare misura di pena. Il termine originario è il tedesco *Tatbestand*, il quale, almeno in Germania, è interamente avvinto alla storia della dogmatica penalistica e dunque intriso di significato filosofico e sistematico, oggetto privilegiato della disputa dogmatica tra le varie Scuole del diritto penale. Così, esso è divenuto un termine generico per l'identificazione del quale è necessaria un'aggettivazione¹⁵. Ma mentre la letteratura italiana utilizza il concetto di fattispecie in senso generico, alludendo anzitutto alla descrizione formalizzata dalla norma incriminatrice, nella dottrina tedesca si sono distinte, e si distinguono, le forme sistematiche e le dimensioni funzionali di diversi concetti di *Tatbestand*¹⁶.

Il concetto più esteso di fattispecie è quello studiato dalla teoria generale del diritto¹⁷. Esso evidenzia il legame tra condizioni della punibilità e sanzione. Esso contiene tutte le condizioni implicite ed esplicite che portano alla punibilità e alla punizione, con l'esclusione delle sole condizioni di procedibilità. Ma dato che questo concetto viene utilizzato in tutto l'ambito giuridico, esiste un termine, *Verbrechenstatbestand*¹⁸, che ne riduce il campo di applicazione al solo diritto penale e che comprende quindi tutte le condizioni materiali della punibilità¹⁹.

Garantietatbestand è, invece, il termine che rivela il significato concettuale più prossimo a quello dell'italiano 'fattispecie'. Esso contiene tutti gli elementi che permettono il rispetto dell'obbligo costituzionale di legalità, sia gli elementi di punibilità che di maggiore punibilità, quindi dati oggettivi, soggettivi e processuali che descrivono esaurientemente la materia del divieto e che, per quanto possibile, rendono prevedibile il rischio penale²⁰.

Con il termine di *Tatbestand* legislativo²¹, poi, s'intendono le caratteristiche oggettive alle quali debbono essere riferiti dolo e colpa. Sono qui dunque considerati soltanto i dati

¹⁵ Sulla distinzione tra fattispecie di illecito e di colpevolezza, si veda, VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 530.

¹⁶ Oltre alla manualistica si vedano, KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, Frankfurt am M., 1999, 7 ss.; e EISELE, *Die Regelbeispielmethode im Strafrecht*, Tübingen, 2004, 110 ss.

¹⁷ Si veda, ENGISCH, *Die normative Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *FS für E. Mezger*, 1954, 130; nella manualistica tedesca, cfr., ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, München, 1997, 225 ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1988, 220 ss.; tra gli studi monografici, si veda, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, 87; sul concetto proprio della teoria generale del diritto si vedano anche FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 942.

¹⁸ Nella terminologia di ENGISCH, *Die normative Tatbestandselemente*, cit., 130 ss.

¹⁹ Si vedano, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, 246; WESSELS-BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihre Aufbau*, Heidelberg, 2006, 43; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Tatbestand*, in *ZStW.*, 1955, 31.

²⁰ Ancora, ENGISCH, *Die normative Tatbestandselemente* cit., 131; oltre che ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., 225 ss.; e TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, cit., 172 ss.

²¹ Detto anche *Leitbildtatbestand* si veda KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., 10; EISELE, *Die Regelbeispielmethode im Strafrecht*, cit., 123; sull'analogo concetto belonghiano si veda PLATE, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker. Seine Lehren zur Begriffs- und Systembildung*, Berlin, 1966, 47 ss.

oggettivi su cui essi si fondano e su cui si fonda anche l'errore motivo, e non anche gli elementi della colpevolezza²².

Con il termine *Unrechtstatbestand* si allude, invece, agli elementi oggettivi che fondano la punibilità e la modifica del contenuto illecito del fatto. S'indizia in questo modo l'antigiuridicità escludendo relazioni con la colpevolezza. Le scriminanti accedono, invece, al *Gesamtunrechtstatbestand* il quale traccia la linea concreta di separazione tra penalmente lecito e illecito²³. E quando nelle opere tedesche si fa genericamente riferimento al concetto di *Tatbestand*, si allude proprio a quest'ultima forma di fattispecie.

Infine, il *Deliktstatbestand* sarebbe l'insieme dei soli elementi positivi d'illecito e di colpevolezza, privo cioè di scriminanti e scusanti²⁴.

Nella tradizione della letteratura italiana, come accennato, il concetto di fattispecie che viene normalmente utilizzato è quello legato al rispetto del dettato costituzionale²⁵, e dunque assimilabile al *Garantietatbestand*²⁶. Il concetto di "fattispecie", così, individua non solo gli elementi che condizionano la punibilità, ma anche quelli che comportano una maggiore punibilità, descrivendo esaurientemente la materia del divieto, e rendendo il rischio penale tendenzialmente prevedibile²⁷.

Nel ridurre la molteplicità della realtà a un parametro normativo unico²⁸, sebbene dotato di un certo *Spielraum*, la fattispecie ha non solo uno scopo garantista ma anche conoscitivo ed euristico²⁹. La tipizzazione legislativa seleziona tipologie rilevanti di condotta, evita le insufficienze del metodo casistico e allo stesso tempo realizza programmaticamente la frammentarietà dell'illecito penale³⁰, ottenendo, così, un controllo sociale che avvinto alla legalità formale è tendenzialmente meno asfissiante³¹.

3. La questione del rapporto tra tipicità e legalità.

Questa funzione garantista della fattispecie pone la questione dei rapporti tra legalità e

²² In questo concetto di fattispecie i sostenitori della teoria bipartita del reato fanno ovviamente rientrare anche le scriminanti.

²³ Si vedano, WESSELS-BEULKE, *Strafrecht*, cit., 44; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., 225-227; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 245-246; tra le opere monografiche, cfr., KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., 11-13; e EISELE, *Die Regelbeispielmethode im Strafrecht*, cit., 116-118.

²⁴ Si veda, KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., 13; oltre che ancora, EISELE, *Die Regelbeispielmethode im Strafrecht*, cit., 115.

²⁵ Per tutti, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 311.

²⁶ Sul punto, anche ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1994, München, 218.

²⁷ Prevedibilità che è manifestazione paradigmatica della tipicità, sul punto, GARGANI, *Dal corpus delicti*, cit., 28-29.

²⁸ Ancora, GARGANI, *Dal corpus delicti*, cit., 12-13.

²⁹ Per una visione del fatto tipico come modello per il fatto in senso tecnico e come conformità alla fattispecie, cfr., DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950, 48, 49 ss.

³⁰ Cfr., GARGANI, *Dal corpus delicti*, cit., 19.

³¹ Cfr., GARGANI, *Dal corpus delicti*, cit., 26.

tipicità³². Come noto, negli ordinamenti europei continentali non si concepisce la prima senza la seconda³³.

Bisognerebbe chiedersi se è soltanto la tradizione più che bisecolare di connessione stretta tra legalità e tipicità a condizionare il giudizio sulla loro relazione³⁴. Ovvero, se già alla fine del Settecento la svolta verso una legislazione positiva in materia penale non fosse una scelta di metodo strettamente connessa a un valore, a un'immagine e a un progetto di società. Certo, non si può negare che la dottrina della coazione psicologica avesse bisogno, almeno dal punto di vista dogmatico e razionale, di un legame con una norma positiva che minaccia e che inibisce³⁵. Quell'esigenza, forse solamente razionale o intuitiva, ha così permesso il progresso degli ordinamenti in cui legalità e tipicità sono indissolubili. Le società multiculturali, liberali e democratiche, che non sono più fondate su una garanzia morale o su di un'unificazione etica, esprimono questa libertà proprio nella, e con la, legge scritta. Affidano a ciascuno gli strumenti per comprendere la *Mischung* di valori che le compongono e che devono essere tutelati. Permettono, soprattutto, l'accesso al processo di formazione e declamazione dei valori sommi della società. Sono società elastiche e, tendenzialmente, più egualitarie.

Oggi si può dire che la tipicità, come espressione della legalità, ha comportato un processo di umanizzazione del diritto penale, ha permesso lo sviluppo dei legami tra imputabilità e colpevolezza, lo stesso radicamento della concezione normativa della colpevolezza come rimprovero per un'azione antidoverosa che non si doveva tenere, e ha spiegato effetti sulla scusante dell'ignoranza inevitabile della legge. E tutto il volto più progredito del diritto penale parte dalla necessità di una legge incriminatrice scritta e determinata³⁶.

Che la tipicità non sia carattere necessario del processo d'incriminazione è un dato. Ma che non debba esserlo, è ben altra questione. Che tipicità e legalità non siano sinonimi e che non si implicino a vicenda è un fatto³⁷. Che la loro indissolubilità non sia il migliore assetto per il diritto penale e per le società è di certo da porre in dubbio. La questione è, peraltro, tornata alla ribalta rispetto all'ordinamento internazionale e alla Corte Penale Internazionale, ambiti rispetto ai quali sono riemerse tesi fondate sulla separazione tra legalità e tipicità³⁸.

Da un lato, ricollegandosi a un'opinione diffusasi al tempo del processo di Norimberga, si sosteneva che per i fatti perseguiti dalla giustizia penale internazionale non avrebbe senso porsi il problema della tipicità, in quanto sarebbero già tutti riconducibili ai codici

³² Essi chiaramente non sono sinonimi, non è solo che la tipicità non esaurisce il contenuto della legalità, come dice VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 282-283, ma proprio il rapporto tra i concetti a essere peculiare, l'uno, infatti, pare essere la struttura, il corpo, dell'altro.

³³ Si veda, VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., 536.

³⁴ Cfr., Sulle motivazioni che hanno favorito la tipizzazione, VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., 537.

³⁵ VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, Torino, 1939, 42; taluno ritiene che la teoria della costruzione psicologica sia vista oggi come il frutto *naïv* di un esasperato razionalismo, così SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., 11.

³⁶ In questo senso, tale volto del diritto penale viene associato ai paesi «più progrediti», da VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., 550, 552.

³⁷ Cfr., VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., 282-283.

³⁸ Ancora, VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., 294.

penali *nazionali*, e richiedere una duplicazione della fonte sarebbe espressione d'inaccettabile formalismo³⁹.

Una seconda prospettiva separatista, invece, intendeva colpire il fondamento dogmatico stesso della tipicità, negandone l'indefettibile connessione con la legalità, a partire da una riflessione sulla forma istituzionale e sulla distribuzione costituzionale dei poteri. Si affermava, così, che la funzione della tipicità sarebbe legata esclusivamente alla garanzia liberale della divisione dei poteri. La previsione legislativa di ipotesi astratte di reato impedirebbe al giudice di sostituirsi al parlamento, l'unico soggetto che può legittimamente incidere sulla libertà personale dei cittadini. In quanto tale, la tipicità avrebbe un valore relativo al tipo di ordinamento, valore incardinato sul primato della volontà parlamentare⁴⁰. Negli ordinamenti (come quello internazionale) con un diverso assetto istituzionale, dunque, il diritto "non positivo" non potrebbe essere escluso dalle fonti penali. L'esigenza della sua presenza sarebbe legata, infatti, soltanto all'applicazione di una norma che precede la commissione del fatto, e questa potrebbe anche essere di natura consuetudinaria⁴¹.

Al di là del fatto che lo Statuto di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale ha poi adottato il principio della legalità-tipicità del reato⁴², queste riflessioni non si possono ritenere pienamente condivisibili. La tipicità, che pure può beneficiare di una giustificazione politica aggiuntiva riposta nella separazione dei poteri, non è, infatti, funzione della forma di stato e di governo. Essa, in prima istanza, è lo strumento per la realizzazione del principio di legalità. Non solo il progressivo flusso negli ordinamenti di *commo law* verso la legislazione dei *codes* ne è una testimonianza⁴³, ma prova ne è anche il fatto che essa si ponga come oggetto e soggetto di sintesi di tutti i corollari della legalità. La tassatività e la riserva di legge, il divieto d'analogia e la garanzia dell'applicazione della pena alla presenza delle condizioni normative, sono tutte incorporate nella fattispecie, la quale offre loro la

³⁹ Per una rassegna, cfr., CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, 61 ss.

⁴⁰ È la posizione di TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg im B., 1966, 116 ss. Dopo un'interessante disamina storica sulla divaricazione europea tra Stati a diritto consuetudinario e Paesi a diritto positivo, e sebbene parli di legalità e non specificamente di tipicità, come particolare espressione tassativa della legalità di fattispecie, Triffterer ricostruisce il portato della tipicità come effetto del principio liberale della libertà al di fuori del vincolo della norma, ovvero, secondo un'altra impostazione dogmatica, come il frutto della necessità di individualizzare e di spiegare funzione special-preventiva. In questa impostazione, la norma scritta protegge dall'abuso del potere. Per la garanzia di questa residua libertà del singolo, impostazione liberale riconosciuta sia dalla scuola classica che dalla scuola moderna, è necessario, dunque, un rigoroso principio di legalità (116-118). Si affronta poi la questione della necessità dal punto di vista dello Stato di diritto della funzione della legalità, e si riscontra come sia un'esigenza politica quella della maggiore certezza possibile (119-120). Si conclude, in sostanza, affermando come il principio di legalità non sia strettamente legato alla natura, all'essenza, del diritto, ma solo alla forma dello Stato di diritto (121-123).

⁴¹ Cfr., CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato*, cit., 64.

⁴² Si veda, CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato*, cit., 169. Nello Statuto, la *ratio* della legalità sta sia nello scopo di limitare indebite ingerenze della comunità internazionale sugli stati sovrani, sia nella tutela della libertà individuale dagli abusi della magistratura internazionale.

⁴³ Sulla convergenza tra *civil law* e *common law*, si veda CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, 202 ss.

migliore possibilità teorica e pratica di realizzazione. La tipicità, si può in questo concordare con i “separatisti”, non è un corollario della legalità, essa ne è, infatti, il condensato, il corpo stesso⁴⁴.

Con ciò non si vuole dire che la tipicità sia condizione della democraticità di un assetto istituzionale⁴⁵, ma di certo l’assenza di una legge scritta, generale e astratta che sancisca e provi il patto tra i cittadini e i loro rappresentanti, tra singolo e Stato, evoca l’immagine di una staticità sociale, di una condivisione dei beni giuridici fondata quasi su di un’uniformazione morale o etica⁴⁶. Come se la certezza del diritto non nascesse dalla legge, ma da un ordine precostituito e sovrano atto a tutelare soltanto gli interessi di tutti, e non anche quelli di ciascuno. Divaricando tipicità e legalità, in sostanza, s’intravede lo schizzo di una società che vuole apparire senza conflitti, pacificata, statica⁴⁷. Società, in cui, magari, il delinquente non viene ammesso efficacemente al patto sociale ma è solo un nemico. Non è necessario sottolineare che le terribili esperienze che hanno coltivato quest’immagine, dentro un contesto di legalità tipizzata in maniera sostanziale, non permettono piena serenità nell’accettazione intellettuale di modelli non formalizzati del contratto sociale⁴⁸.

4. I caratteri della tipicità e la determinatezza della fattispecie penale.

Questa natura di strumento di realizzazione della legalità fa assumere alla tipicità alcune caratteristiche che ne denotano l’essenza e la forma. Si ribadiscono allora i due caratteri della tipicità⁴⁹: a) la previsione precettiva legale, espressa e determinata⁵⁰; b) l’applicazione, o l’incidenza, necessaria sulla pena come effetto dell’esistenza dei suoi presupposti⁵¹. Questi due caratteri della tipicità schiudono due particolari gruppi di garanzie per il cittadino: lo garantiscono dall’ingerenza dello Stato nella sua libertà personale, e lo garantiscono sull’efficienza dello Stato contro le lesioni dei beni giuridici di cui egli è titolare. C’è tipicità se esiste una previsione espressa dalla legge, determinata e che impone necessaria-

⁴⁴ Forti esigenze e legami tra tipicità e legalità come detto anche in RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 105.

⁴⁵ C’è anche chi, dal punto di vista puramente teorico e probabilmente non molto vicino al ragionamento penalistico, nega che ci possa essere vera disciplina giuridica senza tipicità, così, BETTI, *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, in *FS für Wenger*, München, 1944, 249 ss.

⁴⁶ Sulla differenza assiologica tra i sistemi giuridici fondati sulla casistica e quelli fondati sulla tipizzazione, si veda ancora RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 85.

⁴⁷ Il contrario della società aperta e liberale dove è la struttura capitalistica ad aver bisogno di certezze razionali, come dice SGUBBI, *Interessi diffusi*, in *Questione criminale*, 1975, 439 ss.

⁴⁸ Il riferimento è chiaramente all’ordinamento nazista e a quelli comunisti, si veda, per tutti, VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, cit., 48 ss., 60 ss., 113; e, sulle argomentazioni di cui sopra, anche 63-64. Sul collegamento tra il contratto sociale e la tipicità si veda ancora, RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 79 ss.

⁴⁹ Per la distinzione generale tra caratteri ed elementi si veda, VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, cit., 550, il quale classifica poi la tipicità come carattere e non come elemento del reato.

⁵⁰ Si veda, DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano, 1991, 124-125; oltre che VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., 282-283.

⁵¹ Si veda, VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., 536.

mente una conseguenza penale. Questi sono i caratteri della tipicità, della “fattispecietà”, sono i criteri presenti i quali si può elevare il giudizio di tipicità.

Il tema della determinatezza della fattispecie, però, offre l’opportunità di effettuare una duplice considerazione⁵². Da un lato, esso vive la situazione paradossale per cui negli ordinamenti in cui c’è il riferimento alla tassatività-determinatezza della fattispecie, il parametro di riferimento fornito è esso stesso indeterminato⁵³. Dall’altro lato, si assiste allo sforzo d’individuazione di criteri che indichino quale misura di determinatezza è sufficiente e quale misura d’indefinitezza è intollerabile⁵⁴.

Se non si può negare che una certa indeterminatezza della fattispecie è funzionale all’adattamento della normazione alla *varietà della vita*⁵⁵, e in questa misura può essere tollerata⁵⁶, è inammissibile una grave e immanente incertezza sulla rilevanza penale di un comportamento, la cui norma di riferimento indizia soltanto un mero rischio di penalizzazione⁵⁷. La responsabilità non può essere ascritta sempre e integralmente all’imprecisione del linguaggio che media tra diritto e soggetto al diritto. È la legislazione, per certo, l’attività che necessità di un ripensamento e di una riqualificazione.

La determinatezza, per altro, intesa come idoneità di un dato letterale a essere conosciuto e compreso, opera sia nei confronti del legislatore che rispetto all’interprete. Accu-

⁵² Sul punto, VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., 307 ss.; e ID., voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., 540 ss.

⁵³ Cfr., TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., 187 ss.; e SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege*, cit., 29.

⁵⁴ Un quadro è in DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001, 174 ss.

⁵⁵ La Corte Costituzionale tedesca parla esattamente di *Vielgestaltigkeit des Lebens*, si veda BverfG, 23 ottobre 1985, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 71, 108, 114-115. Nella dottrina italiana, si veda la prospettiva di chi si è soffermato sul ragionamento retorico del giudice, sottolineandone gli effetti sul principio di tassatività-determinatezza, così, FORNASARI, *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, in FERRARI-MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, 311 ss.; in particolare, l’A. sottolinea la necessità di individuare e comprendere i limiti dell’operatività della determinatezza, e ancora, FORNASARI, *Riflessioni sui principi sovralegali del diritto penale*, in *Studi in Memoria di Renato Dell’Andro*, Bari, 1994, 364 ss.

⁵⁶ Soprattutto da coloro che intendono il processo di concretizzazione e applicazione del diritto penale non in modo meramente meccanicistico, si veda, ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963, 15; e HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, 259; nella manualistica, per tutti, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 125 ss.

⁵⁷ Accanto al classico sulle “leggi” di allocazione del rischio penale (ovvero SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 61 ss., 78 ss.); si veda la pronuncia della Corte Costituzionale tedesca che asserisce la tollerabilità e l’inevitabilità che, in alcuni casi limite, si perda l’orientamento sull’allocazione della penalizzazione, a due condizioni: che nella maggioranza dei casi ci sia una piena certezza; e che nei casi eccezionali e limitati d’incertezza, ci sia, quanto meno, la possibilità di rappresentarsi il rischio della rilevanza penale del fatto. Testualmente, «*wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar*», si veda BverfG., 23 ottobre 1985, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 71, 108 e 114-115; sul punto, anche DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993, 512, che, con riferimento al diritto intertemporale, vede ulteriori svantaggi di questo approccio nella misura in cui incide sulle scelte di continuità e discontinuità del legislatore; sul punto, si veda anche, JÄNKE, *Zur Frage der Geltung des nullum-crimen-Satzes im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, in *FS aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, 399 ss. Per un quadro dell’atteggiamento della Corte Costituzionale italiana rispetto al tema della tassatività-determinatezza, si veda, BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, 136 ss.

ratezza nella legislazione e divieto d'analogia sono il portato funzionale della determinatezza della fattispecie. Eppure, sfuggente rimane il parametro per l'identificazione della misura incostituzionale d'indeterminatezza⁵⁸.

Taluno si appella al parametro sostanziale della prevalenza della giustizia materiale rispetto alla certezza del diritto, che ha trovato una eco nella giurisprudenza sugli *spari al muro di Berlino*⁵⁹. C'è poi chi ha proposto un approccio fondato sulla prevalenza quantitativa, nella fattispecie, degli elementi sufficientemente definiti. Chi elabora il criterio di ottimizzazione della determinatezza, utilizzando il parametro della "massima determinatezza possibile", per cui la norma costituzionale imporrebbe l'obbligo di limitare al minimo la compromissione della certezza del diritto, sostituendo elementi descrittivi a concetti sfuggenti⁶⁰.

Altra dottrina ha posto l'attenzione sulla formulazione del dato normativo. Roxin, per esempio, sostiene che la determinatezza dipende dalla possibilità di dedurre un chiaro scopo legislativo dalla disposizione e, quindi, dalla capacità del testo normativo di opporsi alle interpretazioni più lontane da questo scopo⁶¹. Per Hassemer, invece, la determinatezza si ottiene soltanto costruendo le fattispecie con elementi che le ancorino alla realtà, cioè tramite concetti materiali e afferrabili che incrementino la precisione del testo⁶².

Una diversa impostazione, infine, disegna il parametro di tollerabilità costituzionale partendo dalla distinzione tra elementi descrittivi e elementi valutativi⁶³, e richiede una legislazione che si strutturi su tipi omogenei di disvalore di reato e che indichi i criteri finalistici nelle ipotesi di discrezionalità normativa⁶⁴. In particolare, gli elementi descrittivi sarebbero incostituzionali sotto il profilo della determinatezza quando individuano classi ampie ed eterogenee di oggetti che possono essere ricondotti alla fattispecie⁶⁵. Mancanza di percepibilità del loro contenuto, generalità e *deficit* di descrittività, determinerebbero un'intollerabile lesione dell'esigenza costituzionale di precisione e chiarezza della fattispecie; indeterminatezza

⁵⁸ Per una breve analisi sul principio di determinatezza nel contesto di studio della fattispecie, da un'ottica costituzionale e rivolto anche alle ipotesi limite e ai casi dubbi si veda, GEERDS, *Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen*, in *FS für Engisch*, Frankfurt am M., 1969, 408 ss., e 419.

⁵⁹ Si rinvia a SEEL, *Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und der Grundsatz "nulum crimen sine lege"* (art. 103GG), München, 1965, 126; e LENCKNER, *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nulla poena sine lege"*, in *JuS*, 1968, 304-305. Siano però consentite due brevi considerazioni: in primo luogo, le particolari circostanze di fatto valutate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sui *Mauerschüsse* riducono le assonanze con la distinzione tra fattispecie incostituzionali e grado tollerabile di indeterminatezza. In secondo luogo, il parametro che si pretende di utilizzare, cioè il concetto di giustizia, è tra quelli su cui esiste meno accordo per cui la sua indeterminatezza si trasferisce inevitabilmente sul criterio individuato in via interpretativa.

⁶⁰ Grande seguito quello riscosso da questa impostazione di LENCKNER, *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe*, cit., 249, 255; criticamente DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsumwerts*, cit., 186-188.

⁶¹ ROXIN, *Strafrecht*, cit., I, 127.

⁶² HASSEMER, sub § 1, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2003, 11; per una valutazione critica di questi due ultimi approcci ancora, DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsumwerts*, cit., 201.

⁶³ Si veda, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 339 ss.

⁶⁴ Sulle modalità di rapporto della norma astratta, in fase di formulazione della fattispecie, con il fatto concreto, si veda, RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 9.

⁶⁵ PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 404-405.

che è proporzionale alla centralità del ruolo di questi elementi nella fattispecie e alla loro generalità⁶⁶. Gli elementi valutativi, invece, sono indeterminati quando la legge non esprime il parametro per mezzo del quale operare la valutazione sottesa all'elemento, ovvero quando il criterio è presente ma a sua volta si rivela indeterminato ed equivoco⁶⁷.

Sin qui, però, si è guardato alla tipicità in senso statico. Ma c'è anche una dimensione dinamica della tipicità che proprio a fine anni '70 è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina⁶⁸.

5. *La tipicità in movimento: l'applicazione della fattispecie al fatto storico.*

Nel diritto penale l'approccio fondato sulla forma e sulla misura, intesi come mezzi di connessione tra la generalità del pubblico potere e la singolarità della soggezione del cittadino, è costituzionalmente irrinunciabile⁶⁹. La sinergia tra la generalità della *forma* legislativa e la concretezza della *realtà* sociale, ch'essa in un certo senso riflette, tra l'opportunità e l'efficacia della *tecnica* utilizzata dal legislatore e il *contenuto* giuridico con cui qualifica un accadimento reale, connota la complessità della creazione e applicazione del diritto penale⁷⁰.

Accanto allo studio del concetto statico di fattispecie e di tipicità, si indaga così anche la dimensione dinamica, cioè il processo d'applicazione della norma al fatto concreto⁷¹. Tale indagine dovrebbe cercare di coglierne gli aspetti metodologici e gli strumenti idonei a tessere relazioni efficaci tra fattispecie astratta e fatto concreto⁷².

Si pone, allora, la questione metodologica dell'applicazione della fattispecie. Questione che verte sul "come" si applica la fattispecie alla realtà storica⁷³. Sul tema, si possono individuare due modelli di applicazione della fattispecie: la sussunzione e la spirale ermeneutica⁷⁴.

⁶⁶ PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 409 ss., 412-413.

⁶⁷ PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 428. Si veda inoltre l'approfondita indagine di RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 189 ss.

⁶⁸ RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 11 ss.

⁶⁹ Si esprime così, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., 70.

⁷⁰ Ancora, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, cit., 70 ss.

⁷¹ Sullo spazio di discrezionalità del giudice nella concretizzazione e individualizzazione della norma astratta, si veda, FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 195 ss., 203 ss.; rispetto alla teoria della colpa, si veda, CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 317.

⁷² C'è chi parla di differenza tra fatto giuridico astratto e fatto giuridico concreto, come di differenza tra la previsione della rilevanza giuridica di un comportamento e l'applicazione della conseguenza di quel comportamento storico prevista dalla norma, si veda MAIORCA, voce *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 132.

⁷³ Per una storia del pensiero metodologico-giuridico, si veda, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1991, 1 ss.; tra i saggi italiani sulla metodologia delle scienze sociali si veda, PANEBIANCO, *Introduzione*, in PANEBIANCO (a cura di), *L'analisi della politica*, Bologna, 1989, 13 ss.

⁷⁴ Per un'analisi problematica del metodo sillogistico sussuntivo, ispirata da suggestioni della topica, della retorica e dell'ermeneutica giuridica, oltre che vivificata da diversi esempi, si veda, FORNASARI, *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale*, cit., 313 ss. Sulla spirale ermeneutica, breve

Secondo il primo modello, la norma penale si applica attraverso un sillogismo meccanicistico che permette il riferimento del fatto storico alla norma e che indicherà al giudice quali effetti far spiegare sull'autore del fatto⁷⁵. Norma e fatto vivono separatamente e possono essere messi in relazione solo teoreticamente, attraverso l'attività strumentale di un soggetto esterno.

Secondo il modello ermeneutico, invece, fattispecie astratta e accadimento concreto si muovono contemporaneamente l'una attorno all'altro, tracciando un'immaginaria spirale: essi non esistono e non possono essere conosciuti se non dentro una relazione bidirezionale⁷⁶. La norma s'interpreta solo attraverso il fatto, e il fatto si comprende solo se lo si accosta alla norma⁷⁷. Di questo processo l'interprete è il protagonista: egli è dentro l'interpretazione⁷⁸.

Il loro minimo comune denominatore potrebbe essere rintracciato nella *presenza relazionale* di entità astratta e realtà concreta: la prima contiene gli elementi per valutare la seconda⁷⁹. Dati astratti e circostanze reali, anche divergendo in ordine alle specifiche modalità d'incontro, non occupano lo stesso spazio concettuale. Il metodo della sussunzione, prodotto dell'ottimismo scientifico della Giurisprudenza dei Concetti, e della fiducia nella legislazione della Scuola dell'Esegesi, si scontra con una realtà molto più complessa e inafferrabile di quanto le sue capacità possano riuscire a gestire⁸⁰.

6. Passeggiando sul limite: la tipicità induttiva e la tipicità ipotetica.

Certo, ci sono ipotesi che chiaramente divergono dal paradigma classico, e tutto il diritto esprime in generale una complessità difficilmente contenibile con la struttura deduttiva del procedimento d'applicazione della legge. A questo, si aggiunga che ci sono anche ipotesi limite. Basti una doppia citazione.

e chiaro è il riferimento di ART. KAUFMANN, *Die hermeneutische Spirale*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2000, 13 ss. Sul sillogismo giudiziario e sulla questione del carattere induttivo o deduttivo dell'interpretazione nel diritto penale, si veda DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006, 25 ss.; l'A. ritiene in particolare che la sussunzione sia legata alla "giustificazione" e non alla decisione giudiziaria in sé (265), e riconosce un ruolo creativo non meramente deduttivo del giudice (292 ss.).

⁷⁵ Si veda, LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 155 ss.

⁷⁶ Per un saggio di sintesi, si veda HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, in *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 1986, 195 ss.

⁷⁷ Si veda BARATTA, *Ricerche su "essere" e "dover essere" nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968, 78-79.

⁷⁸ Per la convinzione che l'interpretazione è adattamento della norma alla realtà per tramite del ruolo irrinunciabile della giurisprudenza, si veda, FORNASARI, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione*, cit., 45 ss. e 48.

⁷⁹ Sull'integrazione tra metodo scientifico neopositivista fondato sulla sussunzione e il metodo ermeneutico, si veda DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 27 ss. e 37.

⁸⁰ Alcuni esempi al paragrafo successivo.

In primo luogo, ci si riferisce alla tipologia delittuosa del danno da prodotto, che ha costretto la dogmatica penalistica a estendere la portata di paradigmi e istituti giuridici sino a renderli irriconoscibili. Qui, abbandonato lo schema del reato d'evento, si propone il disegno di un nuovo illecito di rischio, aderente alle peculiarità empiriche delle ipotesi di danno da prodotto, e portatore di un inusitato concetto di *tipicità induttiva*. L'induzione della tipicità nasce dall'utilizzo di un concetto ermeneutico e non epistemologico di rischio, cioè legato all'evidenza empirica e non alla frequenza statistica. Evidenza empirica che lascia sospettare la presenza di un rischio non tollerabile. La verifica di eventi lesivi frequenti e diffusi, associati a rischi gravi, omogenei ed eccezionalmente più alti rispetto ai luoghi dove il prodotto non viene commercializzato, fa scattare la condotta doverosa orientata alla minimizzazione del rischio. Non c'è, qui, uno schema astratto che si applica alla realtà concreta. La realtà concreta stessa, infatti, fornisce i parametri "astratti" per una specie di autovalutazione della rilevanza penale, dettando le condizioni empiriche per l'attivazione delle conseguenze dell'integrazione della fattispecie di rischio⁸¹.

In secondo luogo, altra peculiare categoria è quella che si potrebbe definire della *tipicità ipotetica*. Il settore è soprattutto quello dei delitti politici, ambito ancora portatore di una spiccata eccentricità rispetto alla normazione penale comune. Anticipazione incontrollabile della tutela, incongruenza strutturale delle fattispecie e inafferrabilità ermeneutica dell'evento politico primario, pongono queste ipotesi ai limiti della legittimità costituzionale. L'assoluta mancanza della descrizione della condotta, accompagnata dall'indicazione di un evento di pericolo iperoffensivo (come *instaurare la dittatura di una classe sociale*, *l'insurrezione armata* o *la guerra civile*) ma strutturalmente costruito come un reato monoffensivo, determina una chiara disfunzionalità dello schema tradizionale della sussunzione. Infatti, non c'è la descrizione di un fatto o di un evento che permette la sussunzione. Oggetto del giudizio diviene, allora, l'elaborazione di un quadro ipotetico, abduittivo, che cerca di dimostrare la presenza della mera intenzione di fare. L'assoluta incongruenza strutturale e l'indeterminatezza degli elementi non permettono l'applicazione dello schema valutazione/oggetto della valutazione. Nei delitti politici si assiste, così, alla riduzione della tipicità a mera abduzione, a mero sfondo indiziario⁸².

7. La tipicità astratta e il percorso verso la concretizzazione.

Questo complesso percorso d'applicazione, deduttiva o ermeneutica che sia, della fattispecie, passa non solo dagli elementi di punibilità astratta descritti dalla fattispecie incriminatrice. Nella prospettiva dell'irrogazione della sanzione e della commisurazione del disvalore del fatto, esso passa anche per la correlazione tra fatto e sanzione, quindi anche per le circostanze del reato e per i paradigmi intraedittali di commisurazione della pena. Sono

⁸¹ In tema, PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, 479 ss.

⁸² PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 73 ss.

queste figure che attenuano la frattura che la tipizzazione crea tra lo schema astratto della legge e la realizzazione storica di un fatto penalmente rilevante⁸³.

Tentando di abbozzare il percorso di concretizzazione della fattispecie, si rileva come siano gli elementi della fattispecie che condizionano la punibilità a qualificare un fatto come penalmente rilevante. Purtuttavia, al diritto penale non compete solo la classificazione ma anche la quantificazione del disvalore penale rilevato. La qualificazione ha in sé una mera funzione teoretica, ma solo con la commisurazione, disvalore e valore vengono bilanciati e il diritto penale attua la pienezza delle sue funzioni.

Tale seconda funzione viene assolta dalle circostanze. Le circostanze proprie incidono sulla cornice edittale, hanno una propria disciplina soggettiva, e quelle comuni si applicano pure a tutti i reati con esse non incompatibili. Qui si selezionano serie ulteriori di elementi concreti non previsti dalla fattispecie incriminatrice, ma preveduti, nei presupposti e negli effetti, da norme "altre", anche di parte generale. La fattispecie, in questo modo, continua a ulteriormente selezionare tramite descrizioni normative che sono più aderenti al fatto concreto. Qui rileva ciò che per la selezione operata dalla fattispecie è irrilevante. C'è così un approfondimento tipico della relazione tra norma astratta e fatto concreto, si intravede una sorta di tipicità *accreciuta*⁸⁴.

Le sole circostanze in senso tecnico sono, tuttavia, insufficienti per la concretizzazione e applicazione della norma. Il loro portato è per lo più ancorato a una riaffermazione dello schema astratto del reato. E solo con i criteri di commisurazione della pena è possibile individuare il disvalore del fatto e la quantità di una pena che possa fungere anche da (ideale) rieducazione⁸⁵.

Agendo dentro la forbice edittale, così, le circostanze improprie hanno la funzione centrale di compiere l'individuazione e l'individualizzazione definitiva del rapporto fattispecie-accadimento reale, la riduzione del disvalore del fatto nella pena. L'art. 133 c.p. fornisce i criteri guida del disvalore di condotta, d'evento e dell'intensità di elemento soggettivo. Così, sebbene attraverso una previsione meno determinata, per mezzo delle circostanze improprie s'approfondisce definitivamente e irreversibilmente la relazione tra norma astratta e fatto storico. Si passa, gradualmente, da una realtà non regolata a una entità regolata⁸⁶.

Questa funzionalità concretizzatrice tipica delle circostanze del reato e delle circostanze improprie non si spiega soltanto nella dimensione monosoggettiva, ma anche in quella plurisoggettiva⁸⁷. Infatti, proprio attraverso le circostanze proprie e improprie si può tipizzare la figura del partecipe nel concorso di persone, mitigando l'impianto unificatore degli artt. 110 ss. c.p. ed evitando la necessità di un sistema diversificato "alla tedesca".

⁸³ Così, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 388.

⁸⁴ Si utilizza la traduzione del concetto belinghiano di *quantitativ verdickte Tatbestandsmäßigkeit*, ripreso poi nella fondamentale opera di Maiwald sull'unità dell'azione penale, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964, 83.

⁸⁵ In questo senso, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 359, 360. Sulla scelta delle modalità strutturali astratte di adeguamento della norma alla realtà concreta si veda, RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 21.

⁸⁶ Cfr., SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 10.

⁸⁷ Cfr., DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 242, e 175 ss.

L'integrazione di una circostanza oggettiva diventa, così, titolo sufficiente per il concorso del partecipe e, poiché il soggetto integra già un disvalore qualificato e tipizzato dal legislatore, esclude la necessità di verifiche sulla causalità del contributo. Accertate le condizioni per la sua operatività, la circostanza non è più un elemento accidentale ma essenziale e costitutivo del reato⁸⁸.

Giungendo dalla fattispecie incriminatrice alle circostanze improprie attraverso le circostanze proprie, emerge con nettezza, così, il riferimento alla centralità della sanzione penale, che rivela di essere, allo stesso tempo, via e meta della concretizzazione tipica: via, in quanto i criteri formali che concretizzano la fattispecie sono collocati nella vasta area della commisurazione della pena. Meta, nella misura in cui per l'individuazione della pena *singolare* si fondono norma e fatto, astrazione e realtà, si compie la concretizzazione e si avvia ineluttabilmente lo spiegamento delle funzioni della sanzione e del diritto penale tutto⁸⁹.

Si può affermare che non solo la teorizzazione sull'endo-sistemica del reato (cioè sui rapporti tra tipicità e antiguridicità), ma anche le dogmatiche sull'eso-sistemica (cioè sulla relazione tra il concetto di reato e l'insieme dei suoi elementi) rivelano la tensione concretizzatrice verso gli aspetti infinitesimali, apicali e personali di questo rapporto tra elementi⁹⁰.

La quasi totalità delle dottrine che cercano di spiegare la relazione tra teoria della fattispecie e teoria della sanzione postula tra i due elementi un legame molto stretto, in alcuni casi funzionale, in altri persino ontologico⁹¹. Questa promiscuità tra fattispecie e sanzione, tra fatto astratto e fatto concreto, si manifesta in modo particolarmente nitido nelle teorie che intendono gli elementi della fattispecie come criteri anticipati di commisurazione della pena⁹².

In questi ambiti, è la cornice editale che relaziona fattispecie e fatto, norma e accadimento, legislatore e soggetto attivo. La gravità concreta del reato storico è orientata da parametri astratti che ne indicano i connotati. Le circostanze del reato, proprie e improprie, sono strumenti prossimi al fatto, che tuttavia cercano di coglierne dati giuridicamente ri-

⁸⁸ Cfr., DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 214, 219.

⁸⁹ Un saggio interessante sulle molteplici prospettive della relazione tra individualizzazione e generalizzazione nel diritto, anche se questi termini vengono prevalentemente orientati a una rimediazione della filosofia pratica, è ART. KAUFMANN, *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, in *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 45, 1992, 77 ss.

⁹⁰ Qui ci si riferisce, con una terminologia molto sintetica, alle teorie che studiano il rapporto tra concetto di reato e insieme dei suoi elementi o componenti, settore che nel corpo del testo è stato chiamato eso-sistemica. In particolare, si rinvia alla trattazione precedentemente fatta sulla teoria analitica del reato di Nowakowski, sulla teoria piramidale di Radbruch, sulla teoria ontologica di Welzel e sulla teoria unitaria della Scuola di Kiel e, oggi, di Schild. Per una sintesi riepilogativa si rinvia a SCHILD, *Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs*, Ebelsbach, 1979, 6 ss.

⁹¹ A parte la teoria dell'*Implikationscharakter*, le altre teorie in tema riconoscono rapporti intensi tra i due ambiti dogmatici: un nesso funzionale viene riconosciuto dalla teoria della corrispondenza materiale che postula la necessaria proporzionalità; dalla teoria dell'interdipendenza funzionale tra *Tatbestand* e *Rechtsfolge*, la dottrina dell'equivalenza funzionale e quella della relazione condizionale tra fatto e sanzione. Un approccio ontologico pare avere, invece, la teoria della *antizipierte Strafzumessung* di Bruns. Per una sintesi riepilogativa si rinvia a KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, cit., 64 ss.

⁹² Sulla dottrina della *antizipierte Strafzumessung*: In questo senso, BRUNS, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, Köln-Berlin, 1974, 70 ss. e 363 ss.

levanti e aprioristicamente rappresentabili. C'è, in questi anfratti della dogmatica penalistica, una situazione d'antagonismo tra concezioni estese e concezioni ristrette della fattispecie, tra visioni aperte e altre, invece, intimorite dalla confluenza di astrazione e concretizzazione, intimidite dalla teorizzazione sulla commistione tra norme e fatti.

Questa vocazione alla concretezza dei concetti giuridici astratti si realizza, dentro lo spazio relazionale precetto-sanzione, attraverso la capacità degli elementi del reato di fluttuare sulle modulazioni del fatto storico, di adattarsi, scomponendosi in gradi, alle peculiarità dell'accadimento singolare.

Questi percorsi di concretizzazione rivelano l'essenza anche graduale del reato, e conducono allo studio dei gradi della colpevolezza e dell'illiceità, sia rispetto al tema della commisurazione della pena sia rispetto a quello dell'esiguità del fatto penale. Si esige, così, una nuova attenzione al tema della commisurazione, cifra del grado d'illecito e di colpevolezza nonché culmine dell'applicazione della fattispecie penale.

Il discorso sulla tipicità, dunque, inquadra il passaggio dalla concretizzazione dogmatica dei concetti penalistici alla rielaborazione teorica di questa tendenza attraverso le concezioni gradualistiche del reato⁹³. E anche questo ultimo spunto era già ben presente in quell'opera che ha impresso una svolta nello studio della tipicità penalistica⁹⁴.

⁹³ Ci si riferisce a PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. Per una applicazione, si rinvia a ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., *passim*.

⁹⁴ Ovvero, RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 11 ss.

ENRICO MARIO AMBROSETTI *

IL RAPPORTO FRA LEGALITÀ E GIUSTIZIA: L'ETERNO RITORNO DELLA FORMULA DI RADBRUCH

1. *Il problema del rapporto fra legalità e giustizia: cenni introduttivi.*

Sono trascorsi ormai settanta anni da due avvenimenti che hanno segnato la storia del diritto penale nel ventesimo secolo. Il 1° ottobre 1946 si conclude il Processo di Norimberga e quasi in contemporanea nel numero di agosto della *Süddeutsche Juristen Zeitung* viene pubblicato lo scritto di Gustav Radbruch dal titolo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*¹.

In prima battuta, può apparire singolare accomunare una vicenda giudiziaria fondamentale per l'evoluzione del diritto penale internazionale ad un articolo di un insigne filosofo del diritto e penalista. D'altra parte, una risposta a questo rilievo è agevole. Va infatti ricordato che proprio questo scritto di Radbruch ha avuto una fondamentale influenza per molti procedimenti che si sono celebrati in Germania nel ventesimo secolo.

Come è noto, il tema che lega questi due diversi avvenimenti è il controverso rapporto fra giustizia e legalità nella punizione dei crimini contro l'umanità. Il problema – all'epoca – nasceva sotto un duplice profilo. Da un lato, l'introduzione di crimini contro l'umanità nel catalogo dei reati per cui era competente il c.d. tribunale di Norimberga poneva evidentemente la questione di un possibile contrasto con il principio di legalità, ed in specie con i suoi corollari del divieto di retroattività della legge penale e della determinatezza della fattispecie. Dall'altro, emergeva – in particolare con riferimento all'ordinamento nazista – il diverso problema del valore delle numerose leggi che, ristabilito un ordinamento democratico, apparivano palesemente ingiuste e inique. Un esempio valga per tutti: la “legge sulla prevenzione delle malattie ereditarie” portò dagli anni '30 fino alla caduta del nazismo a centinaia di migliaia di sterilizzazioni coattive. I soggetti sottoposti a tale intervento erano affetti da patologie (deficit mentale congenito, schizofrenia, psicosi maniaco depressiva, epilessia, morbo di Huntington, cecità e sordità ereditarie, gravi malformazioni fisiche) ovvero rientravano nelle seguenti categorie: gli alcolisti cronici, gli antisociali, i nomadi e i c.d. “bastardi della Renania” (figli nati dopo la I guerra mondiale da rapporti tra tedesche e membri delle truppe nord africane di occupazioni)². È evidente che, caduto il

* Professore ordinario di Diritto penale, presso l'Università degli Studi di Padova.

¹ RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, 105 ss.

² Queste e ulteriori notizie storiche possono rinvenirsi in PORTIGLIATTI-BARBOS, voce *Sterilizzazione*, in

regime nazista, nasceva la questione della “legalità” delle condotte compiute in forza di questi provvedimenti normativi palesemente ingiusti.

In buona sostanza, il giurista dell’epoca si trovava di fronte ad un dilemma: il principio di giustizia imponeva, per un verso, la punizione di crimini che, pur non essendo consacrati in testi legislativi, apparivano in contrasto con i fondamentali principi di umanità e, per altro verso, di disapplicare quelle norme che avevano reso leciti, se non doverosi, comportamenti palesemente ingiusti.

Tuttavia, tale esigenza di giustizia comportava un *vulnus* al principio di legalità in quanto venivano puniti comportamenti che precedentemente non erano considerati come reati o che – in forza di una legge pregressa – erano qualificati come leciti e spesso anche come doverosi.

Va da sé che la soluzione di questo dilemma dipendeva dall’adozione di una prospettiva di stampo giusnaturalista. In altre parole, la punizione di tali crimini trovava legittimazione nel presupposto che essi – indipendentemente da una loro previsione in un diritto positivo – violassero i principi fondamentali del diritto naturale, inteso come “*l’idea di giustizia che è l’anima della morale sociale e quindi del diritto positivo in quanto espressione dell’esigenza della morale sociale*”³. Tant’è che si è affermato come proprio l’esigenza, negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, di punire i crimini contro l’umanità abbia contribuito all’eterno ritorno del diritto naturale⁴. Ed è noto come sia stato proprio Gustav Radbruch – insieme a Hans Welzel – a rappresentare il principale esponente di quella rinascita giusnaturalistica compiutasi nell’ultimo dopoguerra nella dottrina tedesca⁵.

Dig. disc. pen., XIV, 4^a ed., Torino, 1999, 5 ss.; VELLA, *Breve panoramica storico-sociale sul fenomeno della sterilizzazione*, in AA.VV., *Il problema della sterilizzazione volontaria: studio e ricerca interdisciplinare*, Milano, 1983, 11 ss.; AMBROSETTI, *Sterilizzazione e diritto penale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, *Il governo del corpo*, Milano, 2011. Nella letteratura straniera si veda, per tutti, BIDDIS, *Disease and dictatorship: the case of Hitler’s Reich*, in *Journal of the Royal Society of Medicine*, vol. 90, 1997, 342 ss.

³ Testualmente, BETTIOL, *Diritto penale*, 11^a ed., Padova, 1982, 115. Il ricorso all’espressione “diritto naturale” è evidentemente generico. Come è noto, anche nella cultura giuridica moderna il diritto naturale continua a rappresentare “un oggetto misterioso”; “misterioso non soltanto per la vaghezza, l’oscurità e talvolta persino la contraddittorietà con cui si è cercato di definirne la consistenza, ma anche per il suo apparire nei luoghi più impensati e ad esso meno congeniali” (così, GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, 2^a ed., Milano, 1984, 172).

⁴ Quando si richiama “l’eterno ritorno del diritto naturale” è evidente il richiamo agli scritti di LANDSBERG, *Zurewigen Wiederkehrdes Naturrechts*, in *Archiv für Rechts – und Wirtschafts philosophie*, Band XVIII, 1924/25, 347 ss. e ROMMEN, *Die ewige Wiederkehrdes Naturrechts*, Leipzig, 1936. Per un esame del riemergere di istanze giusnaturalistiche nella scienza giuridica tedesca del secondo dopoguerra restano fondamentali le pagine di WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, trad. it. di Losano-Giuffrida Repaci, Milano, 1965, 44 ss. Al riguardo, va tuttavia ricordata la posizione critica di BONI (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, *passim*, spec. 179 ss.), secondo cui il fatto che vicende politico-storiche determinino un eterno ritorno del diritto naturale non implica necessariamente che tale dottrina debba considerarsi viva. Anzi, secondo l’illustre autore tutto ciò è solamente una testimonianza della difficoltà per il diritto naturale di affermarsi, o per meglio dire dell’eterna crisi del diritto naturale.

⁵ Per un esame degli scritti di Radbruch riconducibili a questa svolta giusnaturalistica – e cioè la quarta edizione della *Rechtsphilosophie* e le opere successive alla seconda guerra mondiale – si rinvia a RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl. a cura di WOLF, Stuttgart, 1963. Il testo fondamentale per la comprensione delle posizioni giusnaturalistiche di WELZEL è la monografia, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. di De Stefano, Milano, 1965.

Oggi, a distanza di settanta anni, molte problematiche all'epoca discusse sembrano superate. Proprio il processo di Norimberga ha costituito una formidabile spinta per l'evoluzione del diritto penale internazionale, ed in particolare per la repressione dei crimini contro l'umanità⁶. In questa prospettiva si è sostenuto il "superamento delle impostazioni giusnaturalistiche" che avevano caratterizzato il dibattito in materia di diritto penale internazionale e, in specie, in merito alla punizione dei crimini contro l'umanità nel secondo dopoguerra⁷.

È questa sicuramente una considerazione condivisibile. Va, peraltro, ricordato che anche più recentemente – ancora una volta in Germania –, caduto un regime che si era fondato sulla forza e sull'arbitrio – quello della Repubblica Democratica Tedesca –, l'esigenza di punire le violazioni più gravi della dignità umana ha portato ad una riscoperta del diritto naturale, inteso come sistema di quei valori che preesistono e condizionano il diritto penale positivo⁸. Non è, quindi, casuale il fatto che il criterio, il quale ha guidato i tribunali tedeschi nel giudicare gli omicidi del Muro di Berlino, sia stato proprio quello elaborato da Radbruch con riferimento ai crimini nazisti⁹.

Ed è proprio questo persistente richiamo alla Formula di Radbruch che induce ad affrontare – in questo breve scritto – la questione se la soluzione proposta da Gustav Radbruch per definire il controverso rapporto fra legalità e giustizia abbia ancora validità a distanza di settanta anni dalla pubblicazione del saggio *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

2. La pubblicazione di *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*: ricadute sulla giurisprudenza tedesca in materia di crimini nazisti.

Può apparire sorprendente che a distanza di pochi mesi dalla caduta del Terzo Reich in Germania si fosse già aperto un così forte dibattito in merito alle problematiche connesse

Un quadro completo del dibattito filosofico-giuridico svoltosi in Germania in ordine a simili problematiche ci è dato dal volume MAIHOFER (a cura di), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Bad Homburg, 1962. Per un'interessante panoramica del clima culturale, sensibile al richiamo della corrente filosofica giusnaturalistica, della Germania dell'epoca si veda, inoltre, la monografia di FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, Padova, 1990, 133 ss.

Va peraltro ricordato come anche in Italia durante tutto il corso di questo secolo vi sia stata una considerevole attenzione alle problematiche giusnaturalistiche [cfr. al riguardo, MARINIG, *Il giusnaturalismo nella cultura filosofica del novecento*, in ORECCHIA (a cura di), *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, vol. I, Milano, 1976, 35-55].

⁶ Nell'ambito dell'ormai amplissima letteratura sull'influsso del processo di Norimberga sull'evoluzione del diritto penale internazionale si rinvia al volume collettaneo METTRAUX (a cura di), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, 2008. Fra i numerosi contributi in questo volume si segnala, in particolare, quello di JESCHECK, *The Development of International Criminal Law after Nuremberg*, 408 ss.

⁷ Sul punto, si vedano le ampie considerazioni di BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, 29 ss.

⁸ Il tema è stato magistralmente affrontato da VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

⁹ Per una disamina delle posizioni giurisprudenziali mi permetto di rinviare a AMBROSETTI, *In margine alle c.d. sentenze del Muro di Berlino: note sul problema del "diritto ingiusto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 596 ss.

alla legislazione nazista. Ma vi è un dato che colpisce ancora di più. L'occasione per il saggio di Radbruch nasce dal fatto che in un precedente fascicolo della *Süddeutsche Juristen-Zeitung* era stata pubblicata una sentenza dell'*Amtsgericht* di Wiesbaden, che aveva dichiarato che le leggi, le quali nel periodo nazista avevano stabilito la confisca dei beni degli ebrei a favore dello Stato, contrastavano con il diritto naturale ed erano da considerarsi nulle sin dal momento della loro promulgazione. Inoltre, il filosofo e penalista tedesco trae spunto da alcune sentenze in materia penale, pronunciate da tribunali tedeschi della Turingia e della Sassonia, e cioè di regioni tedesche facenti allora parte della zona di occupazione sovietica¹⁰.

Si deve prendere, quindi, atto che solamente alcuni mesi dopo la fine del regime nazista in Germania era già in corso un processo sia sul piano giurisprudenziale, sia a livello giuridico-filosofico volto a “superare il passato per mezzo del diritto” – *Vergangenheitsbewältigung durch Recht* –¹¹.

In particolare, il caso più interessante – citato da Radbruch – è ampiamente conosciuto. È quello del commerciante, il quale in una toilette aveva scritto su un muro “*Hitler ist ein Massenmörder und schuld am Kriege*”, cioè che Hitler era un genocida e responsabile della guerra. Costui a causa di tale scritta era stato incriminato per preparazione di alto tradimento ed era stato condannato a morte dal Tribunale Superiore di Kassel. Finita la guerra e caduto il regime nazista erano stati chiamati a processo i giudici che avevano pronunciato la sentenza di condanna a morte. Nel corso di tali processi, conclusi in genere con la condanna degli imputati per attività compiute durante i dodici anni del Terzo Reich, era stato affrontato il problema della validità giuridica delle leggi naziste. La conclusione cui erano giunti i tribunali tedeschi era stata quella di negare, almeno in gran parte, la validità della legislazione nazista, quanto meno di quella che era stata emanata sulla base della legge sui pieni poteri (l'*Ermächtigungsgesetz* del 24 marzo 1933, intitolato “*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*”): una legge considerata estorta con minacce a molti parlamentari e che aveva portato ad un diritto “ingiusto, contrario ai diritti dell'uomo e criminale”¹².

Questo è, dunque, il materiale giurisprudenziale che ha sollecitato Radbruch ad affrontare l'eterno problema del rapporto fra certezza del diritto e giustizia. Lo studioso parte da una premessa e cioè che la certezza del diritto – *Rechtssicherheit* – non è certamente l'unico valore tutelato da un ordinamento giuridico. Ad esso si affiancano senza dubbio anche la giustizia – *Gerechtigkeit* – e l'utilità del diritto per il bene comune – *Zweckmäßigkeit des Rechts für das Gemeinwohl* –. Al primo posto fra questi tre valori – certezza, giustizia, utilità – vi è nondimeno la giustizia del diritto. Da queste premesse Radbruch giunge alla conclusione che nell'ipotesi di un contrasto fra certezza del diritto e giustizia esso

¹⁰ Per un ampio e approfondito esame del saggio di Radbruch si rinvia alla monografia di VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., 4 ss.

¹¹ L'espressione “*Vergangenheitsbewältigung durch Recht*” – traducibile nei termini di “superare”, “fare fronte”, “venire a capo” del passato per mezzo del diritto – è stata utilizzata per la prima volta da REDEKER, *Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1964, 1097 ss.

¹² RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., 105-106.

vada risolto a favore della prevalenza della legge positiva in vigore nell'ordinamento, anche se dal punto di vista dei contenuti essa è in contrasto con la giustizia e con l'utilità. Tale regola soffre però di una eccezione nel caso in cui il contrasto della legge positiva con la giustizia sia di proporzioni talmente intollerabili da far sì che la legge, in quanto "diritto ingiusto", debba cedere di fronte alla giustizia¹³.

Da quanto esposto emerge chiaramente che la c.d. formula di Radbruch ha, in realtà, un duplice contenuto. Secondo la tesi del filosofo e penalista – di regola – l'esigenza della certezza del diritto prevale sui beni della giustizia e dell'utilità del diritto. E ciò vale anche nel caso in cui la legge positiva possa qualificarsi "ingiusta". Tuttavia, in via eccezionale – quando la legge abbia le caratteristiche di una intollerabile ingiustizia – essa non è solamente "diritto ingiusto", ma è addirittura priva di natura giuridica. Da ciò consegue l'invalidità della legge intollerabilmente ingiusta e l'obbligo per il giudice di non applicarla.

Questa è, nei suoi termini essenziali, quella che – negli anni successivi – è stata definita la formula di Radbruch. Come è noto, essa ha trovato applicazione in numerose decisioni sia in materia penale, sia in materia civile e amministrativa del *Bundesgerichtshof* della giurisprudenza di merito¹⁴. Va, inoltre, ricordato che un influsso può rinvenirsi anche nelle decisioni del *Bundesverfassungsgericht* concernenti le norme, emanate nel periodo nazista, da considerarsi invalide per difetto dei caratteri essenziali del diritto¹⁵. Il caso più interessante affrontato dal *Bundesgerichtshof* è sicuramente quello relativo alla condotta di tre funzionari addetti al trasferimento mediante trasporto ferroviario di ebrei dal Württemberg verso l'Est tra il primo dicembre 1941 e il 12 febbraio 1945, diretti a Riga, Theresienstadt, Izbica ed Auschwitz¹⁶. Si era trattato della deportazione di 2.462 persone, quasi tutte morte nei campi di concentramento. I tre funzionari, incriminati del reato di sequestro di persona seguito da morte – § 239, comma 4, StGB –, erano stati assolti dalla Corte d'Assise di Stoccarda. La Corte aveva riconosciuto – incidentalmente – la responsabilità penale in capo ai vertici del regime nazista per le deportazioni e l'assassinio – fra questi, Hitler, Göring, Heydrich e i loro immediati collaboratori dell'Ufficio centrale di sicurezza del Reich (RSHA) –, ma – allo stesso tempo – aveva escluso la colpevolezza dei tre imputati sul presupposto che costoro, in qualità di meri esecutori, pur avendo realizzato la fattispecie oggettiva del reato, non erano consapevoli del piano di sterminio dei loro capi e quindi non avevano la coscienza dell'antigiuridicità del fatto. Di diverso avviso è

¹³ RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., 107.

¹⁴ Per un esame completo di questa giurisprudenza si rinvia a VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., 50 ss. Ulteriori interessanti indicazioni relative a tale giurisprudenza si possono rinvenire in HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, 148 ss.; ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1992, 5 ss.; OTT, *Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1988, 337 ss.

¹⁵ Bundesverfassungsgericht, 19 febbraio 1957, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 6. Band, 198. Sul problema in generale dei rapporti fra certezza del diritto e giustizia, si vedano, inoltre, Bundesverfassungsgericht, 18 dicembre 1953, *ivi*, 3. Band, 232-233; Bundesverfassungsgericht, 26 febbraio 1969, *ivi*, 25. Band, 290-291.

¹⁶ Bundesgerichtshof, 29 gennaio 1952, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 2. Band, 234 ss.

stato il *Bundesgerichtshof* con la sentenza del 29 gennaio 1952. Nella motivazione la Corte Federale afferma espressamente che allo Stato non compete un potere assoluto di determinare ciò che è diritto e ciò che diritto non è, e che presso tutti i popoli civilizzati, al di là delle differenti vedute caratteristiche degli ordinamenti nazionali, esiste un nucleo essenziale del diritto (*ein gewisser Kernbereich des Rechts*), che non può essere leso da nessuna legge e da nessuna misura d'autorità. Sulla base di simili premesse la Corte ha riconosciuto la responsabilità dei tre funzionari che – di fronte alla palese illegalità e brutalità di tali deportazioni – erano pienamente consapevoli dell'illiceità del loro comportamento e ha disposto l'annullamento della sentenza della Corte d'Assise che assolto gli imputati per difetto di consapevolezza dell'antigiuridicità (*Widerrechtlichkeit*) del loro agire.

Nel valutare la pronuncia del *Bundesgerichtshof* – ed anche le altre intervenute all'epoca – si deve richiamare il giudizio di Giuliano Vassalli, secondo il quale questa è stata una pagina “luminosa” della giurisprudenza tedesca. E proprio con queste decisioni i giudici tedeschi, chiamati a giudicare alcuni fra i tanti crimini nazisti, hanno dato prova che è possibile una *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*.

3. Il ritorno della Formula di Radbruch: la giurisprudenza in tema di omicidi del Muro di Berlino.

A distanza di più di quaranta anni dalla sua enunciazione e dalle sue prime ricadute giurisprudenziali la formula di Radbruch trova nuovamente attualità in un diverso contesto storico e giuridico. È noto come dopo la riunificazione delle due Germanie abbiano avuto inizio una serie di processi volti ad accertare le responsabilità penali da un lato degli organi politici e dall'altro delle guardie di frontiera per le uccisioni di cittadini della DDR, che avevano cercato invano di superare il “Muro di Berlino” per rifugiarsi nel mondo occidentale¹⁷. A tale proposito, va rammentato che, anche precedentemente alla riunificazione fra le due Germanie, di fronte a tribunali della Repubblica Federale Tedesca erano state sottoposte a giudizio penale alcune guardie di frontiera della DDR responsabili dell'omicidio di fuggitivi dalla cortina di ferro¹⁸.

¹⁷ Per un compiuto esame di questa giurisprudenza si rinvia a VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., 85 ss.; AMBROSETTI, *In margine alle c.d. sentenze del Muro di Berlino: note sul problema del “diritto ingiusto”*, cit., 609 ss.; MUHM, *Il “Muro di Berlino”, i processi paralleli e il diritto naturale in Germania*, in *Ind. pen.*, 1994, 625 ss.

¹⁸ Già da alcuni anni la giurisprudenza tedesco-occidentale aveva affermato in alcune sentenze il principio secondo cui anche i cittadini della DDR dovevano considerarsi tutelati dalla legge penale della Repubblica Federale di Germania. Di conseguenza, anche gli episodi di uccisioni di fuggitivi dalla DDR sarebbero rientrati nella giurisdizione dei tribunali della Repubblica Federale. È questa, ad esempio, la posizione accolta dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (3 novembre 1982, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, 1277 ss.), secondo cui anche i cittadini della DDR devono considerarsi “tedeschi” agli effetti del § 7, comma 1, StGB BRD. Più sfumata è la tesi seguita dal Bundesgerichtshof (7 marzo 1954, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 32. Band, 293 ss.) secondo cui il diritto della Repubblica Federale di Germania si applica agli illeciti penali commessi nella DDR “che siano in relazione con misure di violenza e di arbitrio e che non siano generalmente perseguiti nella DDR”. Per un più completo esame degli orientamenti giurisprudenziali si rinvia

Al riguardo, va subito chiarito che in confronto ai crimini commessi durante il regime nazista, la cui illiceità era talmente manifesta da non porsi in alcun dubbio, la questione dei c.d. omicidi del Muro di Berlino è stata sicuramente più complessa e controversa. Per comprendere le problematiche prese in esame dai tribunali che hanno giudicato le uccisioni compiute al confine fra la Germania orientale ed occidentale è, quindi, necessario in via preliminare analizzare la normativa che disciplinava l'attraversamento dei confini di Stato nella DDR. La norma che assumeva il maggiore rilievo era il § 27 del *Gesetz über die Staatsgrenzeder Deutschen Demokratischen Republik* del 25 marzo 1982. La norma stabiliva infatti i limiti entro i quali le guardie di frontiera potevano utilizzare armi da fuoco per impedire il superamento dei confini di Stato. In particolare, il comma 2 prevedeva che l'impiego di armi da fuoco fosse giustificato per impedire la imminente realizzazione in modo diretto di un illecito penale o la sua continuazione, illecito che abbia secondo le circostanze le caratteristiche di un crimine. Nei commi successivi venivano stabiliti una serie di casi di esclusione nell'impiego delle armi da fuoco. L'ultimo comma prevedeva poi che nell'ipotesi di impiego delle armi la vita delle persone andasse secondo le possibilità risparmiata. Ai feriti andava inoltre assicurato, nel rispetto delle necessarie misure di sicurezza, l'immediato soccorso. Dalla lettura del § 27 del *Grenzgesetz* sorge quindi l'interrogativo se l'attraversamento illegale dei confini costituisse un delitto alla stregua della legge penale della DDR e se di conseguenza l'uso delle armi da fuoco da parte delle guardie di frontiera potesse considerarsi giustificato. La risposta a tale interrogativo era fornita dal § 213 dello *Strafgesetzbuch* della Repubblica Democratica Tedesca¹⁹. Il comma 3 qualificava l'illegale attraversamento del confine come crimine solamente nelle ipotesi più gravi, indicando inoltre una serie di casi da considerarsi come tali. Fra questi rientravano, ad esempio, la realizzazione dell'illecito attraversamento dei confini con porto d'armi o con l'impiego di mezzi o metodi pericolosi e la commissione del fatto con una particolare intensità o insieme ad altre persone.

Il quadro normativo può quindi considerarsi sufficientemente completo. Un dato emerge con chiarezza dalla lettura di queste disposizioni di legge, e cioè la loro apparente conformità con i principi di uno Stato democratico. Lo *Schiessbefehl* non conferiva, infatti, alle guardie di frontiera un potere arbitrario nell'impiego delle armi da fuoco, anzi stabiliva dei limiti con riguardo a tale uso²⁰. Una decisiva conferma di questo assunto ci viene

a KREY-ARENZ, *Schutz von DDR-Bürgern durch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland?*, in *Juristische Rundschau*, 1985, 399 ss.; ROGGMANN, *Grenzübertritt und Strafrechtsanwendung zwischen beidendeutschen Staaten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, 243 ss.; WOESNER, *Deutsch-deutsche Strafrechtskonflikte*, ivi, 248 ss.; SCHROTH, *Differenzierung zwischen Inland und zümlichem Geltungsbereich des Strafrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, 500 ss.

¹⁹ Per una più completa analisi del § 213 (Ungesetzlicher Grenzübertritt) StGB DDR si vedano: *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik. Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin, 1987, sub § 213, 472 ss.; *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Berlin, 1981, 219 ss.

²⁰ Va tuttavia osservato che meno conforme ai principi di uno Stato di diritto appare la qualificazione come delitto dell'attraversamento illegale dei confini compiuto "con particolare intensità". È evidente che l'uso di questa formula concedeva una sfera di arbitrio nel valutare quando tale illecito attraversamento fosse configurabile come delitto e, conseguentemente, la possibilità per le guardie di frontiera di applicare, in buona sostanza, una pena di morte "illico et immedie".

fornita da un confronto con la corrispondente norma della Repubblica Federale di Germania. I §§ 9-13 del *Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung Öffentlicher Gewaltdurch Vollzugsbeamtedes Bundes*, del 18 marzo 1961, prevedono, nell'uso delle armi da fuoco da parte delle guardie di frontiera, limiti che ricalcano sostanzialmente quelli contenuti nella normativa della DDR. Allo stesso tempo, però, va affermato che il dato normativo assume un modesto significato nel valutare se il comportamento delle guardie di frontiera della DDR abbia violato quei diritti fondamentali dell'uomo che sono oggi sanciti da numerose convenzioni internazionali. È invero evidente che diverso è il criterio di valutazione con riguardo ad uccisioni commesse da guardie di frontiera nei confronti di cittadini che cercano di fuggire dal proprio Paese ove sono sottoposti a persecuzioni razziali o politiche, rispetto a episodi nei quali l'uso delle armi da fuoco sia diretto contro delinquenti che vogliono sottrarsi ad un ordine di cattura o a contrabbandieri nell'esercizio della propria attività criminosa.

È questo uno dei nodi cruciali affrontati dalla giurisprudenza tedesca successiva alla riunificazione e cioè se l'uso delle armi da fuoco fosse giustificato anche nel caso in cui i cittadini della DDR volessero unicamente evadere dalla dittatura comunista per entrare nel mondo occidentale. E a tale riguardo, è interessante osservare che, per risolvere la questione, giurisprudenza di merito e poi il *Bundesgerichtshof* e il *Bundesverfassungsgericht* richiamano le decisioni in tema di crimini nazisti che avevano affermato il principio secondo cui le leggi che violano i diritti essenziali dell'uomo possono essere considerate nulle. In particolare, i giudici hanno affermato che la condotta delle guardie di frontiera può essere qualificata anti-giuridica dal momento che le norme dello *Schiessbefehl* vanno considerate nulle. Pure riconoscendo l'apparente corrispondenza della norma che giustificava l'uso delle armi da fuoco ai principi di uno Stato di diritto, la giurisprudenza osserva come in realtà alle guardie di frontiera fosse consentito un indiscriminato potere di uso delle armi da sparo. È dunque evidente come l'impiego di una espressione del tutto indeterminata – attraversamento del confine con particolare intensità – permettesse alle guardie di frontiera di utilizzare le armi da fuoco indiscriminatamente. Sotto questo profilo nessuna differenza è riscontrabile nel fatto che le norme del periodo nazista avevano consentito uno sterminio di massa, mentre quelle dell'era comunista solamente l'uccisione episodica di alcuni fuggitivi. Il bene della vita è sempre intangibile e non permette quindi di distinguere le sue aggressioni secondo criteri quantitativi.

Nell'ambito di questa giurisprudenza particolare importanza riveste la prima decisione del *Bundesgerichtshof*²¹. Punto centrale della sentenza è naturalmente la *vexata quaestio* cir-

²¹ La sentenza del Bundesgerichtshof del 3 novembre 1992 (in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, 141 ss.) ha rigettato il ricorso proposto dagli imputati condannati con la sentenza del Landgericht Berlin del 5 febbraio 1992. Per un commento alla sentenza si vedano, fra gli altri, FALLER, *Unrichtiges Rech that der Gerechtigkeit zu weichen*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30 novembre 1992, 13; FIEDLER, *Nota*, in *Juristen Zeitung*, 1993, 206 ss.; GÜNTHER, *Nota*, in *Strafverteidiger*, 1993, 18; HEIZMANN, *Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung von § 27 des Grenzgesetzes der DDR*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, 118; SCHROEDER, *Die Rechtswidrigkeit der Flüchtlingserschietungen zwischen Transzendenz und Immanenz*, in *Juristische Rundschau*, 1993, 45; WULLWEBER, *Die Mauerschützen-Urteile*, in *Kritische Justiz*, 1993, 56.

ca l'applicabilità della causa di giustificazione prevista dallo *Schiessbefehl*. La Corte Federale ha cioè dovuto decidere se le norme della DDR in questione si ponessero talmente in contrasto con la giustizia da far sì che la legge, in quanto diritto ingiusto, dovesse piegarsi alla giustizia. Al riguardo, la Corte osserva che oggi esistono dei concreti punti di riferimento per verificare questo intollerabile contrasto. Tali sono le Convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo, primo fra tutti il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, al quale anche la Repubblica Democratica Tedesca ha aderito²². In particolare, l'attenzione del *Bundesgerichtshof* si è rivolta agli artt. 6 e 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Il primo infatti sancisce che “*il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve esser protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita*”. Il secondo articolo stabilisce, al comma 2, che “*ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio*”. Sulla base di una lunga e articolata motivazione, la Corte Federale giunge alla conclusione che il sistema politico e giuridico della disciolta DDR era in contrasto con questi principi. Neppure particolari condizioni economiche e sociali potevano giustificare che l'interesse dello Stato ad impedire la fuga dei propri cittadini fosse maggiormente valutato rispetto al diritto stesso dei cittadini alla vita. Da tutto ciò deriva che la causa di giustificazione prevista dal § 27 del *Grenzesetz* deve considerarsi inefficace e non può trovare applicazione.

È stata questa la prima di alcune sentenze del *Bundesgerichtshof* relative ai c.d. omicidi del Muro di Berlino. In via generale, si può affermare che queste pronunce della Corte Federale si sono sostanzialmente allineate alla prima decisione²³. Per la precisione, soprattutto nella sentenza del *Bundesgerichtshof* del 25 marzo 1993²⁴, appare più sfumato il richiamo alla formula di Radbruch. Infatti, nel motivare l'antigiuridicità della condotta delle guardie di frontiera, la Corte fa ampio riferimento al contrasto della normativa della DDR con i principi del diritto internazionale, i quali avrebbero imposto una interpretazione “amica dei diritti dell'uomo” (*menschenrechtsfreundlich*)²⁵.

Particolarmente importanti sono le successive sentenze del *Bundesverfassungsgericht* del 1996 e 1997²⁶. Nella decisione della Corte Costituzionale tedesca del 24 settembre 1996 i giudici, oltre ad affrontare altre complesse questioni, fanno esplicito riferimento alla formula di Radbruch²⁷. Al riguardo, la Corte sottolinea, peraltro, che “una invalidità del di-

²² Il Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato stipulato a New York il 16 dicembre 1966 e aperto alla firma il 19 dicembre 1966. La Repubblica Democratica Tedesca lo ha ratificato l'8 novembre 1973 [il testo integrale è pubblicato nel VITTA-GREMENTIERI (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, 96 ss.].

²³ Per un esame della successiva giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* si rinvia a VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., 98 ss.

²⁴ *Bundesgerichtshof*, 25 marzo 1993, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 39. Band, 168 ss.

²⁵ L'osservazione è di VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., 101.

²⁶ Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale si richiama ancora una volta il volume di VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., 109 ss.

²⁷ *Bundesverfassungsgericht*, 24 settembre 1996, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 95, 96 ss.

ritto positivo deve rimanere limitata a casi di estrema eccezionalità”. Nel caso in esame – gli omicidi del Muro di Berlino – il *Bundesverfassungsgericht* conferma la validità della tesi accolta dal *Bundesgerichtshof*, e cioè che non può esser dato alcun riconoscimento ad una causa di giustificazione che legittimi l’uccisione dolosa di persone che altro non volevano se non superare, disarmate e senza alcun pericolo per beni giuridici generalmente riconosciuti, il confine intertedesco. Anche la Corte Costituzionale fa, peraltro, riferimento – relativamente a questa causa di giustificazione, che dava semplicemente priorità al divieto di superamento del confine rispetto al diritto dell’uomo alla vita – ad un intollerabile contrasto sia con i principi elementari di giustizia, sia con i diritti dell’uomo oggi tutelati dal diritto internazionale. Viene, infatti, espressamente accolta l’elaborazione compiuta dal *Bundesgerichtshof* sui rapporti tra formula di Radbruch e patti internazionali sui diritti umani per colmare le difficoltà di gestione rappresentate dalla formula stessa a causa della sua indeterminatezza e trovare così punti di riferimento più precisi. E proprio alla luce di questo duplice parametro la Corte afferma che la subordinazione del diritto di vita del singolo all’interesse statale ad impedire l’attraversamento del confine veniva a costituire la più grave ingiustizia sostanziale (*materiellschwerstes Unrecht*). Pertanto, sulla base di simili premesse, la Corte esclude la validità della causa di giustificazione prevista nel *Grenzgesetz*, affermando con ciò la piena legittimità di una applicazione delle norme che punivano l’omicidio nello *Strafgesetzbuch* della DDR.

Tale è nei suoi termini essenziale la giurisprudenza in materia di omicidi del Muro di Berlino. Da quanto ora esposto emerge chiaramente un filo conduttore che lega queste più recenti decisioni giudiziali a quelle relative ai crimini commessi durante il regime nazista. Il criterio, che ha guidato i tribunali tedeschi nel giudicare gli omicidi del Muro di Berlino, è quello elaborato da Radbruch nel 1946 e utilizzato giudizialmente con riferimento ai crimini nazisti. In effetti, con riguardo a queste due tragiche vicende storiche, i tribunali tedeschi sono stata concordi nell’affermare il principio per cui, di fronte ad un intollerabile contrasto della legge positiva con la giustizia, la legge quale diritto ingiusto deve far posto alla giustizia. Tuttavia, va segnalato che vi è un’importante differenza fra i due filoni giurisprudenziali. Le più recenti sentenze relative agli omicidi del Muro di Berlino rappresentano un passo ulteriore rispetto alla giurisprudenza relativa ai crimini nazisti. Il giudizio circa l’intollerabile contrasto della normativa della DDR con l’idea di giustizia si è svolto non solamente con riguardo a principi di diritto naturale, ma anche con specifico al quadro dei diritti umani così come oggi garantiti da trattati internazionali. In tal senso, non pare azzardato concludere che il riferimento ai trattati internazionali ha una duplice valenza. Per un verso, esso rappresenta un punto di appiglio su cui basare il giudizio circa l’inammissibile conflitto delle norme dello *Schiessbefehl* con la giustizia. In simile prospettiva le convenzioni internazionali costituiscono un utile strumento per individuare quale sia l’odierno concetto di giustizia in uno Stato di diritto. Per altro verso, il richiamo al diritto internazionale è un chiaro indice di un passaggio – nel valutare l’intollerabile contrasto con la giustizia – da un parametro di diritto extra positivo ad uno di diritto positivo.

4. *Legalità e giustizia nel terzo millennio: le nuove prospettive della formula di Radbruch.*

Sono trascorsi ormai venti anni anche dalle sentenze del *Bundesverfassungsgericht* che hanno concluso le vicende giurisprudenziali in tema di omicidi del Muro di Berlino. È quindi inevitabile che per il giurista del nuovo millennio sorga l'interrogativo se la formula di Radbruch e le sue ricadute giurisprudenziali siano destinate a rappresentare una "luminosa" pagina del passato, destinata tuttavia a essere ormai confinata nella storia del diritto penale.

In parte, una risposta a questo interrogativo ci è già stata data proprio dalle decisioni giudiziali relative agli omicidi del Muro di Berlino. In queste pronunce il ruolo della formula di Radbruch appare sicuramente più sfumato in virtù del peso che ha assunto il diritto penale internazionale. D'altro canto, è scontato che proprio lo straordinario sviluppo della normativa internazionale abbia trasformato i termini del giudizio su cui formulare l'intollerabile contrasto fra una norma di diritto positivo e la giustizia materiale. Dalla fine della seconda guerra mondiale a oggi si è creato un *corpus* normativo che assicura, da un lato, i diritti fondamentali dell'uomo nelle sue diverse dimensioni, e che, dall'altro, punisce i crimini contro l'umanità. Sotto questo profilo, il ruolo della formula di Radbruch appare sicuramente ridimensionato. E ciò in quanto – in via generale – il possibile contrasto fra certezza del diritto e giustizia non dovrebbe più presentarsi. Oggi, infatti, il diritto internazionale ha chiaramente delineato quali siano i diritti fondamentali dell'essere umano e allo stesso tempo incriminato quali siano le condotte lesive di tali diritti.

Tuttavia, non si può dimenticare che, pur a fronte di questo nuovo sistema del diritto internazionale, in tante parti del mondo assistiamo a sistematiche violazioni dei diritti umani, mascherate da una pretesa legalità. E questo avviene anche in Paesi che hanno ratificato le principali convenzioni in materia di diritti umani e hanno, addirittura, aderito alla istituzione della Corte Penale Internazionale. Quotidianamente, purtroppo, le cronache giornalistiche raccontano di abusi di potere che si realizzano camuffati sotto un crisma di legalità. E a fronte di questa situazione è inevitabile affermare che la formula di Radbruch può continuare ad assumere un ruolo, ribadendo che, a fronte di un'intollerabile contrasto con la giustizia, anche le condotte conformi a norme di diritto positivo si rivelano come puri e semplici fatti criminosi.

Peraltro, va precisato che in questo nuovo quadro del diritto internazionale il compito del giudice che vuole avvalersi della formula di Radbruch sarà sicuramente più agevole rispetto a quello dei tribunali che hanno giudicato i criminali nazisti. Oggi, infatti, vi è un sistema normativo riconosciuto a livello internazionale che ci permette di individuare con maggior certezza quando l'ingiustizia assuma il carattere dell'intollerabilità.

Vi è, inoltre, un diverso profilo in cui oggi la formula di Radbruch può assumere un significato fondamentale. Va, infatti, ricordato che essa consta di due postulati: secondo il primo, l'esigenza della certezza del diritto prevale sui beni della giustizia e dell'utilità del diritto. E ciò vale anche nel caso in cui la legge positiva possa qualificarsi "ingiusta". Il secondo sancisce una deroga a quanto stabilito dal primo nel caso in cui la norma positiva abbia le caratteristiche di una intollerabile ingiustizia. Solamente in questa ipotesi

eccezionale, la norma di diritto positivo non è solamente “diritto ingiusto”, ma è addirittura priva di natura giuridica, imponendo al giudice l’obbligo per il giudice di non applicarla.

La fortuna della formula di Radbruch è strettamente legata al secondo postulato. Oggi, nondimeno, sembra assumere una straordinaria attualità anche il primo. È ormai, infatti, un dato pacifico la c.d. “crisi della legalità” in materia penale. Come è noto, i fattori che determinano tale crisi sono molteplici. Ed a tale proposito, non si possono non richiamare le considerazioni autorevolmente espresse da Mauro Ronco²⁸. Lo studioso ha segnalato che vi sono, innanzitutto, fattori strutturali che incidono sul ruolo del principio di legalità. Tre sono i principali. In primo luogo, la legalità appare in crisi per i nuovi approcci della ermeneutica giuridica che ha messo in dubbio il fondamento stesso del principio, e cioè l’esistenza di un rapporto univoco di dipendenza del risultato dell’interpretazione dal testo di legge. Il secondo elemento è rappresentato dal progressivo decadimento dello Stato nazionale e dalla conseguente disgregazione del concetto di sovranità. Il terzo fattore, in fine, è costituito dal prepotente affacciarsi degli organismi sovranazionali e internazionali sul terreno delle fonti, rivendicando una competenza almeno indiretta di carattere penale²⁹.

A questi tre fattori di carattere strutturale si aggiunge – secondo le condivisibili notazioni di Mauro Ronco – anche il fatto che la giurisprudenza penale agisce sempre più spesso nella prospettiva di una “autocomprensione eccessivamente dilatata del proprio compito”.

Paradigmatica di questa crisi della legalità – sia sotto il profilo dei fattori strutturali, sia sul piano dell’atteggiamento giurisprudenziale – può considerarsi la recente “via giudiziaria” all’abolizione o ridimensionamento dell’istituto dell’art. 157 c.p. In particolare, intendendo fare riferimento alla sentenza *Taricco* e alle sue ricadute nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Essendo la questione ampiamente discussa nella letteratura penalistica, può essere riassunta sinteticamente. Nel mese di settembre dello scorso anno è stata pubblicata la decisione della Corte di Giustizia UE nella causa C-105/14 (*Taricco*) con la quale la Grande Sezione ha dichiarato che la normativa italiana in tema di prescrizione del reato prevista all’art. 160, ultimo comma, c.p., che prevede, in presenza di un atto interruttivo, un prolungamento di solo un quarto del periodo previsto dall’art. 157 c.p., è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri UE dall’art. 325, §§ 1 e 2,

²⁸ Nell’ambito dei numerosi scritti di Mauro Ronco sul tema, si rinvia a RONCO, *Il principio di legalità*, in RONCO-AMBROSETTI-MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, 3ª ed., Bologna, 2016, 20 ss.

²⁹ Il tema di un’erosione del principio di legalità per effetto del diritto internazionale è stato da tempo segnalato (per tutti, si veda JÄHNKE, *Zur Erosion des Verfassungssatzes “Keine Strafe ohne Gesetz”*, in *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, 463 ss.). Di recente, si vedano – in una prospettiva parzialmente diversa – le stimolanti osservazioni relative al rischio di un’erosione del principio di legalità WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, 87. L’illustre studioso osserva che “perché mai non si dovrebbero applicare le norme penali in via analogica a casi non previsti dal legislatore, quando il colmare la lacuna fosse idoneo ad accrescere il senso di sicurezza dell’intera società, vale a dire di ‘tutti noi’? Suppongo che, nel 2050, gli studenti e i giudici conosceranno e citeranno ancora il principio del *nullum crimen sine lege*. È però possibile che lo percepiranno come un corpo estraneo e come ostacolo alla realizzazione di una auspicabile giustizia penale, sicché saranno portati a concepirlo in maniera più restrittiva di quanto siamo abituati oggi noi a intenderlo”.

TFUE, nel caso in cui tali norme impediscano di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari della Unione. Conseguentemente, il giudice nazionale in tali casi è tenuto a disapplicare le norme che impediscono allo Stato interessato di rispettare gli obblighi imposti dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE³⁰. A fronte di questa pronuncia la giurisprudenza italiana si è schierata su fronti opposti.

La Corte di Cassazione, già all'udienza del 17 settembre 2015, ha dato per la prima volta applicazione alla sentenza *Taricco*, affermando che in un procedimento penale riguardante il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto (IVA), il combinato disposto dell'art. 160, ultimo comma, c.p. e dell'art. 161 di tale codice – come modificati dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 –, il quale prevede che l'atto interruttivo verificatosi comporta il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale, è idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, prevedendo termini assoluti di prescrizione che possono determinare l'impunità del reato, con conseguente potenziale lesione degli interessi finanziari dell'Unione europea. Pertanto, tale pregiudizio comporta l'obbligo per il giudice italiano di disapplicare le predette disposizioni di diritto interno, in quanto queste possono pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell'Unione. In buona sostanza, secondo quanto affermato dalla Cassazione in questa sentenza, a seguito della disapplicazione dell'art. 160, ultimo comma, c.p., per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari della UE in materia IVA, il regime della prescrizione sarebbe equiparabile a quello riferibile ai delitti indicati all'art. 51, comma 3-bis e 3-quater, c.p.p. In altre parole, per i delitti di frode IVA varrebbe una sorta di "imprescrittibilità di fatto"³¹.

A fronte di questa prima posizione della Corte di Cassazione vi sono state altre pronunce di segno diverso³². Ai fini della presente indagine è, peraltro, la prima sentenza del-

³⁰ La sentenza CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, è pubblicata in www.archiviopenale.it, con nota di CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina penale in materia di interruzione della prescrizione del reato* e in www.penalecontemporaneo.it, con un commento di VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*

³¹ Cass. pen., Sez. III, 17 settembre 2015, in *Cass. pen.*, 2016, 1445, con nota GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.* In ordine alla sentenza *Taricco* e alla posizione assunta dalla Corte di Cassazione nella prima pronuncia, si vedano le considerazioni critiche, sotto diversi profili, di AMBROSETTI, *La sentenza della C. Giust. UE in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 44 ss.; EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it; CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina penale in materia di interruzione della prescrizione del reato*, in www.archiviopenale.it.

³² Come è noto, di diverso avviso è stata la Corte di Appello di Milano, la quale il giorno successivo ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui viene ordinata l'esecuzione del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia nella sentenza in data 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco* – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato per il prolungamento del termine di pre-

la Cassazione a rivestire un particolare interesse. In effetti, come è stato osservato, “per l’ordinamento interno rientra nella materia penale, e quindi sotto la copertura del principio di stretta legalità, anche la disciplina della prescrizione e, più in generale, delle cause di estinzione del reato. Si può forse discutere sul fondamento razionale della prescrizione, ma non si può seriamente dubitare che, una volta riconosciuta una causa di estinzione del reato, tale previsione debba rimanere invariata (*rectius*, non mutar in peggio) rispetto ai fatti già commessi e possa essere modificata *in peius* solo pro futuro da una diversa previsione sempre legislativa”. Va da sé che, in forza di questo quadro costituzionale, emerge in modo palese il contrasto della sentenza *Taricco* con il principio di legalità³³. E questo contrasto è stato riconosciuto oggi dalla Corte Costituzionale con l’ordinanza n. 24 del 2017³⁴.

Peraltro, trasferendoci su un diverso piano, non pare azzardato sostenere che la sentenza *Taricco* e la giurisprudenza che vi si è allineata si pongono in contrasto con la formula di Radbruch, ed in specie il primo postulato, secondo il quale l’esigenza della certezza del diritto prevale sui beni della giustizia e dell’utilità del diritto anche nel caso in cui la legge positiva possa qualificarsi “ingiusta”. Infatti, nel caso di specie – la prescrizione di gravi frodi tributarie con danno alla UE – è sicuramente vero che un termine prescrizionale inadeguato, in quanto troppo breve, appare in conflitto con i beni della giustizia e dell’utilità del diritto. Ciò nonostante, rimanendo ancorati alla formula di Radbruch, ed in buona sostanza al principio di legalità, si deve affermare con fermezza che non è lecito al giudice “disapplicare” la legge positiva nella prospettiva di assicurare una giustizia materiale ovvero una utilità sociale. D’altro anche, anche recentemente Mauro Ronco – in linea con il pensiero di Gustav Radbruch – ha ribadito che “*la legge tuttavia non può essere negletta, come se non avesse più un ruolo fondamentale da svolgere. La legge assume l’esperienza giuridica come suo oggetto, la guida, la corregge, la modifica, interagendo con essa nella prospettiva di alimentare la crescita di un ordine al quale partecipano costruttivamente le condotte che rispettano la proporzione nei rapporti intersoggettivi, e contro cui agiscono distruttivamente le condotte anomiche e assolute, che rifiutano di integrarsi le une con le altre. La legge costituisce, insieme con la condotta che realizza la res iusta e con il diritto soggettivo che nasce dalla rego-*

scrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l’art. 25, comma 2, Cost. (App. Milano, Sez. II, 18 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it). Successivamente la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata anche dalla stessa Corte di Cassazione, Sezione III (sul punto si rinvia a GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1474). In attesa della decisione della Corte Costituzionale, una posizione intermedia è stata poi assunta in una successiva sentenza della Suprema Corte che ha circoscritto l’effetto della disapplicazione ai reati tributari per i quali non era già maturata la causa di estinzione del reato al momento della pubblicazione della sentenza *Taricco* (Cass. Sez. IV, 25 gennaio 2016, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, e in *Cass. pen.*, 2016, 1462, con nota GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*).

³³ Testualmente, MAZZA, *Scelte politiche “europee” e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, 781. Per ulteriori rilievi critici si rinvia ad AMBROSETTI, *La sentenza della C. Giust. UE in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, cit., 44 ss.; EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, loc. ult. cit.; CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina penale in materia di interruzione della prescrizione del reato*, loc. ult. cit.

³⁴ Corte Cost., 26 gennaio 2017, n. 24.

*lazione della situazione intersoggettiva, uno dei poli fondamentali dell'ordine nel quale si identifica il diritto*³⁵.

E proprio alla luce di queste osservazioni non si può che concludere questo scritto dedicato a Mauro Ronco affermando con forza che la formula di Radbruch – in entrambi i postulati – dovrà costituire anche nel nuovo millennio un principio-guida per tutti coloro che saranno chiamati a svolgere ad assumere la funzione dello *ius dicere*.

³⁵ Testualmente, RONCO, *Il principio di legalità*, cit., 24-25.

ALBERTO CADOPPI *

GIURISPRUDENZA E DIRITTO PENALE **

1. Premessa.

“Nelle materie criminali [...] vi è d'uopo di leggi precise, e non mica di giurisprudenza”: così si era pronunciato il francese Portalis durante i lavori preparatori del codice civile francese del 1804¹.

Il Portalis distingueva fra il diritto civile ed il diritto penale e rilevava che nelle materie civili non era ammesso il *non liquet* e il giudice avrebbe dovuto decidere anche laddove la legge fosse stata dubbia, o addirittura muta, non prevedendo soluzione al caso concreto. Detto altrimenti, nelle materie civili è sempre stata ritenuta ammissibile l'analogia, volta a risolvere il cosiddetto *casus omissus*; ed anche l'interpretazione estensiva, volta a risolvere il cosiddetto *casus dubius*. In *criminalibus* sicuramente il giudice non avrebbe mai potuto decidere tramite il ricorso all'analogia il *casus omissus*: in questi casi, avrebbe semplicemente dovuto assolvere per mancanza della previsione espressa di una fattispecie penale da parte del legislatore.

Il *casus dubius*, in materia penale, ha sempre sollevato, se ci è concesso il gioco di parole, maggiori dubbi: spesso è stata riconosciuta legittimazione alla interpretazione estensiva volta appunto a risolvere i casi dubbi. Tuttavia, non sono mancati esempi storici e tuttora non mancano esempi a livello comparato in cui si ritiene vietata al giudice penale la stessa interpretazione estensiva, e nei casi dubbi si impone al giudice di assolvere. In questo senso proseguiva il discorso di Portalis: “Qualunque incertezza sulla forza obbligatoria della legge penale, qualunque ambiguità nelle sue disposizioni, debbonsi risolvere in favore dello imputato, poiché un indeciso e dubbio divieto non è una ragione sufficiente per aste-

* Ordinario di Diritto penale, presso l'Università di Parma.

** Il presente lavoro è uscito nel *Digesto delle discipline penalistiche*, IX aggiornamento, 2016. Mi è stato commissionato proprio da Mauro Ronco, al quale perciò volentieri lo dedico nell'ambito di questo volume di “Scritti in onore”.

¹ Il passo è tratto da CHAUVEAU-HÉLIE, *Teorica del codice penale* (trad. it.), I, Napoli, 1853, 16, nt. 4.

Sul tema del rapporto fra giurisprudenza e diritto penale chi scrive ha già pubblicato vari lavori. Tra i tanti ci permettiamo menzionare qui CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999 (e 2ª ed., 2014); ID., *Perché il cittadino possa “... esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto”*. *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Indice pen.*, 2015, 569-598; ID., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice pen.*, 2014, 11-34. In questi lavori si trovano molti riferimenti bibliografici e citazioni che non vengono riproposti se non in minima parte nel presente studio.

nersene. Ove il legislatore voglia essere obbedito, debbe anzi farsi comprendere”². In sostanza, in caso di ambiguità del testo della legge, si doveva assolvere, in applicazione della regola *in dubio pro reo*.

Quanto detto finora evidenzia la particolarissima posizione del diritto penale in rapporto alla giurisprudenza. Se nel diritto civile un rilevante apporto del giudice è sempre stato ben accetto ed anzi indispensabile, nel diritto penale al contrario è sempre stato visto con sospetto perché potenzialmente lesivo della fondamentale esigenza della legalità.

È fin troppo evidente, né avrebbe bisogno di ulteriore sottolineatura, il fatto che nel diritto penale il principio di legalità rappresenta uno dei fondamentali principi, se non il principio cardine di questa materia.

Il principio di legalità, con i suoi sotto-principi ben noti della riserva di legge, della irretroattività e della determinatezza-tassatività, implicherebbe se preso alla lettera un azzeramento del ruolo della giurisprudenza. Solo la legge deve definire i confini tra ciò che è lecito e ciò che è vietato penalmente, e dovrebbe tracciare questi confini in modo particolarmente netto. Nessuno spazio dovrebbe dunque residuare al giudice.

2. Beccaria, legalità e giurisprudenza.

Quest’ultima visione del diritto penale e della legalità, a ben vedere, è quella propria dell’illuminismo o almeno di una consistente frangia dei filosofi e giuristi che operarono a quell’epoca. I “campioni” di questa prospettiva legalitaria e anti-giurisprudenziale sono, come è noto, soprattutto Montesquieu e Beccaria. Sappiamo che Beccaria fu fortemente debitore del filosofo francese nella sua visione del rapporto tra legge penale e giudice. Il pensiero di Beccaria in rapporto alla legalità e al ruolo dei magistrati è tanto noto quanto drastico.

2.1. *L’impalcatura teorico-politica del Beccaria filosofo.*

Beccaria si occupa – non bisogna dimenticarlo – specificamente della *materia penale*, e la materia penale ha esigenze tutte particolari. Essa mira a tutelare *la sicurezza e la tranquillità* dei cittadini³.

Tuttavia la sua teoria penale si incardina in una più ampia visione filosofica del rapporto fra Stato e cittadini. Per ottenere la protezione dallo Stato i cittadini debbono, nello spirito della teoria del “contratto sociale” rousseauiana a cui il Nostro in gran parte aderisce, dare qualcosa in cambio allo Stato stesso: una porzione della loro libertà⁴. Ogniqual-

² CHAUVEAU-HÉLIE, *op. cit.*, p. 16.

³ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*⁵, Harlem, 1776, citata qui nella ed. a cura di Armani, Milano, 1987, § I, 10.

⁴ Sul contrattualismo di Beccaria sono ancora illuminanti le spesso ingiustamente trascurate pagine di COPPI, *Due nuove edizioni del libro “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, in *Arch. pen.*, 1966, I-II, 1-52 dell’estratto. Si veda più di recente, per importanti puntualizzazioni, FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l’Europa*, Bari, 1990, 69.

volta un cittadino viola quel patto, e si riprende una porzione di quella libertà a cui aveva abdicato, rischia di “risommergere nell’antico caos le leggi della società”⁵; per impedire tali infrazioni delle leggi, sono necessarie le pene, “motivi sensibili”, “che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per controbilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale”. Pene che peraltro debbono essere quelle strettamente necessarie ad impedire la commissione dei delitti: “Ogni pena che non derivi dall’assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica”⁶. Questo per un motivo molto semplice, collegato alla teoria contrattualistica di Beccaria: l’uomo è egoista; ha ceduto sì una porzione della sua libertà al patto sociale, ma non “gratuitamente”, bensì perché ne vuole qualcosa in cambio, e cioè la sicurezza e la tranquillità.

“Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo. L’aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto”⁷.

Il quadro, in sostanza, è il seguente. La *libertà dell’uomo* è al centro di ogni discussione; essa va garantita il più possibile ai cittadini. La *tranquillità* e la *sicurezza* rappresentano peraltro presupposti perché il cittadino possa estrinsecare questa libertà, e al fine di poter ottenere dallo Stato tranquillità e sicurezza il cittadino deve sottoporsi per primo, e come gli altri, alle leggi penali dello Stato: queste però non possono sottrarre, tramite le pene, una libertà maggiore, al cittadino, di quella da lui ceduta allo Stato stesso nel momento del “contratto sociale”. Di qui l’esigenza che le pene siano *proporzionate* al delitto e non oltrepassino i limiti della *stretta necessità*.

Naturalmente questo background filosofico porta con sé rilevanti conseguenze anche in tema di legalità.

2.2. Le conseguenze in tema di legalità penale.

Per Beccaria la “*prima conseguenza*” della sua adesione alla teoria del contratto sociale è che

“le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest’autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima”⁸.

In sostanza, quella di Beccaria non è che l’enunciazione del principio di legalità, quello che qualche decennio dopo verrà compendiato dal Feuerbach nella formula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § I, 11.

⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § II, 11.

⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § II, 12.

⁸ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § III, 13.

2.3. *La riserva di legge.*

Il principio di legalità così come espresso dal manifesto beccariano esordisce proprio, come abbiamo visto, con quella che oggi denominiamo “riserva di legge”. Solo il legislatore può configurare delitti e decretare pene, perché egli “*rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale*”.

Non v'è dubbio che questo è il “nocciolo duro” del principio di legalità. Il principio si compendia primariamente nell'assicurare il primato della legge. Senza una previa legge che sancisce l'illiceità penale di un fatto e ne prescrive le relative pene, nessuno potrà essere punito. È questo il principio riconosciuto oggi, nel nostro Paese, sia dall'art. 1 c.p. che dall'art. 25, comma 2, Cost. Ma già nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, gli artt. 5 e 10 lo accoglievano in pieno, riprendendo molte delle espressioni di Beccaria (oltre che naturalmente di Montesquieu).

La *riserva di legge* è dunque il primo indubitabile lascito dell'Illuminismo penale.

2.4. *Il divieto ai giudici di interpretare le leggi.*

Strettamente collegato al primato assoluto della legge è il *ruolo pressoché nullo assegnato al giudice* da Beccaria.

Beccaria ci parla di un “*codice fisso di leggi*”, e lo definisce altresì “*sacro codice delle leggi*”. Chiara dunque l'importanza annessa al *codice penale*, quale strumento per ottenere la *massima certezza del diritto* possibile. Il codice penale infatti, nel pensiero del Nostro, deve avere il compito di eliminare ogni incertezza nell'applicazione della legge, togliendo al contempo ogni potere del giudice: “*un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta*”⁹.

Il giudice non deve avere nemmeno il potere di interpretare la legge: “*Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori*”¹⁰.

Il giudice, d'altra parte, per Beccaria, come lo era per Montesquieu, non è che la “bocca della legge”, una sorta di automa, un burocrate che deve limitarsi ad operare quello che il Nostro chiama un “*sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena*”¹¹.

I giudici ricevono le leggi

“*come effetti di un tacito o espresso giuramento, che le volontà riunite dei viventi sudditi hanno fatto al sovrano, come vincoli necessari per frenare e reggere l'intestino fermento degl'interessi particolari. Quest'è la fisica e reale autorità delle leggi. Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge?*”

⁹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV, 16.

¹⁰ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV, 14.

¹¹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV, 15.

*Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?*¹².

La risposta alla domanda retorica di Beccaria è semplice: solo il sovrano potrà avere il potere di interpretare le leggi.

Se Beccaria non ammette l'interpretazione tout court, ci si può immaginare la sua viscerale repulsione per il ricorso allo "spirito della legge" nell'interpretazione stessa: *"Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni"*. E ancora.

*"Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo"*¹³.

2.5. Le leggi semplici e chiare.

Beccaria avvertiva, sia pur in versione ancora embrionale, un altro aspetto della legalità, ovvero quello che noi oggi chiamiamo *principio di determinatezza*¹⁴.

*"Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi si e no scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico. Che dovremmo pensare degli uomini, riflettendo esser questo l'inveterato costume di buona parte della colta e illuminata Europa!"*¹⁵.

È chiaro che qui il marchese milanese allude al fatto che le leggi, per non parlare dei trattati giuridici, ancora nella sua epoca erano scritte per la maggior parte in latino, una lingua che poteva esser compresa solo da alcuni eruditi, e che era inaccessibile alla gran parte della gente. Evidentemente l'uso del latino incrementava l'oscurità della legge, e la rendeva malleabile da quei "pochi" che potevano maneggiarne la lingua.

In altra parte del libro, Beccaria sottolinea anche che le leggi debbono essere "*chiare e semplici*"¹⁶, per poter meglio adempiere alla loro funzione di "*prevenire i delitti*".

Al fine di ottenere l'obiettivo – diremmo oggi – della determinatezza, è inoltre ovviamente necessario che le leggi siano *scritte*:

¹² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV, 15.

¹³ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV, 15.

¹⁴ È noto che la dottrina impiega vari termini per designare la stessa cosa o cose fra loro simili, parlando ora di determinatezza, ora di tassatività, ora di precisione, ecc. Sul punto non è il caso di fare precisazioni né rinvii in questa sede.

¹⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § V, 17.

¹⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XLI, 91.

*“senza la scrittura una società non prenderà mai una forma fissa di governo, in cui la forza sia un effetto del tutto e non delle parti e in cui le leggi, inalterabili se non dalla volontà generale, non si corrompano passando per la folla degl'interessi privati”*¹⁷.

In sostanza, Beccaria allude alla consuetudine come fonte normativa non scritta: è chiaro che essa è fonte di oscurità e di incertezze e per questo è da evitarsi specie in materia penale. Sotto altro profilo, il sottolineare la fondamentale importanza di leggi scritte ribadiva l'avversione del filosofo milanese per la creatività del giudice: ovviamente, se il giudice crea, per definizione fuoriesce da ciò che è scritto nella legge. E, rovesciando il ragionamento, di fronte alla carenza di leggi scritte, il giudice è spinto per forza di cose a creare. Persino in materia di prove, Beccaria scrive:

*“ma queste prove devono stabilirsi dalla legge e non dai giudici, i decreti de' quali sono sempre opposti alla libertà politica, quando non sieno proposizioni particolari di una massima generale esistente nel pubblico codice”*¹⁸.

3. Smentite storiche dell'idea del giudice di Beccaria.

Il pensiero di Beccaria così come esposto finora suscitò all'epoca molti consensi e fu adottato in pieno ad esempio dal legislatore francese. Nel codice penale del 1791, addirittura venne previsto un sistema di pene fisse al fine di evitare una discrezionalità del giudice persino nella fase di commisurazione della pena. Privi della possibilità di spaziare fra il minimo e il massimo della pena i giudici avrebbero dovuto limitarsi ad applicare al reo l'unica pena prevista per il reato di volta in volta in considerazione nel processo.

Inoltre, i francesi elaborarono in quegli anni un istituto apposito, con l'obbiettivo di togliere ogni ulteriore spazio interpretativo ai giudici: si trattava del cosiddetto *“référé législatif”*. In base a questo meccanismo il giudice che avesse avuto dubbi interpretativi avrebbe dovuto rimettere il caso ad un organismo parlamentare, che avrebbe fornito la sua interpretazione della legge. Questo istituto fallì clamorosamente il suo compito. Il potere legislativo, sommerso da ricorsi di giudici dubbiosi, intimiditi da così rigidi precetti, e dalle possibili ripercussioni della trasgressione anche minima degli stessi, non fu mai in grado di adempiere a quell'inusitato compito. In breve tempo, ci si rassegnò a tornare ad attribuire al giudice l'incombenza di interpretare le leggi, dando mandato alla Corte di Cassazione di stabilire *“l'interpretazione esatta”*¹⁹.

Da allora, se ripercorriamo la storia del diritto penale dei secoli XIX e XX in Europa, e se pure vogliamo considerare questo primo scorcio del XXI secolo, non è dato riscontrare ulte-

¹⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § V, 17.

¹⁸ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XIX, 67.

¹⁹ CALAMANDREI, *La Casazione civile* (1920), rist. Napoli, 1976. Sul punto di recente ZAGREBELSKY, *Cesare Beccaria e la natura della legge*, in *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. Le lezioni di Cesare Beccaria*, Milano, 2015, 49-59.

riori tentativi di azzerare il potere interpretativo dei giudici paragonabili a quelli messi in atto in Francia nei decenni successivi alle elaborazioni filosofiche di Montesquieu e Beccaria.

D'altra parte, anche ai tempi in cui Beccaria scrisse il suo fortunato libretto, e nei decenni successivi, non mancarono scrittori pure inquadabili nel movimento illuminista in grado maggiore o minore che non accolsero le opinioni così radicali del filosofo milanese relativamente al ruolo dei giudici in materia penale. Si può dire anzi che, specie fra i giuristi "di mestiere", prevalse anche all'epoca e nei decenni successivi un'opinione più temperata, che ammetteva comunque il ruolo interpretativo dei magistrati come fondamentale per chiarire il contenuto delle leggi penali.

Pur non volendo qui approfondire gli aspetti storici di queste vicende, vale peraltro la pena riferire dell'importante ruolo che venne assegnato a tutte le Corti Supreme dei vari Stati preunitari italiani. Particolarmente interessante ad esempio è l'esperienza napoletana. A Napoli, nel 1817 venne promulgata la Legge Organica dell'Ordine Giudiziario. Con tale legge si ribadiva la distinzione tra diritto civile e penale in materia di ruolo dei giudici: "i giudici non potranno ricusarsi né giudicare nelle materie civili sotto pretesto di silenzio, oscurità, o insufficienza della legge. Nelle materie criminali, correzionali, e di semplice polizia, essi non potranno pronunziare altre pene all'infuori di quelle determinate dalle leggi e ne' soli casi dalle medesime stabilite". A parte questa riconferma della distinzione fra diritto civile e diritto penale, in argomento la disposizione in esame riconfermava esattamente l'importanza della legalità in materia penale. Ma una simile attestazione non impediva ai legislatori napoletani di prevedere un organo come la Corte Suprema di Giustizia, che avrebbe avuto fondamentale importanza anche in materia penale nell'interpretazione della legge. La legge istitutiva di questa Corte precisava che essa "sovrasta a tutt'i Corpi giudiziari, non per occuparsi degl'interessi delle parti, ma per vigilare su' giudici e richiamarli incessantemente alla uniformità e alla osservanza delle leggi. Ogni decisione dunque della Corte Suprema può dirsi riguardante un interesse generale"²⁰. Le decisioni di tale supremo organo giudiziario dovevano pubblicarsi con le stesse forme della raccolta ufficiale delle leggi, in un supplemento *ad hoc*, onde poter fungere il più possibile per i giudici e, presumibilmente, per gli stessi cittadini.

Questo forte ruolo della Corte Suprema napoletana evidenzia che nell'Italia preunitaria la funzione interpretativa dei giudici non venne mai sostanzialmente sottovalutata, a dispetto delle idee utopistiche di Beccaria e dei suoi epigoni.

Il fatto è che la posizione estrema di Beccaria poteva giustificarsi solo se inquadrata nello spirito del tempo e nelle forti esigenze di intraprendere una vera e propria rivoluzione nell'ambito del diritto e del sistema penale dell'epoca.

Pur senza entrare in dettaglio, si può ricordare che il diritto penale ai tempi di Beccaria non era molto dissimile da quello dei secoli precedenti, e le leggi in vigore in quei decenni erano più o meno le stesse che per centinaia di anni avevano caratterizzato le materie criminali.

²⁰ Così la *Lettera* datata Napoli, 9 settembre 1817, indirizzata al Sovrano, a firma NICOLINI-PARILLI-ENGLER (incaricati di curare le pubblicazioni delle sentenze della Corte Suprema), in *Supplimento alla Collezione delle Leggi – Serie delle decisioni criminali*, I, Napoli, 1818, XI, che fungeva da *proemio* alla pubblicazione.

Il famoso “A chi legge” con cui si apriva il libro di Beccaria, pur oggi da taluno contestato²¹, dava in realtà un’immagine abbastanza realistica, anche se enfaticizzata, del caos in cui si trovava il sistema penale del tempo²².

Erano ancora in qualche modo in vigore le leggi romane e i famosi libri *terribiles* del digesto; a questi si sommavano gride e statuti locali senza che peraltro vi fosse alcun coordinamento tra le une e le altre fonti. Restava poi un amplissimo potere discrezionale del giudice che gli permetteva di allargare a dismisura i precetti penali senza dover rendere conto a nessuno se non al sovrano, che spesso utilizzava la giustizia penale come puro strumento di potere e non certo come espressione della legalità.

Il nipote di Beccaria, Alessandro Manzoni, aveva meravigliosamente descritto alcuni dei difetti delle leggi dell’epoca e il modo in cui veniva amministrata la giustizia, con particolare riferimento alla totale oscurità del diritto penale di antico regime, e alla contemporanea crudeltà dello stesso. Basta ricordare l’episodio di Renzo davanti all’avvocato Azzeccagarbugli per avere un’idea di come il cittadino fosse disorientato nei confronti di una giustizia che, oltretutto, parlava una lingua diversa dalla propria. Come è noto, infatti, la lingua ufficiale del diritto dell’epoca ed anche del diritto criminale era, salve eccezioni, il latino e non l’italiano.

D’altronde, non vi era neppure chiarezza nell’organizzazione delle Corti. I giudizi si potevano svolgere al cospetto di una Corte, ma poi un’altra Corte del tutto differente poteva sovvertire il giudizio di quella precedente.

Questa incredibile incertezza generale del diritto necessitava di una vera e propria “rivoluzione”, che auspicò Beccaria sulle orme di Montesquieu, il quale a sua volta aveva dovuto lottare contro lo strapotere dei c.d. *Parlements* francesi, che altro non erano che Corti dotate di un potere enorme, tale da sovvertire le stesse leggi.

Questo contesto spiega l’atteggiamento così radicale di Beccaria, e in parte giustifica gli eccessi utopistici del suo argomentare in materia di rapporto fra giurisprudenza e diritto penale.

D’altronde, come meglio si vedrà, il nucleo forte del pensiero di Beccaria in materia non è quello riconducibile all’azzeramento del ruolo interpretativo dei giudici, ma è quello relativo all’affermazione dell’importanza del principio di legalità e della primazia della legge, in rapporto alle finalità collegate a questi obbiettivi. Anticipando quanto andremo ad approfondire successivamente, Beccaria aveva individuato con straordinaria premonizione il fulcro del principio di legalità nell’obbiettivo di garantire ai cittadini la possibilità di prevedere le conseguenze giuridico-penali delle loro azioni.

²¹ V. ad es. le critiche di PAPA, “A chi legge”: *l’incipit visionario Dei delitti e delle pene*, in PICOTTI (a cura di), *Alle radici del diritto penale moderno: l’illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, 2015, 9-25; nonché quelle di PADOVANI, *Cesare Beccaria come classico del pensiero penalistico*, in *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, cit., 46. Per una critica alla concezione della legalità di Beccaria v. anche ZAGREBELSKY, *Cesare Beccaria e la natura della legge*, cit., 49 ss.

²² Rinviamo in particolare a CADOPPI, *Perché il cittadino possa*, cit., per un più ampio inquadramento storico del pensiero di Beccaria in materia.

4. *Problemi attuali in tema di rapporto fra giurisprudenza e diritto penale.*

Ma veniamo ai nostri giorni, tralasciando i tanti sviluppi che nel corso di oltre due secoli ha avuto il rapporto tra giurisprudenza e diritto penale nelle esperienze italiane ed europee. Un'analisi del ruolo odierno della giurisprudenza nell'ambito del diritto penale va condotta con l'obbiettivo di dare risposta fundamentalmente a tre quesiti.

a) Fino a che punto si può ritenere *creativo* l'apporto della giurisprudenza oggi? Si può dire che la creatività della giurisprudenza abbia subito trasformazione negli ultimi decenni?

b) Qual è l'effettiva *importanza* della giurisprudenza oggi? Si può dire che abbia maggiore importanza rispetto al passato?

c) Come si può conciliare l'importanza assunta dalla giurisprudenza oggi con il rispetto delle esigenze della legalità?

Analizzeremo punto per punto le tematiche indicate.

5. *Critiche alle tesi che ravvisano un incremento della creatività dei giudici.*

Nell'ambito del dibattito odierno sulla giustizia penale emerge spesso l'opinione, più o meno critica a seconda di chi la formula, secondo cui negli ultimi decenni la creatività della giurisprudenza si sarebbe ampliata.

Alcuni evidenziano questo aspetto senza drammatizzarlo, cercando semmai di trovare qualche soluzione a questo problema²³.

Numerosi peraltro sono gli autori che si mostrano fortemente allarmati relativamente a questo aspetto che viene ritenuto tipico del diritto penale odierno²⁴.

Molti autori di recente sono tornati ad enfatizzare l'importanza del principio di legalità in materia penale specialmente sotto l'angolazione della riserva di legge, e si sono schierati frontalmente con decisione contro quello che ritengono un vero e proprio "straripamento di potere da parte della magistratura"²⁵. A queste critiche sollevate da una parte dei "professori", si unisce la folta schiera dei rappresentanti del foro, ovvero degli avvocati, ed in particolare delle camere penali italiane che da anni sostengono una vera e propria "batta-

²³ MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1279 ss.; FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002; BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013.

²⁴ Ad esempio, RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007; INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, 285 ss.; COCCO, *Verso una Cassazione Supreme Court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno *Cassazione e legalità penale*, tenutosi a Parma il 9 e 10 ottobre 2015.

²⁵ Da ultimo si può citare LANZI, *L'intervista: Alessio Lanzi, "I giudici scavalcano la legge". Il penalista lancia l'allarme: "Escalation pericolosa"*, in *Il Giornale*, 23 giugno 2016, 17.