Premessa

Diritto penale in 'divenire' e metodo della ricostruzione della materia

L'opera ha lo scopo di definire le strutture fondamentali del diritto penale nella sua parte generale.

Nello sviluppo della trattazione darò consistente spazio anche alle prospettive di riforma, il cui studio non era certo privilegiato sino al recente passato, per inclinazioni metodologiche che tendevano a rappresentare soltanto lo stato del diritto positivo, riservando ad opere *ad hoc* le informazioni sul possibile futuro della disciplina (in particolare era questo l'indirizzo del c.d. metodo tecnico-giuridico); mentre la possibile o attesa trasformazione del sistema appare, oggi, un profilo essenziale per la comprensione dei contenuti e dei limiti dell'attuale normativa.

Studieremo la norma e la fattispecie penale nella loro 'analisi statica' e 'dinamica', dunque, per la disciplina che discende dai contenuti del principio di stretta legalità, dalla successione delle leggi penali nel tempo e dai limiti applicativi delle stesse. Cercherò in particolare di dar pieno conto di un diritto penale visto non quale semplice complesso di 'prescrizioni' cui seguano immancabili sanzioni, né quale 'comando' dinanzi al quale non resti al destinatario che di chinare il capo e obbedire, ma quale 'orientamento' verso un complesso di precetti e valori da rispettare, ai quali il diritto richiama soggetti responsabili perché in condizione di rispettarli¹. Un soggetto al quale, in caso di inosservanza, il diritto penale deve guardare con la massima attenzione per concepire sanzioni ispirate ai principi di umanità e rieducatività.

Dal punto di vista tecnico cercherò di dare maturo risalto alle 'relazioni strutturali' formali e sostanziali tra norme e fattispecie; relazioni che modificano e precisano la 'fisionomia' della singola norma e della fattispecie prese in sé e per sé (concezione strutturale del diritto penale). Tutto ciò farò attraversando i luoghi del reato e delle sue forme di manifestazione, dei fenomeni che attengono più peculiarmente alla 'punibilità' e alla pena, op-

¹ Sul diritto penale come 'orientamento' cfr. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1290 ss.

pure ad altre conseguenze sanzionatorie, per finire con la trattazione dell'illecito dell'ente da reato.

Quando si parla di analisi strutturale, la mente corre subito al metodo di analisi propriamente definito dello "strutturalismo" che rappresenta ormai un'acquisizione della teoria generale della scienza essendosi diffuso dal campo della psicologia e della linguistica (nel quale ha trovato affermazione con il "Corso di linguistica generale" del De Saussure) a tutti i campi delle *Geisteswissenschaften*, né manca di essere preso in considerazione anche dalle scienze naturalistiche².

Invece, nel mondo del diritto in generale, per quanto vi siano state opere basilari come quella del Kelsen in cui si concepisce l'ordinamento giuridico come "struttura"³, ed un indirizzo consistente che ammette la validità dello strutturalismo studiandone al contempo i limiti⁴, il metodo non sembra aver ancora trovato quella fortuna, e, prima ancora, quella consapevolezza che ha avuto negli altri campi di indagine. Sì da potersi affermare che una vera analisi strutturalistica nel mondo giuridico è rimasta ancora oggi per lo più incompiuta⁵.

Tale affermazione può stupire dinnanzi al dato incontrovertibile che spesso il procedimento concretamente utilizzato dal giurista è proprio quello richiesto dalla analisi che si ispira (in certi limiti) al metodo strutturale; e che anzi questo, nelle sue forme più o meno raffinate, è sempre stato immanente, così come in genere nel pensiero umano, anche in quello giuridico: basti riandare con la mente alla concezione sistematica dell'ordinamento seppure sotto l'aspetto di sistema esterno, vale a dire di classifica-

²V. per gli sviluppi della concezione strutturale FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979. Nella sterminata letteratura sullo strutturalismo, cfr., ad es., Boudon, *Strutturalismo e scienze umane*, trad. it. M. LOSANO, Torino, 1970; PIAGET, *Lo strutturalismo*, trad. it. A. BONOMI, Milano, 1978.

³Sulla concezione strutturale del diritto in Kelsen, cfr. la raccolta di scritti del BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Torino, 1977, in specie 187 ss.

⁴Cfr. per tutti, FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1978; LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, *Dalle origini alla scuola storica*, Torino, 1968; Id., *Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea*, appendice al volume del Boudon citato; PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 704 ss.; RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1977 (cfr. pure l'analisi di questo libro fatta dal COMANDUCCI, *Joseph Raz e la teoria generale del sistema giuridico*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, raccolti da G. Tarello, Vili, I, Bologna, 1978, 357 ss.); ALCHURRON-BULYGIN, *Normative System*, Wien-New York, 1971.

⁵È quanto già osservava LOSANO, *Sistema*, cit., p. XXIX; e nello stesso senso, Id., *Strutturalismo*, cit., 192 ss. Per il diritto penale non sono mancate analisi sotto profili specifici ispirate, in diversa misura, allo strutturalismo. Si faccia l'esempio dell'indagine sul bene giuridico sviluppata da AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972 e, più di recente, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in AA.VV., *Die Rechtsguttheorie*, Baden Baden, 2003, 155 ss., là dove si richiama al funzionalismo strutturale di LUHMANN (tra gli studi del quale cfr. *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972, nonché *Soziale Systeme Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984 e *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1981). Sulla tesi di AMELUNG v. *infra*, parte I, cap. I, par. 6.

zione scientifica applicata ai contenuti normativi, che trovava spazio già nei giuristi romani⁶. Bisogna però tener presente la distinzione che la dottrina fa tra "analisi strutturistica" ed "analisi strutturalistica" e quindi tra "strutturistica giuridica" e "strutturalismo giuridico"⁷, perché è solo in quest'ultimo senso "stretto" che l'analisi strutturale non ha ancora trovato fortuna nella scienza delle norme. Sul modello di quanto avviene anche in altri campi scientifici si parla di strutturistica giuridica allorché l'attività dell'operatore si limita alla semplice analisi "statica" delle strutture del diritto positivo⁸; di analisi strutturalistica in senso stretto invece si potrebbe parlare solo come analisi "dinamica" delle leggi di trasformazione di un sistema normativo dato⁹. Il che, se non si va errati, mentre conduce alla identificazione dell'analisi strutturistica con quella usuale per i giuristi, porterebbe, invece, a confinare lo strutturalismo giuridico allo studio, puramente teorico, dell'analisi generale delle possibili trasformazioni dei sistemi, o, al massimo, allo studio delle medesime trasformazioni, ma con significato pratico, nella prospettiva dello *jus condendum*.

Conseguenza della prospettiva circoscritta in cui verrà per lo più in rilievo il concetto di struttura è che tra i suoi stessi caratteri sarà sufficiente mettere in piena evidenza solo quello fondamentale della "totalità" secondo cui, come è noto, essa dovrebbe essere vista davvero come un'unità concettuale, i cui elementi possono essere analizzati correttamente solo se si tiene conto "fino in fondo" dei rapporti che intercorrono tra loro e li rendono parti di uno stesso "insieme"¹⁰. Ed anche il sistema delle norme ed ogni atto giuridico, e perciò pure il reato, deve essere analizzato partendo da un metodo di indagine che lo consideri esattamente come struttura, da esaminare compiutamente nella sua totalità. A *contrariis* risulta chiaro come la mancanza di un adeguato sviluppo del metodo strutturale si manifesti nel fatto, purtroppo molto frequente, che, magari a dispetto di prese di posizione teoriche in sé valide, l'"isolamento" dei singoli elementi della struttura, a scopo analitico, viene fatto dimenticando quel che tale operazione rischia di togliere all'elemento per poterlo considerare "a solo" – e cioè il connotato che gli deriva dal rapporto che lo lega alla struttura – e si finisce per tener presente solo l'elemento in sé, *come se dotato di un suo proprio si-*

⁶ Sul tema, fra tutti, cfr., oltre il citato lavoro del LOSANO, *Sistema*, LAZZARO, *Sistema giuridico*, in *N. Dig. it.*, XVII, Torino, 1976, 459 ss.

⁷ Cfr. LOSANO, *opp. locc. citt.* in nota 5.

⁸ Cfr. LOSANO, *Strutturalismo*, cit., 193 ss.

⁹ Cfr. LOSANO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Non verranno perciò in rilievo le cc. dd. regole di trasformazione come pure il c.d. carattere della autoregolazione della struttura. Su questi concetti, cfr. PIAGET, *op. cit.*, 37 ss. A causa della prospettiva limitata non verranno presi in considerazione altri punti di assoluto rilievo nell'odierno dibattito giuridico sull'analisi strutturale, come quello dei rapporti tra i concetti di struttura e funzione, sui quali, cfr. BOBBIO, *op. cit.*

gnificato a prescindere da una sua qualsiasi relazione, quasi fosse comunque e ovunque valido. Così, tanto per citare un esempio, in una materia in cui spesso il problema si pone, vale a dire in ordine agli elementi normativi della fattispecie, dovrebbe essere assolutamente chiaro che, se io analizzo il significato dell'elemento della fattispecie del peculato (art. 314 c.p.), consistente nella qualità di "pubblico ufficiale" propria del soggetto attivo, posso farlo o come elemento in sé, ed allora non vi è più ragione di non darne una nozione identica a quella del diritto amministrativo (ammesso che una definizione univoca di tale qualità in esso vi sia); ovvero considerandolo come elemento dell'insieme 'strutturale' in cui consiste il peculato, ed allora diviene necessario dare una nozione della qualità di "pubblico ufficiale" che si coordini con i disvalori del reato che essa concorre a costituire, appunto perché elemento essenziale di esso. *È questo il momento che attiene specificamente allo studio dei rapporti tra gli elementi della struttura.*

Nell'analisi dell'ordinamento normativo sono indicative le diverse proprietà che, secondo i diversi modi di concepirlo, gli si attribuiscono¹¹, le quali rappresentano altrettanti approfondimenti dei caratteri dell'ordinamento visto quale struttura anche se staticamente considerata. Un esempio di analisi strutturalistica risulta nel mondo del diritto quando, trasferendosi dal piano della realtà significativa degli istituti e principi giuridici al piano della formazione dei concetti che detta realtà valgono a rappresentare, si consideri tutto il movimento che propugna la formazione dei c.d. concetti "general-concreti", i quali, a differenza dei concetti "general- astratti", costituiscono non un coordinamento di tratti isolati raccolti secondo il modello sintetico di una definizione, ma una vera e propria totalità logica da studiare, dunque, nella interdipendenza dei suoi elementi¹². *Il che comporta di dover valutare l'effettiva e compiuta natura e funzione delle loro 'connessioni', con il relativo portato di 'novità' e 'specificità'.* E, anche a prescindere dai settori in cui lo sviluppo di una analisi strutturalistica appare portato avanti con coerenza e decisione, davvero frequenti sono i riferimenti che nei più diversi campi del diritto ed anche nel diritto penale il giurista fa al concetto di struttura (staticamente considerata) ed alle sue proprietà. Non può non sorprendere, perciò, il dover constatare come spesso lo sviluppo dell'analisi sistematica risulti tronco. Osservazioni del genere non sono del resto una scoperta dell'oggi, se è vero che, per portare un esempio significativo, sul piano della stessa definizione del diritto, Santi Romano poteva dire che l'esigenza di concepire l'ordinamento giuridico come unità, seppur spesso rilevata, non fosse portata a tutte le sue logiche conseguenze¹³.

¹¹ Cfr., oltre le opere già citate sul concetto di sistema giuridico, DELOGU, *La loi pénale et son application*, I, Alessandria d'Egitto, 1956-57, 97 ss.

¹² Cfr. sul tema, ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, 30 ss., 172 ss. e 256.

¹³ Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, Ristampa, 12 ss.

Ma è soprattutto quando dal piano della norma si passi a quello dei rapporti norma-fattispecie o al livello di quest'ultima presa in sé che, come si cercherà in seguito di mettere nel massimo rilievo, molto spesso uno studio sistematico venga solo abbozzato. E l'incomprensione di fenomeni e problemi come quelli del concorso di norme e dell'errore sugli elementi differenziali ne rappresenta certo un momento rivelatore di grande significato (v. *infra*, rispettivamente, parte I, cap. V, in specie par. 4 e parte II, cap. X, par. 5).

Quanto alla enucleazione dei contenuti normativi, almeno in parte, la ragione dello sviluppo non esauriente del metodo sistematico che ancora oggi è dato cogliere può trovarsi nel persistere di dubbi nascenti dalla natura del diritto: certo essa è diversa da quella dei sistemi formalizzati (tra i quali va ad esempio compresa la matematica) che costituiscono, sotto certi profili, il naturale campo di applicazione del metodo strutturale. È noto come si sia giunti a negare anche radicalmente una unità sostanziale al diritto; e questa sarebbe certo una coerente conclusione cui condurrebbe l'assunzione di una prospettiva come quella tipica della primitiva giurisprudenza degli interessi, che vedeva nel diritto il realizzarsi di una composizione solo occasionale di interessi in giuoco¹⁴; ovvero di una prospettiva del diritto come luogo del pensiero esclusivamente problematico e non sistematico alla maniera di Viehweg¹⁵. Sennonché le perplessità che possono sorgere su tali piani si rivelano infondate alla luce di una attenta visione dommatica; perché, come ha giustamente rilevato ad esempio Kalinowski, seppure il diritto non costituisce un sistema formalizzato, esso mostra tuttavia di avere proprietà analoghe¹⁶. L'impossibilità, in altri termini, di considerare il diritto come un insieme di concetti in rapporto di derivazione nel senso della logica formale, non esclude la formazione del "sistema" giuridico, perché anche il diritto ha una sua unità intrinseca, seppure peculiare, che sta allo scienziato enucleare; in quella forma di «*decouverte*», *qui est le fruit de l'activité de la science juridique*»¹⁷.

Comunque sia, pur a prescindere dall'unità "sostanziale" dei contenuti normativi, non è certo priva di importanza anche l'unità "formale" del sistema che gli deriva dall'essere strutturato esternamente secondo certe regole tecniche; ed è proprio la coerente presa in considerazione di tale unità tecnico-strutturale che vale a chiarire questioni di rilievo ai nostri fini. Tale aspetto, almeno, della necessità di adottare con coerenza un metodo sistematico non dovrebbe sfuggire; eppure anche su questo piano manca un adeguato sviluppo. Classico esempio della nostra scienza penalistica ne è quello della esigenza, spesso disattesa, di individuare quale sia l'effettiva

¹⁴ Cfr. COING, *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*, in *JZ*, 1951, 484.

¹⁵ Cfr. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. G. CRIFÒ, Milano, 1962.

¹⁶ Cfr. KALINOWSKY, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it. M. CORSALE, Milano, 1971, 93.

¹⁷ Cfr. DELOGU, *op. cit.*, 105.

struttura del fatto di reato attraverso l'analisi non della singola norma incriminatrice, ma di più norme considerate nella loro interdipendenza: l'esigenza che si pone al proposito di una analisi strutturale, trova una precisa rispondenza in un'opera fondamentale della nostra scienza penalistica, "I limiti taciti della norma penale" di Nuvolone¹⁸, in cui l'autore, appunto attraverso lo studio dell'interdipendenza delle norme penali, apre nuove prospettive alla formulazione del concetto di "fatto" con sicuro vantaggio per la comprensione di molti fenomeni altrimenti spiegabili solo con difficoltà e comunque non in modo soddisfacente. Peraltro, è dato rilevare che lo stesso Nuvolone non ritiene di adottare lo stesso metodo in altre ipotesi, come accade nell'analisi dell'errore sugli elementi differenziali¹⁹ fornendo così prova eloquente di quel frequente andamento discontinuo che caratterizza l'adozione del metodo strutturale.

La resistenza a ricavare i contenuti del sistema anche utilizzando la chiave della sua tecnica ricostruttiva formale può essere talvolta pure causata, come ben dice Piaget, da una certa «tendenza naturale dello spirito [...] ad ignorare le interdipendenze e i sistemi di insieme, prima che le difficoltà dell'analisi impongano il loro riconoscimento»²⁰, o dal fatto che «le strutture non sono osservabili come tali e si situano a livelli in cui è necessario astrarre forme o sistemi alla ennesima potenza»²¹. Ma, accanto a ciò, può giuocare un ruolo importante la diffidenza che i giuristi coltivano verso operazioni combinatorie di concetti, norme e atti giuridici, che, appunto per la loro complessità, richiamino alla mente il tanto vituperato metodo della *Begriffsjurisprudenz*. Momento rivelatore di tale stato d'animo è quello del rifiuto di procedimenti analitici più approfonditi, troppo presto considerati come mere esasperazioni logiche, per la paura di vedere sovrapposti formalismi ai dati di più genuino carattere sostanziale, oppure di vedere frantumarsi sotto il taglio troppo affilato della scepsi l'intima unità del reato. Per far riferimento ad una classica opera sul tema che più si presta a considerazioni strutturali, quello della scomposizione del reato nei suoi elementi, si pensi al saggio dell'Antolisei su "L'analisi del reato"²², ed ai giudizi negativi lì espressi dall'autorevole scrittore sulla teoria tripartita, secondo la quale il reato sarebbe composto dagli elementi del fatto, della antiggiuridicità e della colpevolezza. Il rifiuto della teoria tripartita, fondato su di una ritenuta disorganicità che essa comporterebbe nella concezione

¹⁸ Cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947 e Padova, 1972, Ristampa.

¹⁹ Cfr. NUVOLONE, *op. cit.*, 221 ss. là dove non tiene conto dell'interdipendenza delle fattispecie differenziali, focalizzando la sua attenzione sulla *sola* fattispecie speciale, vista nella sua incompletezza (sul punto cfr. FIORELLA, *Gli elementi differenziali*, cit., 54 ss.). Sull'analisi 'strutturale' dell'errore sugli elementi differenziali v. altresì, v. *infra*, parte II, cap. X, par. 5.

²⁰ Cfr. PIAGET, *op. cit.*, 167.

²¹ Cfr. PIAGET, *op. loc. ult. cit.*

²² Cfr. ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, oggi in *Scritti di dir. pen.*, Milano, 1955, 61 ss.

del reato, è drastico, tanto da arrivare ad indicare la necessità di relegarla nel «museo delle aberrazioni dell'astrattismo giuridico»²³. Ora, si può essere di avviso che la teoria tripartita mostri incongruenze pure rilevanti e che debbono anzitutto condurre al definitivo superamento del concetto di anti-giuridicità oggettiva, come elemento autonomo del reato, posto tra quelli del fatto e della colpevolezza; operazione che – si crede – dovrebbe andare a vantaggio di un concetto ampio di fatto che abbracci anche le cause di giustificazione, salvo a trovare la formula logica e terminologica adatta ad una piena spiegazione dei fenomeni connessi. Peraltro, queste convinzioni non impediscono di rilevare che non sembra possano, oggi, serenamente negarsi i benefici che la concezione tripartita ha portato alla comprensione della struttura soprattutto sostanziale dell'illecito penale. Lo stesso Antolisei, pur così critico verso la teoria tripartita, ammette però nel modo più netto – e questo non è poco – almeno l'importanza che tale concezione ha avuto nella spiegazione dommatica della essenza delle cause di giustificazione, che viene individuata nella mancanza di danno sociale²⁴; chiarimento che certo favorisce e non avversa una comprensione organica del fenomeno "reato".

La verità è che non si tratta di rifiutare *ab imis* concetti di tal genere, che richiedono uno sforzo analitico, anche notevole, con conseguente possibilità di contraddizioni e difficoltà di coordinamenti, e magari di esorcizzare la paura di doversi accorgere infine della loro necessità, attribuendo alla inesperienza il veder tutto complesso laddove molte cose sono semplici²⁵; perché, così pensando è serio il rischio di arrivare all'estrema conseguenza di conclusioni semplicistiche. Si tratta, invece, di fare attenzione a situare quei concetti, così elaborati, in un quadro teorico complessivo che ne preservi il valore di strumento di indagine, senza però compromettere una visione organica (e chiara) del reato. E, d'altronde, tanto per rimanere all'illustre esempio richiamato, che altro fa Antolisei se non questo, quando in ordine ad uno dei passaggi logici che più caratterizzano la teoria tripartita, quello della distinzione tra *Bewertungsnorm* e *Bestimmungsnorm*, mentre definisce questa "uno dei tanti fiori" germogliati dalla mania del dottrinarismo esasperato, conclude però che si tratta di "una cosa sola", perché la realtà è che «la norma penale non valuta senza comandare, non comanda senza valutare»²⁶? Affermazione, invero, che, se non vuol trasformarsi in contraddizione, non esclude l'opportunità di isolare i due momenti della norma; solo, ne segnala una esigenza di coordinamento.

Ora, se il vero scopo da perseguire è quello di soddisfare le incontrovertibili esigenze della analisi senza frantumare l'unità intrinseca del fenome-

²³ Cfr. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, 79.

²⁴ Cfr. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, 66.

²⁵ Così sostanzialmente l'ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, 95.

²⁶ Cfr. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, 81.

no giuridico in genere e del reato in particolare, il mezzo per raggiungerlo sta proprio nell'adozione di un metodo strutturale di indagine: quella sorta di paura dell'analisi che spesso è dato cogliere nel giurista, anche per gli eccessi di logicismo formale di cui ha peccato in passato la scienza giuridica, deve essere vinta, cioè, ispirandosi ad un metodo come quello strutturale la cui sicurezza stia nel rigore cui esso è improntato, e non nella arbitraria amputazione dei passaggi teorici più complessi, ma obbligati.

In una visione chiara del problema, risulta così che, se il metodo strutturale, come congegno predisposto per analisi di alta precisione, porta con sé sicurezza e non il suo contrario, pure infondato sarebbe il timore che le dette operazioni combinatorie di concetti, norme e fatti giuridici possano minare il valore fondamentale della certezza del diritto; timore che in via di puro principio non può non considerarsi legittimo, soprattutto in un campo come quello del diritto penale, in cui i caratteri di chiarezza, determinatezza e tassatività della norma e della fattispecie consigliano la massima cautela²⁷.

Naturalmente non sempre uno sviluppo adeguato del metodo sistematico manca solo per ragioni, per così dire, interne al metodo stesso; talvolta vien meno anche per ragioni esterne che su di esso interferiscono. Così sul piano del reato è a tutti noto il dibattito tra la concezione analitica e quella unitaria, secondo le quali, per esprimersi con molta approssimazione, data la netta prevalenza di posizioni eclettiche, il reato andrebbe visto, rispettivamente, come un puro *aggregatum*, somma di elementi tra loro distinti, o, al contrario, come un tutto unitario (la *Straftat als Ganzes* dei tedeschi²⁸) in definitiva refrattario ad una vera analisi concettuale. Ora, tale dibattito mostra di essere arrivato, oggi, sostanzialmente ad un punto morto in cui sembra si cerchi più di dimenticare che di risolvere il problema; ciò soprattutto perché alla radice vi è la confusione tra due quesiti radicalmente diversi, da una parte, quello della contrapposizione o coordinazione dei concetti del reato come ente naturalistico e come ente giuridico, dall'altra quello del metodo di indagine del fenomeno-reato, una volta presa posizione sul problema precedente. Chiarita, però, che vi sia tale interferenza, non dovrebbe tardarsi a riconoscere e soprattutto a dare tutto il logico peso alla considerazione che, al puro livello di metodo, le concezioni c.d. analitica ed unitaria del reato si dimostrano incapaci, se vista ognuna nel suo complesso, di offrire uno schema teorico davvero soddisfacente. E, se è vero che molto spesso la discussione appare sostanzarsi di semplici divergenze di prospettiva se non addirittura di accenti, sì che le due diverse concezioni si

²⁷ Cfr., su questi principi, FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla determinazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa*, in *Riv. it.*, 1977, 1007 ss. e aa. ivi citt.

²⁸ Cfr. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, B. 57, 677 ss.

accostano anche in modo sensibile alla più giusta soluzione, non sembra che per raggiungere quest'ultima possa bastare la ricerca di una "giusta via di mezzo"²⁹, che saprebbe di mero eclettismo, cioè di puro compromesso teorico. Si tratta, invece, di cogliere le esigenze più vere che sono al fondo delle due concezioni, dando però loro soddisfazione in un quadro teorico più adatto: quello di un metodo strutturale portato avanti con consapevolezza, senza dissolvere l'unità interiore del reato, ma anche senza eccessivi timori di approfondimenti analitici che, anzi, proprio quell'unità possono salvaguardare nel consentirne una più fedele ricostruzione.

In definitiva, per tutto quanto si è venuti dicendo, il metodo strutturale deve ritenersi compatibile con le esigenze della scienza giuridica, come si spera risulterà confermato anche dalle applicazioni che se ne tenteranno.

Già evidenti vantaggi il metodo mostra, come accennato, sul piano dei rapporti tra norme costituenti il sistema. Ci si riferisce al modo in cui le norme interagiscono, con l'attenzione volta soprattutto al quesito se tale interazione possa comportare conseguenti riflessi sulla struttura dei fatti-reato regolati, in modo che questa si mostri in ultima analisi più complessa di quanto non appaia a prima vista alla luce di disposizioni singolarmente prese: si considerano, come è chiaro, problematiche tipo quella della configurazione o no delle cause di giustificazione quali elementi negativi del fatto-reato a seguito del coordinamento delle norme incriminatrici speciali con quelle regolanti le singole cause di giustificazione. Se si segue l'accorgimento di distinguere la struttura dell'ordinamento come complesso di disposizioni tecnicamente coordinate e come complesso di norme da enucleare, secondo i più diversi oggetti di qualificazione, evitando così di confondere questioni di pura tecnica costruttiva del sistema con questioni ontologiche³⁰, non si può che rispondere affermativamente al quesito; e ciò porta a chiarire punti importanti della nostra indagine.

Del resto, che il carattere di unità almeno tecnico-strutturale del sistema giuridico, una volta ammesso, comporti che le diverse norme vengano coordinate secondo i loro rapporti di coerenza o di contrasto, nessuno dubita. Che poi si dubiti se questa coordinazione sia semplice opera di interpretazione sistematica o vera e propria *reductio ad unum* di qualcosa che solo a fini di tecnica legislativa è stato separato, assumendo particolari angoli visuali come quello della integrabilità delle norme incriminatrici speciali mediante quelle regolanti le cause di giustificazione³¹, non rileva ai nostri fini specifici; rispetto ai quali non vengono propriamente in giuoco problemi di fusione di diverse disposizioni, ma solo questioni di reciproco

²⁹ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1969, 199.

³⁰ Cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti*, Ristampa, cit., 37, in ordine alla esigenza di coordinazione delle norme incriminatrici speciali con quelle che prevedono le scriminanti.

³¹ Cfr. CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 374.

condizionamento tra norme incriminatrici speciali limitrofe nella forma di una precisa demarcazione delle rispettive sfere di influenza. Perciò, soprattutto nella particolare prospettiva, se si tiene presente quanto detto, che cioè sul piano del rapporto 'sistema normativo – fatto' non vanno confusi problemi tecnici di costruzione del sistema con problemi di ontologia, risulta evidente come nella individuazione del fatto giuridico non dovranno comunque pesare pregiudizi separazionisti dipendenti da una errata visione del significato delle separazioni tra più disposizioni che le esigenze di tecnica costruttiva di un sistema impongono: se è necessario il coordinamento di più norme per determinare la disciplina di un fatto, ciò non significa che anche questo sia da immaginare scisso secondo il contenuto proprio di ogni disposizione. È questa una acquisizione teorica che deve essere considerata assolutamente fuori discussione, salvo poi a giudicarne la concreta operatività sotto i diversi profili della disciplina, come si farà ogni volta ne sorgerà il bisogno. Sulla base di tale acquisizione può distinguersi tra *struttura esplicita* e *struttura implicita* del reato: la seconda, a differenza della prima, emerge da una più profonda ricognizione dei contenuti normativi che, nella nostra prospettiva, appaiono alla luce dei nessi significativi che legano le diverse norme dell'ordinamento.

Se, come detto, ai nostri scopi viene prevalentemente in considerazione un'adeguata analisi essenzialmente strutturalistica, o sistematica che dir si voglia, nel senso del termine comunemente usato dalla scienza giuridica, va al contempo precisato che non sono però estranee nemmeno prospettive che si collegano ad un'indagine strutturalistica in senso più ampio, visto che nel tener conto delle prospettive di riforma valuteremo altresì i possibili assestamenti del diritto penale in trasformazione, sul presupposto delle possibili costanti del suo sviluppo. In ogni caso dovremo analizzare la prospettiva dinamica della legge penale, con la sua disciplina intertemporale che, per quanto 'positivizzata', resta un fenomeno che implica un'analisi strutturale dell'assestamento dell'ordinamento complessivo nel tempo.

Per cogliere il senso più attuale del diritto penale 'in divenire', non può sfuggire che, dalla metà del '900 è la critica 'interna' al sistema positivo (complessivamente considerato, comprensivo della Costituzione e degli Ordinamenti sovranazionali e internazionali) che viene in termini nuovi consegnata al giurista e al cultore del diritto penale, con il compito vincolante di 'controllare criticamente' la legge, per verificarne la conformità alle norme gerarchicamente sovraordinate. Sicché gli spazi valutativi dell'interprete e del giudice si sono inevitabilmente ampliati o nel senso di seguire il percorso di «un'interpretazione conforme a Costituzione e a strumenti normativi prevalenti» o nel senso di indicare e attivare i rimedi ordinamentali per il riassorbimento nel sistema complessivo della normativa 'divariante'. Ciò ha modificato 'essenzialmente' la prospettiva del giurista positivo contemporaneo, imponendogli anche di acquisire nuove e più complesse

competenze che lo aiutino a orientarsi nel difficile cammino, il quale indubbiamente apre maggiori orizzonti valutativi, ma proprio per ciò richiama il penalista a temperare l'auspicabile antiformalismo con il 'giusto' formalismo delle garanzie fondamentali, che altro non significa se non il rispetto della stretta legalità, che esclude in ogni caso un'applicazione della legge 'incriminatrice' oltre il ragionevole limite dell'interpretazione (fissato dal '*casus dubius*' e dal '*casus omissus*'), evitando che essa si trasformi in analogia in *malam partem* o addirittura in libera ricerca della mera opportunità dell'intervento punitivo.

Se dovessi racchiudere in una formula più conclusiva il 'metodo' che a mio avviso risulta aderente alle istanze del nostro tempo, quale eredità del forte contributo offerto dalle conquiste scientifiche del '900, direi che esso non può non identificarsi in quello ispirato a 'rigore' interpretativo, nel rispetto delle specificità del diritto, in particolare del diritto penale, teleologicamente orientato al rispetto dei contenuti del sistema positivo, alla luce del suo 'stretto' e 'attualizzato' riscontro nella realtà umana e sociale che rappresenta; *concepito e ricostruito nella logica di una corretta intelligenza della 'struttura' anche sostanziale del fatto incriminato. Struttura che ha bisogno di essere compresa e circoscritta, tenendo conto delle connessioni tra le componenti dell'illecito particolare, dando prevalenza all'interpretazione sulla dommatica, con sicuro 'spirito pragmatico', ma nel rispetto dei principi che stanno a garanzia delle libertà individuali. Con rifiuto perciò dell'antiformalismo meta-positivo e di ogni stravaganza che vada a danno dell'imputato.*

È giusto in particolare che lo spirito pragmatico governi i movimenti di riforma ed è giusto che essi tengano prontamente conto delle istanze più attuali senza condizionamenti inappropriati del passato, per quanto strutturati scientificamente. Al contempo occorre anche far tesoro dell'insegnamento delle drammatiche vicende che ha vissuto il 'secolo breve', refluite dalla storia nel diritto penale (e viceversa) (il pensiero va anzitutto alla criminalizzazione dell'autore in quanto tale), evitando gli 'occasionalismi' avventurosi e verificando 'con attenzione' il senso che il 'nuovo', che si voglia introdurre, possa avere nel sistema complessivo, soprattutto alla stregua dei fondamentali principi (non solo costituzionali) di garanzia per l'individuo.

Infine, nell'ottica della globalizzazione, dall'insegnamento del '900 è iniziato a risultare con forza come il penalista non possa esimersi da un sentito e coinvolgente impegno nel tentativo di isolare, mediante approfondite indagini comparative, i tratti e le linee comuni che aiutino il ravvicinamento e l'armonizzazione dei diversi sistemi giuridici; rimanendo però – è inutile precisarlo – che l'obiettivo si rende possibile solo muovendo dalla più sensibile consapevolezza dei principi appena ricordati.

Per quanto precede, nell'articolazione del presente scritto daremo pieno risalto ai precetti e alle indicazioni della nostra Costituzione, nonché del diritto sovranazionale ed internazionale, con quanto ne deriva:

- a) in termini di controllo di legittimità della legislazione ordinaria;
- b) o comunque di adeguamento di quest'ultima ai principi sovraordinati, nei limiti di ammissibilità di una interpretazione 'conforme' ai medesimi.

Tenendo conto che punto di osservazione essenziale, nell'analisi della materia, è il processo e l'esecuzione penale, che consente di stabilire il significato delle norme 'per come vengono praticate'; anche riguardandole nell'ottica di ciò che può essere 'oggetto di prova' nell'applicarle. Ciò consente anche di cogliere come (nei fatti) operi la giurisprudenza, sottoponendola ad un'analisi problematica e critica.

Il metodo è dunque quello dell'analisi strutturale della norma e della fattispecie per come vivono. Non dimenticando che il 'modo in cui vivono' può rivelarsi in irrimediabile contrasto con la legge positiva, la cui corretta applicazione va comunque assicurata nel rispetto del principio di stretta legalità; non dimenticando che l'analisi strutturale si riferisce anche alle relazioni tra le componenti 'sostanziali' del contenuto complessivo di gravità del reato, in una proiezione teleologico-valutativa dell'interpretazione.

Anche le buone riforme possono avere effetti paradossali. Si pensi che il nuovo codice di procedura penale, nel dar pieno risalto alla "presunzione di non colpevolezza", affermando al contempo meritoriamente, nella sua pienezza, la logica del contraddittorio propria del processo accusatorio, può finire con l'aver l'effetto per così dire, di 'deresponsabilizzare' il Pubblico Ministero nella ricerca della prova. Nel senso di indurlo, se poco attento ai principi, a intendere la dialettica del processo accusatorio nel senso di dover fornire solo un inizio di prova del reato; in particolare dell'elemento psicologico (dolo e colpa). Quasi che bastasse che l'accusa desse una mera indicazione della prova stessa, lasciando integralmente al difensore la controprova di una accusa mai realmente dimostrata.

È questa l'effettiva inversione dell'onere della prova che non poche volte 'vive' nella pratica di oggi; con la conseguenza che tutto è lasciato alla difesa. In particolare ciò accade appunto per la prova dell'elemento psicologico, visto che l'accusa finisce con l'assumere come decisiva l'idea che il *fatto oggettivo* 'parli di per sé', nel senso della sussistenza del dolo o della colpa, residuando una controprova solo eventuale e completamente lasciata all'onere difensivo. Nella realtà processuale questo atteggiamento, non poche volte avallato dal giudice, svuota di contenuti il principio di colpevolezza.

Ecco dunque un esempio importante che spiega perché sarà l'esperienza giurisprudenziale un *punto d'osservazione* essenziale nella ricostruzione della materia, con vigile attenzione a un'analisi critica della corretta applicazione della norma penale.

Nel tentativo di garantire una più efficace comunicazione dei contenuti della disciplina a beneficio dei meno esperti ho pensato di introdurre la materia proponendo un lessico fondamentale e nozioni preliminari (v. *infra*, parte I, cap. I, par. 1.1) da approfondire successivamente nei luoghi specificamente dedicati.

Opere citate e altra bibliografia essenziale

- ALCHURRON-BULYGIN, *Normative System*, Wien-New York, 1971.
- AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972.
- AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in AA.VV., *Die Rechtsguttheorie*, Baden Baden, 2003.
- ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, oggi in *Scritti di dir. pen.*, Milano, 1955.
- BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1969.
- BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Torino, 1977.
- BOUDON, *Strutturalismo e scienze umane*, trad. it. M. LOSANO, Torino, 1970.
- CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- COING, *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*, in *JZ*, 1951.
- COMANDUCCI, *Joseph Raz e la teoria generale del sistema giuridico*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, raccolti da G. Tarello e Vili, I, Bologna, 1978.
- DELOGU, *La loi pénale et son application*, I, Alessandria d'Egitto, 1956-57.
- ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953.
- FIGURELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla determinazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa*, in *Riv. it.*, 1977.
- FIGURELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979.
- FIGURELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1978.
- KALINOWSKY, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it. M. CORSALE, Milano, 1971.
- LAZZARO, *Sistema giuridico*, in *N. Dig. it.*, XVII, Torino, 1976.
- LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, *Dalle origini alla scuola storica*, Torino, 1968.
- LOSANO, *Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea*, appendice al volume del Boudon, Torino, 1970.
- LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972.
- LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1981.
- LUHMANN, *Soziale Systeme Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984.
- MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, B. 57.
- NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947 e Padova, 1972, Ristampa.
- PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- PIAGET, *Lo strutturalismo*, trad. it. A. BONOMI, Milano, 1978.
- RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1977.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, Ristampa.
- VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, trad. it. G. CRIFÒ, Milano, 1962.