
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DELLA LEGALITÀ

SOMMARIO: 12. La legalità formale. – 13. La legalità sostanziale. – 14. I vantaggi e gli inconvenienti. – 15. La concezione formale del reato. – 16. La concezione sostanziale del reato. – 16.I. La concezione sostanziale di reato e di pena di matrice eurounitaria. – 17. La concezione sostanziale-formale adottata dalla Costituzione.

12. *La legalità formale.* – Il moderno diritto penale del fatto è retto da quattro principi fondamentali: 1) il principio di legalità; 2) il principio di materialità; 3) il principio di offensività; 4) il principio di soggettività. *Nullum crimen sine lege, actione, iniuria, culpa.* Essi svolgono una quadruplice funzione di delimitazione dell'illecito penale.

Il problema della legalità nasce da un quesito elementare: reato è il fatto previsto dalla legge come tale o il fatto antisociale? Perenne dilemma e dramma politico del diritto penale moderno, costantemente oscillante tra l'esigenza di certezza e l'esigenza di giustizia, tra la garanzia della libertà individuale e l'istanza della difesa sociale, nella sua continua ricerca di un punto di equilibrio tra due ordini di valori entrambi essenziali per una civile vita sociale.

Nella sua storia il diritto penale è, infatti, contrassegnato dalla contrapposizione dialettica di due principi che riflettono due diversi modi di concepire il rapporto tra individuo e Stato e lo stesso diritto penale: il principio di legalità formale e il principio di legalità sostanziale. E pur con diversa intensità, il problema della legalità domina l'intero diritto penale: non solo per quanto riguarda il fatto, ma anche – come vedremo – i settori della personalità e delle conseguenze.

Il *principio di legalità formale* esprime il divieto di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto come reato dalla legge e con pene che non siano dalla legge espressamente stabilite: *nullum crimen, nulla poena sine lege* ⁽¹⁾. Ed implica una nozione formale di reato, dovendo appunto considerarsi reato solo ciò che è previsto come tale dalla

⁽¹⁾ Cfr. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig.*, VIII, 1994, 278; BRICOLA, *La discrezionalità nel dir. pen.*, Milano, 1965, 229; ID., *Legalità*, cit.; PALAZZO, *Legge pen.*, in *Dig.*, VII, 1993, 343. Sulle origini e evoluzione storica di detto principio: CATTANEO, *Illuminismo e legisl.*, Milano, 1966; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di dir. pen.*, Milano, 2001, 15; MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, 36 ss.; VINCIGUERRA, *Dir. pen. it.*, I, 1999, 85; BELFIORE, *Giudice delle leggi e dir. pen.*, Milano, 2005. Sul dir. pen. anglosassone: VINCIGUERRA, *Dir. pen. inglese comp.*, Padova, 2002, 71; MOCCIA, *Dir. pen. giurisp., legislazione e p. di l. nel mondo di common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 897; CADOPPI, *Il valore del precedente nel dir. pen.*, Torino, 1999; ID., *La genesi delle fattispecie pen. Una comparazione tra civil law e common law*, in *Sistema pen. in transizione e dir. giurisp.*, Padova, 1997, 147; PALAZZO-PAPA, *Lezioni di dir. pen. comp.*, Torino, 2013, 210. V. anche: FUGGETTI, *Brevi note sul dir. punitivo mussulmano e principio di legalità*, in *Indice pen.*, 2006, 251.

legge. Col duplice fondamentale corollario: che sono non punibili le azioni non espressamente incriminate dalla legge pur se antisociali e, viceversa, punibili le azioni dalla legge espressamente incriminate anche se socialmente non pericolose (o non più sentite tali). Ciò che imprime al fatto il carattere della criminalità è l'espressa previsione di legge e, in definitiva, la natura penale della sanzione che la legge per esso stabilisce.

Il principio di legalità formale esprime, nella sua genesi ed enunciazioni storiche, una scelta politica individualistico-garantista di salvaguardia, almeno formale, della libertà del singolo individuo (*favor libertatis*).

Vedi: Capitolo I. Il problema della legalità - 1 ☞

Nel diritto italiano, il principio della legalità, che già fece il suo ingresso nei codici preunitari e fu sancito nello Statuto del 1848, trovò solenne consacrazione nel codice liberale del 1889 (art. 1). Nonostante l'avvento del nuovo regime autoritario, sopravvisse pure nel codice del 1930, ove con immutata formulazione è pure sancito nell'art. 1: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Ed è esteso alle misure di sicurezza dall'art. 199: «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti». E dalla Costituzione è stato elevato a fondamento del sistema penale italiano, sancendo l'art. 25 che «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» e che «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

A riprova della polivalenza di una identica categoria giuridica, il principio di legalità dalla Cost. è stato proclamato, secondo la tradizione liberal-democratica, in funzione garantista. Dal codice Rocco fu, invece, concepito anche e soprattutto in funzione autoritaria, antilluministica e antigiusnaturalistica, quale affermazione del primato della legge di uno Stato autoritario che non ammetteva altra fonte di diritto al di fuori delle leggi da esso emanate, manifestazioni uniche ed inderogabili della sua volontà («Tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato»). Lo dimostra il fatto, del tutto coerente perché espressione di un disegno politico unitario, che il legislatore del '30, accanto al principio di legalità ed in contraddizione con una concezione garantista di esso, prevede nel codice ampi settori fortemente politicizzati, caratterizzati da fattispecie vaghe, onnicomprensive, impregnate di elementi di valore: veicoli per raccordare la legge penale all'ideologia della «rivoluzione fascista» e strumenti per la sua difesa ⁽²⁾. L'inserimento di tale principio nell'attuale testo costituzionale, di tipo rigido ed al vertice della gerarchia delle fonti del diritto, comporta che esso: a) circa i

⁽²⁾ Per la concezione dei codici come espressione della «legalità rivoluzionaria fascista»: PANUNZIO, *Rivoluzione e Cost.*, Milano, 1933; ID., *Motivi e metodo della codific. fascista*, Milano, 1943. Come esempio della tendenza del diritto penale a costruire le fattispecie legali su «clausole generali», quali sostitutivi dell'analogia, il GLEISPACH, *Richterliche Rechtsschöpfung oder nullum crimen sine lege*, in *Z. d. Ak.f.D.R.*, 1936, 23, cita il codice Rocco. Non meno diffusa è l'opinione che il p. di l. sia un residuo liberalgarantista nel periodo fascista. Comunque, «dittatura» fascista e «totalitarismo», nazionalsocialista e comunista, si differenziano anche circa le fonti del d.p.

destinatari, si dirige non più e soltanto al giudice, ma innanzitutto al legislatore; b) circa il *valore*, rende incostituzionali le norme penali con esso contrastanti. Ha cioè acquistato quella forza vincolante capace di impedire quel fenomeno di «delegificazione», che la sola previsione del medesimo in una legge ordinaria, quale il codice del '30, ed in un regime costituzionale flessibile, quale quello statutario anteriore al 1948, permise in passato o potrebbe permettere in futuro.

13. *La legalità sostanziale.* – Il principio di *legalità sostanziale* (o *materiale*) sta, invece, a significare che debbono essere considerati reati i fatti socialmente pericolosi, anche se non espressamente previsti dalla legge, e che ad essi vanno applicate le pene adeguate allo scopo. Denominato polemicamente *nullum crimen sine poena* e più pacatamente *nullum crimen sine jure*, tale principio implica una nozione sostanziale di reato, dovendo appunto considerarsi reato tutto ciò che offende l'ordine sociale di un determinato tipo di Stato. Con il duplice corollario: che sono punibili le azioni socialmente pericolose anche se non espressamente incriminate dalla legge e, viceversa, sono non punibili le azioni espressamente incriminate dalla legge se socialmente non pericolose. Ciò che imprime al fatto il carattere della criminosità è la sua pericolosità sociale.

Il principio di legalità sostanziale esprime una scelta politica collettivistico-utilitaristica a favore della «difesa sociale» (*favor societatis*), ma anche l'esigenza di una più sostanziale e reale giustizia.

Già il principio di legalità formale, nella rigidità concepita dal liberalismo classico, ricevette la prima scossa con l'irrompere del Positivismo penale ed il conseguente spostamento di attenzione dal delitto al delinquente e dalla pena retributiva alle misure di prevenzione speciale. In verità, tale principio non fu mai ripudiato dalla Scuola positiva, che «politicamente» continuò a ravvisare nella legalità formale una difesa dell'individuo contro l'onnipotenza statale e la forza bruta della maggioranza. Tuttavia, nella nuova prospettiva di un diritto impostato sulla lotta contro l'effettiva pericolosità criminale dei soggetti, il fondamento logico-giuridico del *nullum crimen, nulla poena sine lege* venne necessariamente incrinato rispetto sia alla tassatività del fatto, sia soprattutto alla determinatezza delle conseguenze penali. Per ragioni politiche si continuò ad affermare il divieto del giudice di applicare misure di sicurezza non previste e fuori dei casi stabiliti dalla legge. È però incontestabile che in materia di pericolosità sociale del soggetto la legalità formale ed il divieto di analogia venivano a mancare di fondamento logico-giuridico.

Ma la dichiarata reiezione della legalità formale si ebbe – anticipata a livello teorico dalla scuola del «diritto libero», di produzione giudiziale, che fu la prima e più decisa reazione antilluministica – nel periodo tra le due guerre mondiali. La crisi del vecchio Stato liberale, l'affermarsi di nuove concezioni dei rapporti tra individuo e Stato ed una più chiara coscienza critica del carattere formale del garantismo liberale, diedero il via al già accennato sconvolgimento del diritto penale europeo, con epicentri nella Russia sovietica e nella Germania nazional-socialista.

Vedi: Capitolo I. Il problema della legalità - 2 ☞

14. *I vantaggi e gli inconvenienti.* – In quanto tende ad evitare l'arbitrio del potere esecutivo e del potere giudiziario e ad assicurare la certezza e l'eguaglianza giuridica, il *principio di legalità formale* svolge, sotto questi profili, una insostituibile *funzione garantista* del cittadino. Due sono, però, i limiti rimproverati: di costituire un ostacolo alla difesa sociale contro il crimine e di legittimare fratture anche gravi tra criminalità legale e criminalità reale, oltre a non offrire garanzie contro l'arbitrio dello Stato-legislatore.

Invero, non consentendo di punire condotte non legislativamente previste come reato, tale principio avvantaggia coloro che agiscono ai margini della legge o che, sfruttandone le imperfezioni, scivolano impunemente tra le sue maglie. E, addirittura, può servire di copertura alla delinquenza di Stato, dei regimi totalitari e di occupazione bellica, che in base a tale principio (invocato, ad es., dai criminali nazisti) dovrebbe restare impunita, per la sua legittimità formale, sia a regime vigente sia a regime caduto. D'altro canto, in quanto porta a punire, per il solo fatto che sono ancora previste come reati dalla legge, condotte che non sono antisociali o non sono più sentite come tali, può porre la legge in contrasto con il senso di giustizia sostanziale della comunità. Degenerazione del legalismo formale sono, poi, l'idolatria della legge ed il feticismo della lettera, che da un lato portano a convertire il saggio insegnamento *summa lex summa iniuria* nel giustificante dogma *dura lex sed lex*, che può costituire il bavaglio o l'alibi della coscienza del giudice; e, dall'altro, possono alimentare quel fenomeno dell'«avvocatismo», rimproverato all'avvocatura professionale borghese, che più che contribuire alla ricerca di una sostanziale giustizia e della verità, tende ad una cavillosa elusione della legge e ad affermazioni di prestigio professionale. E coi dogmi della sovranità della legge e della fedeltà assoluta per il fatto stesso della sua operatività, funge al limite da sostegno giuridico all'autoritarismo di Stato.

Il *principio di legalità sostanziale*, in quanto permette di punire ciò che è antisociale anche se non è previsto come reato e di non punire ciò che non è antisociale anche se previsto come reato dalla legge, può assicurare senza dubbio una *più efficace difesa sociale*. Ed appare, astrattamente, consentire altresì una più sostanziale giustizia, in quanto può prevenire fratture tra criminalità legale e criminalità reale. Ma in quanto si fonda su una nozione materiale di reato, ricavabile da fonti extralegali (coscienza rivoluzionaria, ordine giuridico del tipo di Stato, sano sentimento del popolo, coscienza sociale), che troppo spesso sfuggono alla possibilità di una «conoscenza obiettiva» e sono capaci di ricevere tutti i contenuti voluti dal giudice, elide la certezza del diritto ed apre le porte all'arbitrio e alle discriminazioni più gravi. E qui sta il suo ineliminabile vizio. Estremamente strumentalizzabile politicamente, esso ha finito, fatalmente, per essere lo strumento adottato dal più penetrante totalitarismo penale come pure nelle fasi rivoluzionarie, per essere poi abbandonato col ritorno a sistemi garantisti o con il consolidamento della rivoluzione. E, come insegna il Nazionalsocialismo, lo scudo legalitario della libertà individuale viene sprezzantemente bandito quale cavilloso «avvocatismo».

Che poi in Stati di lunga tradizione democratica, quali i paesi scandinavi e l'Inghilterra, non esista un espresso divieto di analogia, mentre in Stati autoritari, quale la Spagna franchista, il Portogallo salazariano e la stessa Italia fascista, venga affermato il principio di legalità

formale, in sé poco rileva ⁽³⁾. Ciò che conta non è la proclamazione o meno di tale principio, ma la finalità garantista o autoritaria che attraverso di esso si vuole raggiungere, la «mentalità» con cui la legge viene applicata dai giudici e l'uso che si fa della c.d. «analogia», potendo questa servire come mezzo eccezionale per estendere la disciplina di uno specifico e ben determinato precetto legislativo oppure come mezzo normale per attingere in realtà, attraverso il riferimento alla *ratio* di norme vaghe e generiche, il diritto da fonti extralegislative. Lo Stato autoritario, d'altro canto, ben può contrabbandare il proclamato principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, attraverso le misure di polizia e la configurazione in termini onnicomprensivi dei delitti politicamente nevralgici, come appunto nelle legislazioni dei suddetti paesi.

Mentre il principio di legalità sostanziale comporta un adeguamento pressoché automatico del diritto penale al divenire della realtà sociale, per un tale adeguamento il principio di legalità formale richiede continui e tempestivi interventi legislativi, per cui – dati i crescenti ritardi, per note ragioni oggettive e soggettive, dei legislatori moderni – esso può portare a divaricazioni tra il diritto penale e la realtà sociale in rapido mutamento. Invero, i principi di legalità formale e di legalità sostanziale sono propri di tipi di Stato in cui prevale, rispettivamente, l'esigenza statica della conservazione o della graduale evoluzione oppure l'esigenza dinamica della rivoluzione o della rapida trasformazione.

Vedi: Capitolo I. Il problema della legalità - 3 ☞

Un diritto penale della libertà non può rinunciare alla conquista civile del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, che, pur senza enfattizzazioni, ha una funzione insostituibile di garanzia del cittadino: *massima* negli Stati pluralisti dalle «leggi giuste», *minima* in qualunque tipo di Stato, poiché qualunque sfera di libertà, ampia o ristretta che sia, diventa di difficile esercizio quando la legge non ne determina con chiarezza i confini. Principio, che deve dominare tutti i settori del nostro diritto penale: non solo delle norme incriminatrici, ma anche delle norme scriminanti, scusanti, esimenti.

L'abbandono di tale principio è sempre servito non per assicurare una maggiore giustizia, ma per amplificare il campo dell'arbitrio, consentendo di cumulare al possibile arbitrio del legislatore il possibile arbitrio del giudice nella decisione del caso concreto. Anche se occorre riconoscere che, smentito dalla storia l'ideale illuministico della Legge che, per definizione, positivizza la Giustizia, detto principio garantisce la «certezza», non la «giustizia» del diritto, contro l'*arbitrium judicis*, non contro l'*arbitrium legis*: è strumento formale, premessa per la tutela della libertà del cittadino, la quale riguarda anche il contenuto della legge e, prima ancora, la sottostante realtà politico-economico-sociale. Attraverso la legalità formale ed il rispetto della certezza giuridica ben può passare – come è

⁽³⁾ ANCEL-STRAHL, *Le droit pénal des pays scandinaves*, Paris, 1969, 76 ss.; RODRIGUEZ DEvesa, *Derecho penal español*, Madrid, 1985, 253; SGUBBI, *Meccanismi di «aggiramento» della legalità e della tassatività nel cod. Rocco*, in *La questione crim.*, 1981, 39. Sulle variabili storiche e geografiche della «legalità», cfr. GIUNTA, *Diritto penale. Una introduzione*, Pisa, 2024, 97 ss.

storicamente passato – un diritto penale del privilegio o addirittura dell'oppressione. La condizione, oggi, per recuperare al principio di legalità anche una funzione garantista «sostanziale» è di positivizzare nella «legalità formale», di codificare nella «certezza della legge», le istanze personalistiche e solidaristiche espresse dalla nostra Cost. e dall'attuale realtà socio-culturale ⁽⁴⁾. Nella visione unitaria della Carta cost. il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* è inscindibilmente connesso alla concezione del diritto penale come strumento di difesa dei valori e di propulsione per la realizzazione delle finalità da essa espressi. Senza di che il principio di legalità formale resta uno strumento piegabile ad opposte finalità: di garanzia di libertà come di conservazione del privilegio. E la professione di fede nel dogma della legalità e della certezza giuridica non basta a frenare le ricorrenti tentazioni di affidarsi alle nebulse fonti sostanziali del diritto, allorché scaturiscono da una sentita esigenza di un più razionale e giusto esercizio del potere punitivo.

15. *La concezione formale del reato.* – Alla contrapposizione dialettica tra legalità formale e legalità sostanziale fa riscontro la contrapposizione tra concezione formale e concezione sostanziale del reato.

Per la *concezione formale* reato è tutto ciò e solo ciò che è previsto dalla legge come tale. Considerato *in astratto* (c.d. aspetto precettivo), ossia quale ipotesi descritta dal legislatore (es.: l'omicidio, il furto), il reato è il fatto tipico. La *tipicità*, cioè l'essere il fatto descritto per tipi legali, è un carattere essenziale del reato. La *tipizzazione* dei fatti incriminati in modelli legali, cioè la descrizione legislativa dei comportamenti vietati, è la tecnica di produzione della norma da parte del legislatore. Il perno su cui ruota la concezione formale del reato è la *fattispecie legale* o *tipica*, che costituisce l'apporto del principio illuministico-liberale del *nullum crimen sine lege* ed è lo strumento tecnico attraverso cui vengono soddisfatte le esigenze garantiste di certezza giuridica e di difesa contro l'arbitrio giudiziario, proprie di tale principio. L'analisi e la sistemazione degli elementi costitutivi della fattispecie legale costituisce l'oggetto della «Teoria generale del reato». Oggetto dell'interpretazione è il testo legislativo.

Considerato *in concreto* (c.d. aspetto fenomenico), ossia come fatto storico che si verifica nella realtà sociale (es.: l'omicidio di Caio), il reato è il fatto conforme al fatto tipico, alla fattispecie legale. La *conformità alla fattispecie legale*, cioè il presentare tutti gli elementi costitutivi di questa, è ciò che consente di considerare un fatto storico come reato. La mancanza anche di uno soltanto di essi esclude l'esistenza del reato. L'accertamento della conformità del fatto storico alla fattispecie legale, interpretata nei suoi elementi costitutivi, è l'oggetto dell'attività giudiziaria.

Poiché ciò che contraddistingue la norma penale è la sanzione da essa astrat-

⁽⁴⁾ SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giur.*, Milano, 1965, 149 s.; CATTANEO, *Illuminismo*, cit., 195; WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza pen. in Germania*, Milano, 1965, 28, 124.

tamente comminata, cioè la pena, reato è ogni fatto per il quale la legge statuisce una pena *stricto sensu*. La pena è ciò che, in definitiva, contrassegna in astratto un fatto come reato (*nullum crimen sine lege poenali* o *sine poena*).

E, precisamente, le *pene principali* (art. 17): non le pene accessorie, le pene sostitutive e le misure di sicurezza, che presuppongono un fatto-reato, astrattamente sanzionato con pena principale, e sono previste, di regola, nella parte generale e non nelle norme incriminatrici di parte speciale. Nella *sanctio juris* viene individuato il criterio decisivo per distinguere, nell'ambito della più ampia categoria degli illeciti giuridici, l'illecito penale dagli illeciti civili ed amministrativi, essendo per questi ultimi comminate, rispettivamente, sanzioni civili (restituzione, risarcimento del danno, ecc.) e sanzioni amministrative (pecuniarie, disciplinari, di polizia) (n. 259).

In base ai diversi *tipi di pena*, all'interno del diritto penale vengono, poi, distinti i differenti *tipi di reato*. Discostandosi dal sistema tripartito, che divide i reati in *crimini*, *delitti* e *contravvenzioni*, instaurato dal codice napoleonico (1810) e seguito da alcuni codici italiani preunitari, compreso quello sardo, e da non pochi codici moderni, il vigente codice italiano, come già prima quello del 1889 e quello toscano del 1856, adotta il sistema bipartito dei *delitti* e delle *contravvenzioni*. Altri codici, avendo decriminalizzato le contravvenzioni, sono divenuti da tripartiti, bipartiti, distinguendo tra crimini e delitti (es.: codice tedesco), o da bipartiti, monistici (codice portoghese).

Come sancisce l'art. 39, sono *delitti* i reati punibili con le pene (principali) dell'*ergastolo*, della *reclusione* o della *multa*. Sono *contravvenzioni* i reati punibili con l'*arresto* o l'*ammenda* (art. 17) ⁽⁵⁾.

Delitti e contravvenzioni si differenziano, per il nostro diritto penale, sotto il profilo, oltre che della pena, dell'elemento soggettivo, del tentativo, della recidiva, dell'applicabilità della legge penale italiana ai reati commessi all'estero, delle cause estintive del reato e della pena, della non menzione della condanna, della perseguibilità (sempre d'ufficio per le contravvenzioni), nonché della disciplina processuale.

Discostandosi dal tradizionale criterio della diversità di pene, per i delitti e le contravvenzioni di competenza del giudice di pace il D.lgs. n. 274/2000 ha previsto le pene *comuni* della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità (n. 206).

A) Nell'ambito della concezione legalistico-formale non si è mancato di considerare il reato anche dal c.d. «punto di vista sostanziale»: non solo al fine di individuare i caratteri sostanziali comuni, che contrassegnano o dovrebbero contrassegnare le varie ipotesi di reato e, conseguentemente, il «perché» della criminalizzazione e i criteri di politica legislativa, ma anche per differenziare l'illecito penale dagli illeciti extrapenal.

⁽⁵⁾ CONTI, *Contravvenzione*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 226 ss.; GROSSO, *Delitti (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 17. GABRIELI-MAZZA, *Delitti e contrav.*, in *N. Dig. it.*, V, 1960, 385; PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contrav.*, fra storia e politica criminale, in *Dir. pen. in trasformazione*, cit., 421; Id., *Delitti e contrav.*, in *Dig.*, III, 1989, 321; FRAGOLA, *Delitto*, in *Enc. giur.*, X, 1988; PISANI, *Contravvenzione*, ivi, 1988; DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Milano, 1993; Id., *Teoria del reato*, in *Dig.*, XIV, 1998; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 399.

Vedi: Capitolo I. Il problema della legalità - 4 📄

Vedi: Capitolo I. Il problema della legalità - 5 📄

B) Anche all'interno dell'illecito penale i criminalisti si sono sforzati di trovare un criterio sostanziale di distinzione fra *delitti* e *contravvenzioni*. Ciò non solo in considerazione del fatto che la contrapposizione trae le proprie origini, a partire dal secolo XVIII, dall'assorbimento nel diritto penale di fatti che, prima, costituivano solo illeciti amministrativi, per sottoporli alle garanzie del diritto e del processo penale. Ma altresì per le profonde differenze di disciplina, che investono, oltre alle pene principali ed accessorie, l'elemento soggettivo del reato, il tentativo, l'efficacia della legge penale nello spazio, l'abitudine, la professionalità e la tendenza a delinquere, la prescrizione, l'oblazione, le misure di sicurezza, ecc. Molti i criteri proposti, nessuno dei quali si è rivelato però del tutto persuasivo.

Vedi: Capitolo I. Il problema della legalità - 6 📄

Circa il *problema della soppressione* delle contravvenzioni, a favore della sopravvivenza (così nei vari progetti di codici), pur nei limiti suddetti, si invocano la non punibilità, di fatto, di molti illeciti amministrativi; l'esigenza di un controllo giurisdizionale, anche indiretto, sulla p.a.; il pericolo che, eliminate le contravvenzioni, il legislatore speciale elevi a delitti molti reati contravvenzionali; i nuovi riti abbreviati, che alleggeriscono la giustizia penale senza cadere nella non punibilità di fatto di molti illeciti amministrativi. Con la proposta (Progetto Grosso del 2001) della punibilità con pena non detentiva.

Le nozioni e i criteri distintivi sostanziali soprariportati nulla hanno, però, a che fare con la concezione sostanziale del reato, che andiamo a esaminare. Di pura elaborazione dottrinale, essi non si sostituiscono né si aggiungono alla concezione formale del reato, poiché non si pretende di attingere per il loro tramite la criminalità da fonti extralegislative. Ma si esauriscono su un piano meramente descrittivo: come tali possono, al più, costituire una *generica direttrice di politica legislativa*, ma non una guida nell'applicazione della legge da parte del giudice. Anche per i loro formulatori quel che decide ciò che è reato, lo contraddistingue dagli altri illeciti e lo differenzia in delitti e contravvenzioni, è sempre il criterio formale della sanzione.

16. *La concezione sostanziale del reato.* – Per la *concezione sostanziale* (o materiale) reato è tutto ciò e solo ciò che è, in misura rilevante, socialmente pericoloso (*nullum crimen sine periculo sociali*).

Postulata tale nozione di reato *in astratto*, il reato *in concreto* è il fatto storico che, previsto o non previsto dalla legge, conforme o difforme dalla fattispecie legale, si rivela *pericoloso* per la società. Ciò che contrassegna il fatto come reato è la sua concreta pericolosità sociale (*nulla poena sine crimine*). Il perno su cui ruota la concezione materiale del reato si sposta dalla fattispecie descrittivo-legale all'*antisocialità* del fatto. Il nucleo essenziale della teoria generale del rea-

to non è più l'azione tipica ma l'*azione antisociale*. Oggetto dell'interpretazione è non tanto il testo legislativo, bensì il fatto storico nella sua antisocialità. Ci troviamo di fronte ad un diritto penale non più della tipicità, ma della «pericolosità dell'azione».

La criminalità del fatto non si attinge più o soltanto dalla legge, ma da fonti normative extralegislative, sostituendosi o aggiungendosi il giudizio sostanziale di riprovazione sociale al giudizio di riprovazione legislativa. Un sistema penale fondato su una concezione sostanziale del reato è, in definitiva, un sistema che si basa su fonti normative sostanzialistiche ⁽⁶⁾.

Su una nozione sostanziale di reato si fondava, come già rilevammo, il diritto penale nazionalsocialista (n. 13) e, secondo qualche autore, avrebbe dovuto fondarsi anche il diritto penale fascista per essere un diritto penale realmente totalitario ⁽⁷⁾. Su una nozione sostanziale «classista» di reato si fonda il diritto penale dei paesi socialisti.

Vedi: Capitolo I. Il problema della legalità - 7 ☞

16.I. *La concezione sostanziale di reato e di pena di matrice eurounitaria*. – La concezione sostanziale del reato di cui abbiamo parlato fino ad ora non deve essere confusa con la concezione sostanziale di *reato* e di *pena* di matrice eurounitaria, recepita da tempo nel nostro ordinamento ⁽⁸⁾.

Fin dalla sentenza della Corte EDU Engel e altri contro Paesi Bassi (Grande Camera, 8/06/1976) una sanzione, ancorché formalmente qualificata come amministrativa nell'ordinamento di uno Stato membro della UE, va ad ogni effetto qualificata come sostanzialmente penale (e come tale va qualificato l'illecito per la cui commissione è comminata) quando presenti un carattere di afflittività e persegua una funzione punitivo-dissuasiva propria della sanzione anche "formalmente" penale. Ciò per evitare "una vera e propria truffa delle etichette" da parte di uno Stato Membro che potrebbe eludere le garanzie che stanno a presidio dell'illecito e della sanzione penale qualificando come "amministrativo" quell'illecito e come "amministrativa" quella sanzione.

17. *La concezione sostanziale-formale adottata dalla Costituzione*. – La Costituzione italiana accoglie una concezione del reato né meramente formale (aperta a tutti i contenuti), né integralmente sostanziale (aperta all'incertezza e al soggettivismo del giudice), bensì – per così dire – *sostanziale-formale*, che ripropone su

⁽⁶⁾ V.: NUVOLONE, *Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità*, in *Indice pen.*, 1967, 4-5.

⁽⁷⁾ V.: MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it.*, 1939, 140.

⁽⁸⁾ AA.VV., *La "materia penale" tra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Torino, 2018; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, con ampia citazione bibliografica a p. 26; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello Statuto garantistico*, Torino, 2017, spec. 7 ss.; MANES, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, *Riv. it.*, 2017, 988 ss.; CONSULICH, *"Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 65 ss.

nuove basi personalistico-solidaristiche e democratiche quello sforzo di sintesi tra «legalità» e «giustizia», già proposta in termini individualistici e storicamente superati dal pensiero illuministico-liberale.

E tende a realizzare tale compenetrazione, da un lato riconfermando la propria rigorosa fedeltà al *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ma dall'altro imponendo di «positivizzare nella legge» i valori e le finalità da essa espressi. Onde reato deve essere considerato solo ciò che è *previsto dalla legge* come tale *in conformità alla Costituzione*: non solo per quanto riguarda i *connotati strutturali-formali*, ma anche e ancor prima per quanto concerne i *valori tutelati*.

Anticipando una definizione, che troverà via via conferma, per la Costituzione italiana è *reato* il fatto previsto come tale dalla *legge*, *irretroattivamente*, *in forma tassativa*, *materialmente* estrinsecantesi nel mondo esteriore, *offensivo* di valori *costituzionalmente* significativi (o comunque non incompatibili con la Cost.), *causalmente* e *psicologicamente* attribuibile al soggetto, sanzionato con pena *proporzionata*, astrattamente, innanzitutto alla rilevanza del valore tutelato e, concretamente, anche alla personalità dell'agente, *umanizzata* e tesa alla *rieducazione* del condannato; sempreché la pena sia *necessaria* per l'inadeguatezza delle sanzioni extrapenali a tutelare tali valori ⁽⁹⁾.

In assenza di certi connotati formali e sostanziali del reato, la norma incriminatrice è incostituzionale. Il giudice, mentre non può ritenere inesistente il reato, allorché il fatto, previsto dalla legge, sia posto a tutela di valori incompatibili con la Costituzione, ha il potere-dovere di astenersi dall'applicare la norma e di sollevare la questione di costituzionalità. Alla Corte costituzionale è affidato il compito di controllare l'avvenuta mediazione legislativa tra legalità formale della norma penale e legalità sostanziale-costituzionale.

Dalla visione costituzionale del reato emerge pure la generale indicazione a circoscrivere l'area dei reati secondo il principio della *necessarietà* (n. 8). Ciò appare desumersi, oltre che e innanzitutto dalla *inviolabilità della libertà personale* (art. 13 Cost.), dai principi: a) della *riserva di legge*, che, affidando l'opera di normazione penale al Parlamento (approvazione delle leggi formali e delle stesse leggi-delega, conversione dei decreti-legge) e dati i lunghi tempi tecnici e politici della produzione legislativa, implica di «essenzializzare» il campo degli illeciti penali; b) di *tassatività*, che, nella sua esigenza di certezza e chiarezza giuridica, non si concilia con l'attuale fenomeno di inflazione e disordine legislativi; c) della *responsabilità personale*, che postula la possibilità di conoscere la legge, che tale fenomeno, generando il c.d. «ordinamento giuridico occulto», rende illusoria; d) del *finalismo rieducativo* della pena, perseguibile solo delimitando l'illecito penale ai fatti autenticamente criminosi; e) del *nulla poena sine iudicio*, svuotato dalla proliferazione delle norme penali, dal giudice applicate meccanicamente e alla lettera. Ma ancor prima ciò è imposto dal *dovere statuale di prevenzione generale* dei reati, che pre-

⁽⁹⁾ Per una definizione costituzionalmente orientata del reato: BRICOLA, *Teoria*, cit., 92; FLORA, *Apunti*, cit., 11; cfr., altresì, MANES, *Introduzione ai principi*, cit., 15 ss.

suppone quella sicurezza e prontezza dell'applicazione della pena minacciata, che tale proliferazione, con i ritardi della giustizia e gli inevitabili provvedimenti clemenziali, non rende possibile. Dalla stessa Cost. possono desumersi anche i criteri di massima per circoscrivere il campo degli illeciti penali, attraverso la decriminalizzazione e la depenalizzazione (n. 65).

La nozione costituzionale di reato consente, altresì, di coglierne – almeno tendenzialmente – rispetto agli illeciti extrapenal, alcuni caratteri differenziali, sia sostanziali (attinenti, come vedremo, ai valori tutelati), sia strutturali. E cioè per quanto riguarda: *a*) le *fonti*, in quanto la Cost. non prevede per l'illecito civile alcuna riserva di legge, mentre per l'illecito amministrativo si tende ad ammettere una riserva relativa, pur non mancando chi ritiene che l'art. 25/2 si riferisca all'intero «diritto punitivo» (n. 260); *b*) la *formulazione*, poiché nessun vincolo di tassatività è previsto per l'illecito civile, che è un c.d. *illecito di semplice lesione* (es.: art. 2043 c.c.), mentre quello penale è un *illecito di modalità di lesione*; e nemmeno per l'illecito amministrativo, sebbene si sia assistito, anche rispetto agli illeciti disciplinari, ad una tendenza ad una maggiore tipizzazione per più generali ragioni garantiste; *c*) l'*elemento soggettivo*, poiché per la Cost., mentre l'illecito penale deve essere causalmente e psicologicamente proprio del soggetto, quello civile può consistere in un fatto non solo incolpevole, ma neppure causato dal soggetto responsabile.

Di fronte al processo di «personalizzazione» della responsabilità penale sta la sempre più marcata tendenza alla «spersonalizzazione» della responsabilità civile, sotto la spinta dei concetti di «responsabilità per rischio» o per «dovere di solidarietà», che spostano il fondamento della responsabilità civile dal principio individualistico-liberale al principio solidaristico. Ciò sia per fronteggiare nuovi danni «anonimi» o «fatali» da era tecnologica, sia per attribuire la responsabilità a chi è in grado di tradurre il rischio in costo ⁽¹⁰⁾. Quanto all'illecito amministrativo, la tendenza a concepirlo come illecito colpevole esprime un affinamento della coscienza giuridica, connesso alla natura non risarcitoria della sanzione amministrativa, non ad un vincolo costituzionale, riferendosi l'art. 27 alla responsabilità penale (n. 261).

La nozione di reato «costituzionalmente orientata» offre un criterio-guida nella scelta dei fatti punibili, ben più vincolante dei vecchi criteri sostanziali, anche se non indica con certezza ciò che deve costituire reato e lascia un ineliminabile spazio di discrezionalità al legislatore: col sindacato di incostituzionalità consentito nei limiti della «incompatibilità» e «irragionevolezza» (nn. 8, 65, 69) ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Modelli di resp. civile per fatto non causato già esistono, oltre che nel c.c. (es.: art. 2049), in leggi speciali (es.: in tema di danni a terzi da utilizzazione pacifica dell'energia nucleare). V.: TRIMARCHI, *Rischio e resp. oggettiva*, Milano, 1961; RODOTÀ, *Il problema della resp. civile*, Milano, 1964, 22; BARCELLONA, *Dir. privato e processo economico*, 1973, 320; ALPA-BESSONE, *La resp. civile*, Milano, 1980, 295.

⁽¹¹⁾ V. in merito: MANES-NAPOLEONI, *La legge pen. illegittima*, Torino, 2015 e AA. ivi cit.

CAPITOLO II

IL PROBLEMA DELLA SCIENZA PENALE

SOMMARIO: 18. Cenni storici. – 19. Gli indirizzi formalistici. – 20. Gli indirizzi sostanzialistici. – 21. La situazione attuale della scienza penale.

18. *Cenni storici.* – Convenzionalmente si fa risalire la nascita della moderna scienza penale all'irrompere del pensiero illuministico, da cui viene posto, con chiara coscienza critica e in termini razionali, il problema del *jus puniendi* nel suo fondamento e limiti, nelle sue forme e mezzi di attuazione. E in definitiva con esso si impone, consapevolmente, il problema dei rapporti tra diritto penale e ideologia ⁽¹⁾.

Vedi: Capitolo II. Il problema della scienza penale - 1 ☞

Mai nessun'epoca fu, però, e forse mai sarà, così creativamente feconda per le scienze criminali come l'«età aurea» del secolo XIX.

Vedi: Capitolo II. Il problema della scienza penale - 2 ☞

Considerando l'evoluzione delle scienze criminali nel corso dello scorso secolo, bisogna riconoscere, però, che gli sviluppi non hanno corrisposto alle ottimistiche attese: il problema criminale rimane aperto in quegli interrogativi di fondo che tante polemiche e speranze alimentarono tra la fine del secolo XIX e il principio del secolo XX ⁽²⁾.

19. *Gli indirizzi formalistici.* – Il problema della Scienza penale è il problema dell'oggetto (il diritto positivo o anche il diritto metapositivo, il *jus conditum* o anche il *condendum*?) e dei metodi (la logica razionale o l'intuizione emotiva?) di indagine della medesima, perennemente oscillante tra gli opposti estremi dell'u-

⁽¹⁾ Esaminiamo ora il problema della scienza penale, che dovrebbe essere preliminare, perché esso è meglio comprensibile dopo la trattazione del problema della legalità formale e sostanziale e se inquadrato in questa perenne dialettica.

⁽²⁾ MOCCIA, *Carprov e Grozio. Dalla concez. teocratica alla concez. laica del d.p.*, Napoli, 1979; PAGLIARO, *Dir. pen. e cultura europea*, in *Prospettive per un d.p. europ.* (Atti del IV Convegno di d.p. - Bressanone 1967), Padova, 1968, 147; SCHAFFSTEIN, *Die allgem. Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrecht*, Berlin, 1930; Id., *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen, 1954; ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Aalen, 1965. V. inoltre: NUVOLONE, *La scienza pen. all'inizio del sec. XX*, in *Riv. it.*, 1982, 453; GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero pen. tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, Torino, 1997, 9; MANTOVANI, *Il secolo XIX: secolo d'oro delle scienze crim.*, in *Indice pen.*, 2005, 809.

niversalismo antistorico e dello storicismo assoluto, del concettualismo e dell'irrazionalismo.

La storia della scienza penale è, infatti, caratterizzata dalla contrapposizione dialettica tra «*forma*» e «*sostanza*», che trova la propria espressione nei ricorrenti *indirizzi formalistico-giuspositivistici* e *sostanzialistico-metapositivistici*.

Pur se profondamente differenziati nelle premesse e nelle finalità ⁽³⁾, sul terreno pratico gli *indirizzi formalistico-giuspositivistici* presentano il carattere comune di limitare l'oggetto della scienza penale al diritto penale positivo, teorizzando il culto della legge e l'assoluta fedeltà ad essa, e rappresentano l'espressione più rigorosa del principio della legalità formale. Riflettendo come questo una esigenza statica, di conservazione e di stabilizzazione, trovano puntuale riscontro nelle società stabilmente strutturate su leggi condivise dalla coscienza sociale e in cui il diritto scritto soddisfa i bisogni della realtà sociale oppure in certi Stati autoritari in cui la volontà statale espressa dalla legge non è oggetto di discussione. Nell'uno e nell'altro caso la scienza giuridica si limita ad una attività «conoscitiva» e di «sistematizzazione» del diritto positivo.

Vedi: Capitolo II. Il problema della scienza penale - 3 ☞

Ma la più completa e rigorosa espressione del formalismo giuspositivista si ebbe con l'*Indirizzo tecnico-giuridico*, che fece la sua comparsa ufficiale con la prolusione sassarese di Arturo Rocco del 1910 ⁽⁴⁾.

Vedi: Capitolo II. Il problema della scienza penale - 4 ☞

Merito dell'indirizzo tecnico-giuridico è di essersi posto, per la prima volta con coscienza critica, il *problema dell'oggetto della scienza penale*, prima oscillante tra il giusnaturalismo carrariano, l'antropologia lombrosiana e la sociologia ferriana, e di avere portato, con lo «slancio al sistema», il rigore metodologico e l'ordine concettuale del pensiero scientifico laddove prima non esisteva ⁽⁵⁾. Suo vizio e limite è di essersi degradato a una specie di scienza delle «forme», ope-

⁽³⁾ Sul formalismo e i suoi vari significati: BOBBIO, *Sul formalismo giur.*, in *Riv. it.*, 1958, 977; TARRELLO, *Formalismo*, in *N. Dig. it.*, VII, 1961, 571.

⁽⁴⁾ ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del d.p.*, in *Opere giur.*, III, Roma, 1933, 263. Tra gli assertori di tale indirizzo v. anche: MANZINI, *Trattato di d.p. ital.*, Torino, 1981, (ed. aggiorn. da Nuvo-lone e Pisapia), I, 1 ss.; PETROCELLI, *I limiti della scienza pen. e la nuova legisl.*, in *Arch. giur.*, 1931, 203.

⁽⁵⁾ Come rileva il BETTIOL, *Aspetti e problemi dell'attuale scienza penalistica italiana*, in *Indice pen.*, 1974, 275, lo sforzo «logico» verso una «sistemazione ordinata» si manifestò in Italia posteriormente che in Germania ed è particolarmente legato al nome di Delitala. Il suo volume (*Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930) è la prima opera in cui i problemi della dogmatica penale vengono affrontati con chiarezza metodologica moderna, sì che il Delitala è considerato un rinnovatore della scienza penale italiana. Tale opera ebbe anche un significato ampiamente politico. Come il Beling, il Delitala impostò la propria costruzione scientifica sul concetto di *Tatbestand*, che diventa pietra angolare della dogmatica del reato ed ha una funzione garantista delle libertà individuali. Ma mentre il *Tatbestand* del Beling poteva essere accolto con naturalezza nella Germania dell'epoca guglielmina, il «fatto» del Delitala veniva a ribadire analogo significato politico nell'atmosfera di un paese, che da quasi dieci anni subiva le aspirazioni totalitarie fasciste e le tentazioni della legalità sostanziale e dell'irrazionalismo della dottrina tedesca nazionalsocialista.

rando in molti casi un vero e proprio capovolgimento, per cui le nozioni classificatorie strumentali assunsero ad oggetto autonomo della scienza penale.

Vedi: Capitolo II. Il problema della scienza penale - 5 

Pur sempre nel quadro generale del tecnicismo giuridico, ma come reazione agli eccessi e deviazioni, si sviluppò l'*Indirizzo teleologico*. Sfuggendo al dogmatismo puro come anche ad un nebuloso sostanzialismo, esso temperò il metodo logico-formale attraverso il ricorso allo *scopo* della norma, mediante il quale si penetra la corteccia della legge e si individuano il significato e i limiti della norma.

Vedi: Capitolo II. Il problema della scienza penale - 6 

Del metodo teleologico, che quale correttivo del metodo formale-concettuale si è ormai imposto come patrimonio comune della scienza giuridica, sono, sostanzialmente, a tutt'oggi accolte le *regole ermeneutiche*.

E cioè: 1) nei limiti invalicabili, segnati dal testo di legge, va attribuito valore prevalente allo scopo della norma, che non è quello propostosi dai compilatori della legge (interpretazione soggettiva), ma lo *scopo oggettivamente inteso* (interpretazione oggettiva), come tale suscettibile di mutamenti col variare della realtà sociale, onde della norma è possibile una *interpretazione evolutiva*; 2) che ogni norma va interpretata, estensivamente (n. 30) o restrittivamente, in modo che consegua lo scopo assegnatole al momento dell'atto interpretativo e non vada al di là o contro di esso; 3) che tale scopo va ricercato per tentativi e verifiche empiriche (*procedimento esegetico-sperimentale*), scartando via via i significati *assurdi* (cioè elusivi della funzione di guida della norma per l'*insignificanza* o *antinomia* dei risultati prescrittivi), *insufficienti* (cioè non realizzanti in pieno lo scopo di tutela per le *lacune* derivatene), *incoerenti* (cioè non armonizzanti la norma nella coerenza del sistema per i risultati di *sproporzione* giuridica); 4) che, contro l'utopia di un diritto positivo completo ed armonico, si ammette la possibile esistenza di *elementi contraddittori*, non ricomponibili nell'unità del sistema e dovuti alla necessità pratica di contemperare esigenze opposte o alla fallibilità del legislatore. E tali incongruenze non vanno perdute di vista nella costruzione degli istituti e del sistema: se si vuole che questi rispecchino esattamente la realtà giuridica e sociale, il giurista non deve subire la tirannide della logica, ma piuttosto piegare la logica alle necessità della vita ⁽⁶⁾.

Invero, il postulato della razionalità non è tanto un dogma del legislatore, ma uno stimolo per l'interprete per la razionalità dell'interpretazione. Quindi non un postulato di fatto, ma un prodotto dell'attività interpretativa: sempre da perseguire, anche se non sempre conseguito o conseguibile.

20. *Gli indirizzi sostanzialistici*. – Pur muovendo da premesse e finalità diverse od opposte, gli indirizzi sostanzialistico-metapositivistici presentano il carattere comune – in base ad una profonda insoddisfazione verso la legge come fonte del diritto e verso la dogmatica tradizionale – di allargare l'oggetto della scienza penale ad altre fonti sostanziali, dovendosi attingere il diritto anche al di fuori o contro la legge. E costituiscono le diverse espressioni del principio di legalità so-

⁽⁶⁾ Sulle antinomie: NUVOLONE, *Antinomie, fossili e derivazioni nel c.p. ital.*, in *Bollettino dell'Istituto di dir. e proc. pen. dell'Univers. di Pavia*, 1960-61, 11.

stanziale. Esprimendo, come questo, esigenze dinamiche, di innovazione e trasformazione, essi trovano soprattutto riscontro nei periodi di profonde crisi o di rivoluzioni, in cui il diritto positivo collide con la mutata realtà sociale o ne frena il processo di trasformazione. Sicché la funzione della scienza giuridica non è più «conoscitiva» ma «creativa» del diritto, concorrendo a dare vita ad un ordinamento giuridico nuovo.

A) Tra le correnti sostanzialistiche vanno, anzitutto, menzionate quelle *giusnaturalistiche*, che nella loro contrapposizione allo storicismo si ispirano ad un criterio superiore di giustizia, rappresentato dal «diritto naturale»: che dai giusnaturalisti illuministi veniva inteso come complesso di norme creato dalla ragione, immutabile ed universalmente valido, mentre dai giusnaturalisti moderni come un diritto ideale espressione della più compiuta giustizia.

Significativa espressione nel primo senso fu l'indirizzo della *Scuola classica* (n. 168). Mentre gli illuministi (Beccaria, Pagano, Filangeri, Romagnosi, Bentham, Montesquieu, Voltaire, Feuerbach) furono principalmente dei filosofi del diritto o scienziati della legislazione criminale, i classici (Carmignani, Rossi e particolarmente Carrara) furono soprattutto dei giuristi. Per primi enunciarono e trattarono in termini giuridici il problema del reato, che è considerato come un «ente giuridico» e deve, pertanto, essere studiato coi criteri logico-formali con cui si studia il negozio giuridico. E per primi sottoposero, con piena cognizione di causa, ad esame analitico la nozione di reato, distinguendone gli elementi costitutivi e gettando le basi per le indagini compiute dalla dottrina posteriore.

Senonché, muovendo dalle premesse giusnaturalistiche per cui il vero diritto era soltanto quello che scaturiva per logica deduzione dalla verità immutabile della Ragione umana o dalla legge di natura derivante da Dio, i classici respinsero il diritto penale vigente, rappresentato allora dal diritto della Restaurazione, perché contrastante con le concezioni filosofiche e giuridiche da essi professate. E costruirono il loro sistema penale ricavandolo non induttivamente dal diritto positivo, ma deduttivamente da aprioristici principi di *ragione*, sulla base dei quali ritenevano di potere costruire un sistema di norme universalmente valido. Al diritto positivo (costituito per il Carrara dal codice toscano del 1853) ci si richiama solo per suffragare le conclusioni, cui si è pervenuti attraverso i suddetti criteri di ragione. Ed esso deve essere conforme alle leggi razionali di natura, perché appena da esse si discosta, non è più diritto ma abuso.

Benché gli schemi logici carrariani abbiano mantenuto in gran parte la loro validità, rappresentando delle costanti del pensiero penale, la Scuola classica fu viziata da un esasperato «razionalismo» ed «antistoricismo». Ponendosi al di sopra e al di fuori della realtà naturale e sociale, il diritto penale tendeva a cristallizzarsi in una forma eterna. Ed il reato finiva per essere un astratto *ente di ragione*.

B) In antitesi con l'astrattismo razionalistico classico, la *Scuola positiva* (n. 169), ispirantesi al positivismo metodologico, sostituisce allo studio del reato come «ente giuridico» lo studio del reato come prodotto della costituzione individuale o della società e, quindi, dell'«uomo delinquente», e al metodo giuridico-deduttivo il metodo induttivo-sperimentale.

Essa attinge le proprie categorie non dalla legge scritta né da fonti metagiuridiche, ma dall'analisi della realtà naturale e sociale, appoggiandosi per lo più su un concetto di delitto che trova la sua base al di fuori delle singole leggi positive. E si dedica più che alle trattazioni

de jure condito, soprattutto alle proposte riformistiche *de jure condendo*. Nella valorizzazione delle scienze naturali e sociologiche nello studio del delitto, le punte estreme del positivismo tendono a sostituire al diritto penale e alla legalità un sistema di difesa sociale su base criminologica.

C) In posizione dichiaratamente antilluministica si pongono quelle correnti sostanzialistiche che andarono sviluppandosi in Germania dai primi del novecento in poi, connesse con la fioritura di numerose tendenze irrazionalistiche nel campo filosofico e che culminarono con la concezione nazionalsocialista del diritto penale. Mentre in Italia la via verso l'autoritarismo penale fu preparata dall'indirizzo tecnico-giuridico con l'abbandono del giusnaturalismo classico per il giuspositivismo statualista, in Germania la via al totalitarismo penale fu spianata con l'abbandono del legalismo giuspositivistico ottocentesco tedesco per il sostanzialismo metapositivistico.

Respingendo la illusoria «certezza» del diritto per la «concretezza», cioè per il suo più perfetto adeguarsi al caso specifico (giustizia del caso concreto), la *Scuola del diritto libero* ⁽⁷⁾ propugna l'idea di un diritto di creazione giudiziale. Diritto che è «ricercato» caso per caso dal giudice, che lo attinge liberamente dalla comunità sociale e dalla sua stessa coscienza, ed è chiamato a colmare i vuoti, indeterminanze e incertezze, connaturali della legge scritta. Anche tale scuola postula un diritto, in un certo senso naturale, ma di tipo diverso da quello razionalistico-immutabile, perché è a contenuto variabile, mobile, interpretato giudizialmente.

Ma il più radicale sovvertimento non solo dell'oggetto giuspositivistico ma dello stesso metodo logico-razionale della scienza penale tradizionale si ebbe con l'irrompere dell'*irrazionalismo* o *intuizionismo* della *Scuola di Kiel* ⁽⁸⁾, che caratterizzò il pensiero giuridico tedesco nel fosco periodo mitico-razziale tra il '33 e il '45, investendo globalmente la teoria delle fonti e la teoria dell'interpretazione. Viene respinta la conoscenza razionale per concetti perché ritenuta conoscenza soltanto formale per categorie astratte, che uccide l'essenza di ogni fenomeno giuridico, impedendo di coglierlo nella sua concreta *individualità*. Così come viene abbandonata ogni elaborazione sistematica che uccide la vita e ferma il continuo divenire della storia in un sistema di forme ischeletrite. Ad esse va sostituita la *conoscenza emozionale-sentimentale*, fondata sulla intuizione, poiché essa sola consentirebbe di cogliere l'essenza individuale di ogni fenomeno giuridico. E questa intuizione delle singole individualità giuridiche deve essere raggiunta dal giudice mettendo in contatto la legge penale col sentimento proprio e con quello del Popolo, con la coscienza giuridico-popolare, fonte prima del *diritto penale del sentimento* (*Gefühlsstrafrecht*).

⁽⁷⁾ Fondatore fu il KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906.

⁽⁸⁾ Rappresentanti più notevoli: DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935; Id., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1937, 282 ss.; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in vol. *Grundfragen*, cit.; Id., *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem*, in *ZStW*, 1938, 295 ss. Sulle correnti dell'irrazionalismo, v.: BETTIOL, *Sui recenti orientamenti metodol. nello studio del d.p.*, in *Scritti*, cit. I, 479; Id., *Diritto pen.*, cit., 78 e AA. cit.; NUVOLONE, *Il momento pen.*, in *Trent'anni*, cit., I, 140.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer