

*Giorgio Licci*

**Figure del  
diritto penale**

**Il sistema italiano**

*V edizione*



**G. Giappichelli Editore**

# Premessa

*Prima ancora di essere parziale e selettiva per esigenze di sintesi, questa opera è parziale e selettiva perché dedicata al sistema penale italiano, cioè ad una species di un più ampio genus: è noto, infatti, come nel mondo accademico, molti libri enfaticamente denominati: “diritto penale”, o “manuale di diritto penale”, sottintendano cripticamente il predicato: ‘italiano’ (oppure tedesco, francese etc. ...).*

*Circoscritti i confini del lavoro relativamente al suo oggetto, è bene formulare un breve cenno anche al profilo diacronico: con questa edizione, giunge a compimento un itinerario iniziato nel 2008.*

*Il disegno originario dell'opera prevedeva di tracciare, in termini di massima sintesi, i lineamenti del sistema penale italiano, identificandone le categorie ordinanti ed emancipando il quadro di insieme dalla presupposizione, diffusa nella manualistica contemporanea, che l'ordinamento giuridico presenti una struttura monolitica.*

*In questo contesto, si collocava, sin dall'inizio la presa d'atto che l'ordinamento italiano non è un sistema compatto, bensì un sistema connotato da una tendenziale dissociazione delle sue principali macrocomponenti (legale, dottrina, giurisprudenziale), dalla cui competizione emergono almeno tre sottosistemi coesistenti e, talora, in reciproco conflitto.*

*Il diffuso tentativo di presentare un ordinamento giuridico come un sistema monolitico e coerente genera, infatti, illusioni ottiche, destinate a cadere sotto le smentite della realtà e ad occultare come ogni sistema normativo consista in un ordine astratto, dove le pretese del costruttivismo razionalistico sono continuamente poste in crisi dalla dinamica teleologica che connota il mondo della produzione giuridica.*

*Proprio al fine di dar conto di questa complessità, il lavoro aspira ad articolare tendenzialmente ogni argomento nel peculiare accostamento di*

*ciascuno dei principali macroformanti. Il progetto di suddividere ogni capitolo in tre tranches, pertinenti il formante legale, il formante sapienziale e il formante giudiziale, non è perseguito in modo rigido ed inderogabile, anche perché ogni tematica presenta caratteristiche proprie, che talora implicano di offrire maggior spazio alla legge, talora alla iuris prudentia sapienziale, talora alla iuris prudentia giudiziale.*

*Il contenuto del libro è mutato, rispetto al disegno originario, anche sotto altri aspetti. Nel corso di sole cinque edizioni, una bande à professeurs, di brassensiana memoria, si è adoperata, senza sosta, al fine di “chasser les dieux du firmament”.*

*In realtà, nonostante questo sconsiderato tentativo, non si può ancora affermare: «le grand Pan est mort». Al contrario, il codice Rocco è in procinto di compiere un secolo di vita. Tuttavia, poiché inetti legislatori non sono stati in grado di sostituirlo, professori e magistrati si sono inventati un codice fasullo, a proprio uso e consumo, che non esiste nella legge vigente, ma che viene presentato agli studenti e ai pratici del diritto con la beffarda formula del ‘diritto vivente’.*

*Non diversamente dalla favola dei “vestiti dell’Imperatore”, era inevitabile che si levasse una voce a denunciare i troppi modelli mentitori, frutto di fantasie esterofile e di velleità inappagate. E questa voce, paradossalmente, non proviene dagli epigoni della scuola dell’esegesi, bensì dal primo degli studiosi che, facendo tesoro dell’esperienza comparatistica, ha posto a confronto, sistematicamente, i diversi formanti dell’ordinamento penale italiano.*

*L’obbligo morale, ineludibile per i giuristi seri, di farsi carico dell’incombenza di smascherare criptotipi e modelli mentitori, ha, dunque, modificato il disegno originario dell’opera: mano mano che le categorie fondamentali del pensiero penalistico si appannavano, dissolvendo i reciproci confini, e mano mano che il conflitto fra le macrocomponenti del sistema tendeva a dissolvere lo Stato di diritto nella babele di uno Stato di giurisdizione, connotato dal nichilismo giuridico, si è posta in primo piano l’esigenza di affiancare ai contenuti teoretici essenziali una doverosa denuncia della crisi di legalità in cui versa l’ordinamento italiano.*

*È avvenuto, così, che, nell’ambito di un lavoro per vocazione sintetico, ha occupato uno spazio sempre maggiore l’istanza problematizzante, generando, per certi versi, una mutazione filogenetica dell’opera, sempre meno sinottica e schematica e sempre più trattatistica, pur nei confini dell’intento originario.*

*L’esigenza di fondo, cui il libro intende rispondere, rimane, peraltro,*

*inalterata: non già divulgare, parafrasandoli, i contenuti della legge penale e riassumere le principali decisioni giudiziali, bensì offrire al lettore un metodo per accostarsi autonomamente alla problematica penalistica.*

*La differenza fra il divulgatore e l'iniziatore riposa sulla circostanza che il primo fornisce un prodotto preconfezionato, mentre il secondo prospetta filtri teoretici e indicazioni metodologiche, al fine di suggerire un approccio critico che consenta all'iniziato non solo di lavorare, in futuro, con la propria testa, ma altresì – se il caso – di criticare gli stessi suggerimenti del Maestro.*

*Come in tutti gli scritti intesi a delineare un quadro organico di una peculiare esperienza penalistica, l'identità del lavoro dipende dall'equilibrio intercorrente fra accostamenti problematici interferenti. Precisamente, gli approcci problematici di fondo sono sintetizzabili essenzialmente in due coppie concettuali, che pongono a confronto, da un lato, la scienza (cioè la conoscenza teoretica) e la tecnologia (cioè l'applicazione delle teorie al mondo dell'operatività) e, dall'altro, la teoria generale dei sistemi giuridici e il diritto positivo locale.*

*Le due coppie concettuali si sovrappongono, generando una doppia dicotomia, corrispondente, sul piano letterario, al confronto fra trattatistica e manualistica, e, sul piano cognitivistico, al confronto fra la teoretica e l'ermeneutica.*

*Per quanto riguarda la distinzione fra trattatistica e manualistica, viene in considerazione la difficoltà di ascrivere il presente lavoro ad un preciso genere letterario: l'attenzione alle premesse metateoriche e alla collocazione dei problemi entro precisi sfondi problematici alla luce di precise categorie ordinanti affranca quest'opera dalla manualistica italiana contemporanea, per avvicinarla incoativamente alla trattatistica, da cui, peraltro, rimane lontana, per diversi ordini di ragioni, fra cui l'assenza di note e l'opzione sintetica, intesa a separare la sfera dell'essenziale da quella del contingente e a contenere al massimo le citazioni dottrinali e giurisprudenziali. È, infatti, l'attenzione all'essenziale il connotato che maggiormente differenzia questo lavoro dalle pubblicazioni costrette da una malintesa velleità di tendenziale completezza ad appiattire e a rendere indistinguibili i temi fondamentali dai dettagli marginali.*

*Questo lavoro non persegue, dunque, un irraggiungibile orizzonte di completezza, quanto il fine di esplicitare tutta una serie di considerazioni funzionali a far sì che l'opera, nel suo rispondere a canoni di rigorosa criticità, non trascuri di individuare i criptotipi e di smascherare i modelli mentitori che si annidano nelle proposizioni declamatorie della legislazione, della letteratura e della giurisprudenza penalistica.*

*L'ultimo rilievo formulato introduce la problematica pertinente la seconda coppia concettuale. Non è revocabile in dubbio, infatti, che il rendere esplicito ciò che è occulto, l'ordinare, il semplificare e – se possibile – il ridurre ad unità la complessità, così come il formulare ipotesi in ordine alla struttura e alla natura dei fenomeni, costituiscono, in definitiva, connotati di quella conoscenza congetturale, per sua natura precaria e provvisoria, che si attua tramite la teorizzazione e che ha per risultati le teorie.*

*Bien entendu, anche questo lavoro, come tutti quelli che si confrontano con il diritto positivo, sconta il limite proprio di tutti i discorsi giuridici diversi da quelli di impronta esclusivamente giusrazionalistica: l'esigenza di non perdere di vista il diritto vigente, cioè un fenomeno mutevole ed effimero, destinato ineluttabilmente ad essere sostituito nel tempo da un diverso impianto tassonomico. Questa circostanza mi impedisce di poter scrivere, come il poeta, *erexi monumentum aere perennius*, ad eccezione di quanto attiene il profilo metodologico, l'apparato categoriale e, prima ancora, talune premesse metateoriche, le quali sono, appunto, le fondamenta ineludibili di qualsiasi testo scientifico.*

*Nel quadro di un lavoro avente per oggetto precipuo un peculiare sistema, viene, dunque, nuovamente in considerazione la già cennata difficoltà di conciliare l'analisi dei genotipi penalistici con l'analisi di un peculiare fenotipo (l'ordinamento italiano) di un più generale genus (il diritto penale): riprendendo una metafora di Eisenmann, a sua volta debitrice del pensiero di Benjamin Whorf, un approccio che risolve l'universo giuridico nel diritto locale corrisponde, in sostanza, ad un corso di botanica integralmente dedicato ad un'unica specie vegetale.*

*Entro il quadro necessariamente autolimitativo di questa seconda opzione, possono essere individuati, mediante una riduzione-semplificazione, due approcci problematici di fondo.*

*Un primo accostamento rileva come il giurista autoctono soffra di pre-sbiopia: abituato a confrontarsi sempre con le stesse problematiche, peculiari di un preciso sistema, il giurista territoriale non si avvede dei criptotipi di cui è intessuto il suo sapere e perciò pecca di mancanza di senso critico, perché tende a relegare nella sfera delle ovvietà tutta una serie di presupposizioni che, in realtà, ovvie non sono.*

*Un secondo orientamento, antitetico al primo, tesse l'elogio della vocazione esegetica del giurista indigeno. Il vocabolo 'indigeno' non è qui adottato a caso: esso fu originariamente impiegato da Francesco Carnelutti, per esortare lo studioso autoctono a tener conto della letteratura straniera, al fine di evitare un approccio provinciale e riduttivo, ed è stato ripreso, di recente, da Marcello Gallo, per uno scopo antitetico a quel-*

*lo carneluttiano, cioè per criticare la diffusa tendenza sapienziale di aderire incondizionatamente alla dottrina tedesca, anche quando i suoi modelli concettuali e linguistici risultino incompatibili con l'esegesi del diritto locale.*

*Altro è, infatti, l'imitazione del diritto positivo straniero, altro è l'imitazione della dottrina straniera.*

*Alla evoluzione filogenetica del linguaggio penalistico italiano, esaminata alla luce delle leggi del diffusionismo, ho dedicato altri studi, anche monografici, ai quali è opportuno fare rinvio, in quanto una elencazione esauriente degli esempi di importazione dei modelli concettuali e semantici dalla dottrina tedesca che si trasformano, nel contesto italiano, in modelli mentitori, sarebbe incompatibile con i limiti che si propone questo lavoro.*

*La prassi di taluni studiosi, intesa a mutuare le loro ricostruzioni dalla dottrina tedesca, adattandole forzosamente alla legge italiana, sarà criticata, perciò, di volta in volta, soltanto in merito a quelle singole costruzioni sapienziali che maggiormente nascondono un'attitudine concettualistica esiziale per la cultura giuridica (intendendo per concettualismo l'inversione metodologica che pretende di incasellare il reale in categorie concettuali avulse dall'oggetto effettivo dell'indagine scientifica).*

*Per assecondare la duplice esigenza di individuare i modelli occulti e di smascherare i modelli mentitori, di cui l'ordinamento locale è intessuto, occorre fare tesoro dell'aspetto più essenziale e durevole del tecnicismo giuridico, cioè l'aspirazione a considerare il diritto come una scienza autonoma, popperianamente libera di determinare il proprio oggetto e i propri metodi, ma inesorabilmente destinata a confrontarsi, attraverso un paziente lavoro esegetico, con un preciso impianto tassonomico.*

*Questa attenzione al diritto vigente è contrastata, nell'ordinamento italiano contemporaneo, dalla beffarda formula del 'diritto vivente', generata dalla dissociazione fra i formanti del sistema e divenuta specchio di un conflitto in atto fra i fautori dello Stato di diritto, eredi del primato della legalità, e i fautori dello Stato di giurisdizione, intesi ad instaurare il predominio del formante giudiziario nella produzione giuridica.*

*Nel contempo, a questo conflitto interno all'ordinamento locale si è sovrapposto il conflitto fra lo Stato italiano e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale reitera le sue condanne per il vulnus che il nostro Paese, non di rado con la benedizione della Corte costituzionale, arreca sistematicamente alle garanzie dei cittadini.*

*Confrontarsi con questi conflitti richiede sovente di valersi del regard éloigné del comparatista e dei filtri cognitivi del filosofo del diritto. Infatti, rubando le parole ad un autorevole studioso, "la dottrina non deve rassegnar-*

*si a divulgare ciò che fa la pratica, perché la scienza è troppo preziosa per occuparsi di questi dati banali e transeunti e perché i grandi insegnamenti fioriscono quando gli studiosi hanno cura di parlare ad un livello più elevato della regola giuridica immediatamente applicabile”.*

Marzo 2021

AVVERTENZA: nel testo che segue, i confronti (cfr.) indicano, in successione, la parte (indicata in numero romano), il capitolo (indicato in carattere stampatello) e il paragrafo (indicato in corsivo) che vengono, di volta in volta, richiamati.

*Parte Prima*

*Del diritto  
e della legge penale*





# 1

## *Figure di realtà e figure di diritto*

*Sommario:* 1. Astrazione e figurazione. – 2. Le figure giuridiche. – 3. La pluri-dimensionalità del diritto. – 4. Normativismo e realismo giuridico. – 5. Teoria della norma. – 6. Il diritto come sistema informativo-normativo. – 7. Fatto giuridico e fattispecie.

### 1. *Astrazione e figurazione.*

La realtà, nel suo primo apparire, è un complesso caotico di fenomeni che l'apparato conoscitivo di ogni essere vivente tenta di decodificare attraverso strumenti fisici ed intellettuali che si sono evoluti in direzioni diverse nel corso di esperienze millenarie. Queste esperienze hanno generato, per ogni essere animato, un preciso orizzonte noetico.

Da quando la pittura moderna e, successivamente, la meccanica quantistica hanno dissolto il mito che la ricostruzione intellettuale della realtà costituisca un'operazione imitativa e ne hanno colto il carattere astratto, l'analisi e l'esposizione degli aspetti fondamentali di un sistema giuridico non può ridursi al modello delle *mirror theories* positivistiche, che avanzavano la pretesa di costituire uno specchio fedele della realtà indagata.

Lo studioso, non essendo onnisciente, non può osservare la realtà adottando il punto di vista dell'occhio di Dio, perché la conoscenza, in quanto antropologicamente condizionata, è necessariamente selettiva.

Già a partire dall'esperienza presensoriale, la conoscenza umana astrae dalla (apparenza della) realtà gli aspetti ritenuti più interessanti e li ricomponesse in figure significanti.

Queste *figure* di realtà contengono necessariamente meno della realtà, perché sono selettive, ma contengono qualcosa di più della realtà, perché attribuiscono ad essa un significato.

## 2. *Le figure giuridiche.*

Le figure del diritto rendono ragione di un certo tipo di fenomeni, corrispondenti ad un certo genere di relazioni intersoggettive, intercorrenti fra esseri viventi.

In linea generale, si può dire che la *conoscenza giuridica* astragga dalla realtà un tipo di relazione caratterizzata dalla circostanza che ad una premessa condizionante corrisponde una risposta condizionata.

La struttura di questa relazione è riassumibile nel periodo ipotetico sintetizzato nella *formula di Kelsen*:

se A, deve essere B  
(*wenn A, soll B sein*)

In questa formula, A è la premessa condizionante, denominata fatti-specie, e B è la risposta condizionata, denominata sanzione.

Non occorre che questo schema sia verbalizzato, né consapevole.

Il diritto animale non è verbalizzato, ma risponde a questo filtro cognitivo: si pensi alla delimitazione delle riserve di caccia fra i carnivori (ove la sanzione consiste nell'aggressione del trasgressore), oppure, nelle società dei primati, alla emarginazione dal gruppo dell'individuo che mostra di non condividere il sistema di potere vigente. In tutti i casi, la relazione sociale esaminata corrisponde allo stesso periodo ipotetico: se ti comporterai nel modo A, riceverai una risposta B.

Si delineano, pertanto, due diversi accostamenti alla figura-diritto: il primo si avvale del periodo ipotetico normativo come filtro di lettura della realtà, cioè come strumento di conoscenza; il secondo considera il diritto come un linguaggio, oggetto di conoscenza.

Al primo aspetto ho dedicato altri libri.

Questo lavoro, dedicato in prevalenza al diritto positivo, allude essenzialmente alla fenomenologia giuridica nella seconda accezione.

Dunque, il periodo ipotetico normativo non è soltanto un filtro epistemologico alla luce del quale leggere le relazioni intersoggettive, ma è anche l'oggetto di un linguaggio, che, negli esempi finora formulati, non è verbalizzato, ma che può essere consapevolmente tradotto in parole.

In proposito, bisogna evitare di cadere nell'illusione ottica che identifica il diritto umano con il diritto verbalizzato. Solo una piccola parte del diritto umano, infatti, è consapevolmente espressa in un sistema coerente di segni e simboli, mentre una gran parte di rapporti giuridici vive nella sfera sommersa delle relazioni implicite e latenti, che è compito della ricerca scientifica esplicitare.

Non tutti i modelli giuridici, infatti, sono percepiti ed esplicitati con parole. Per esempio, quando si asserisce che la titolarità di un rapporto giuridico compete alle persone fisiche o alle persone giuridiche, si trascura di specificare che alla prima categoria appartengono le sole persone umane viventi, il che non è affatto ovvio, atteso che, in alcuni paesi africani, i morti, gli animali e gli spiriti sono titolari di diritti e destinatari di sanzioni.

Il *criptotipo*, cioè il modello nascosto, proprio perché considerato come un'ovvietà, tende a sfuggire all'analisi scientifica e, perciò, ad essere sottratto al controllo critico.

### 3. *La pluridimensionalità del diritto.*

Una volta inteso il diritto come complesso di fenomeni non necessariamente oggetto di consapevolezza e di verbalizzazione, bisogna riconoscere che la fenomenologia giuridica si sdoppia, a sua volta, in una duplice dimensione: il diritto può essere inteso come il tessuto di un ordine spontaneo, oppure come l'impianto tassonomico (dal greco *Nomos* = legge), cioè l'ordinamento sistemico e reticolare di un'organizzazione umana deliberatamente pianificata.

Adottando la terminologia suggerita da F.A. von Hayek, il diritto può essere inteso come *Cosmos*, cioè come ordine spontaneo e astratto, o come *Taxis*, cioè come ordine di una struttura sociale organizzata secondo un disegno cosciente e razionale.

Il penalista è abituato a confrontarsi soprattutto con la seconda dimensione, ma limitare l'analisi all'impianto tassonomico esplicito significa trascurare tutte le componenti occulte (criptotipi) o mentitorie che – pur rimosse dalla letteratura penalistica più diffusa – operano nei sistemi complessi.

Non diversamente da altri linguaggi, il diritto rientra, infatti, nel novero di quei risultati dell'interagire di più soggetti che, nella loro totalità, non costituiscono il prodotto cosciente di un progetto, bensì il

portato inintenzionale di attività destinate ad altri scopi. Per chiarire il significato del teleologismo inintenzionale che connota la dinamica di un *Cosmos*, Popper e Hayek formulano l'esempio dell'animale di grossa taglia, il quale, intenzionalmente, irrompe dalla boscaglia per andare ad abbeverarsi e che, nel farlo, inconsapevolmente, costruisce un sentiero nella foresta che, come tale, sarà inteso ed utilizzato dagli altri animali.

Accanto a questa dimensione spontanea e teleologica, si affianca la dimensione costruttivistica delle relazioni giuridiche frutto di un disegno razionale, come l'impianto tassonomico degli ordinamenti positivi.

Nel *diritto positivo*, cioè posto da un'autorità che si fa garante dell'attuazione coattiva della sanzione, sia la parte condizionante che la parte condizionata della norma sono abitualmente espresse tramite enunciati normativi contenuti in un testo redatto in forma scritta e reso conoscibile attraverso meccanismi di pubblicazione (la legge italiana viene resa pubblica con la stampa sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica).

Come avviene nella maggioranza degli ordinamenti occidentali, il sistema penale italiano è posto da un'autorità che avanza la pretesa di assicurarne l'effettività tramite un apparato coattivo.

Il carattere positivo dell'ordinamento giuridico italiano e, al suo interno, dell'ordinamento penale, non deve porre in ombra la pluridimensionalità, la quale – come si vedrà oltre – emerge dalla costellazione di fattori che lo generano (*i formanti*) e dalla dinamica teleologica dei modelli giuridici, espliciti o criptici, che – in via di invenzione o tramite importazione – vengono introdotti nel sistema.

Le due dimensioni della fenomenologia giuridica convivono, si sovrappongono e interferiscono in tutti i sistemi, anche in quelli più autoritari (e addirittura nei sistemi totalitari), perché la varietà delle situazioni problematiche e dei rispettivi tentativi di risoluzione è talmente ampia che la conoscenza dispersa nella società non risulta mai padroneggiabile da una singola mente, ancorché posta al vertice dell'apparato coattivo.

La fenomenologia giuridica costituisce, perciò, il portato di un equilibrio precario fra le due dimensioni di ordine spontaneo autopoietico (cioè di un ordine che si genera e modifica da solo) e di ordine artificiale costruttivistico (cioè di organizzazione progettata e costruita deliberatamente per assolvere a scopi intenzionalmente perseguiti). La dinamica interna di questo conflitto muove attraverso un itinerario teleologico di stampo hayekiano, dipendente dall'adattamento evolutivistico ad una moltitudine di circostanze (prodotte da, e) produttive

di mutamenti che, nella loro globalità, non sono voluti da nessuno in particolare.

#### 4. *Normativismo e realismo giuridico.*

Nei sistemi ove il diritto è verbalizzato, le relazioni giuridiche presentano un connotato di grande rilievo: la comparsa della figura del terzo, in veste di mediatore (fra le parti) o di arbitro (sopra le parti).

Nelle società a potere centralizzato si assiste all'istituzionalizzazione della figura del terzo, cioè di un soggetto deputato a dirimere i conflitti.

Questa figura, da Hobbes in poi, è alla base della teoria della sovranità.

A porre la norma e a garantirne l'effettività si erge un ordinamento sovrano nelle sue dimensioni legislativa, esecutiva e giudiziaria, indistinte nella monarchia assoluta e separate nelle democrazie occidentali contemporanee.

Sudditi o cittadini, i soggetti appartenenti ad un ordinamento positivo si trovano a confrontare i propri comportamenti con un impianto tassonomico che assume, in progresso di tempo, un'astrattezza ed un'impersonalità sempre crescenti.

In questo contesto, si delineano le due fondamentali posizioni teoriche del giuspositivismo: il normativismo continentale e il realismo scandinavo e statunitense.

Per la concezione normativistica, la norma – nella sua generalità ed astrattezza – costituisce il nucleo fondamentale del diritto, mentre la pronuncia giudiziale, che applica la norma al caso concreto, costituisce una sorta di fenomeno accessorio, ancorché non puramente dichiarativo di un significato preesistente.

Invece, la tradizione del *realismo giuridico* configura il diritto come un fenomeno psicologico e sociologico, che ha il suo punto focale nelle pronunce giudiziali. Oggetto centrale dello studio del diritto sono perciò le sentenze, cioè le decisioni dei casi sottoposti al giudice, rispetto alle quali la norma generale ed astratta, posta dal legislatore, regredisce a mero materiale preparatorio.

Ognuna delle due impostazioni è – e non potrebbe non essere – teoreticamente condizionata ed espressiva di un peculiare accostamento problematico.

Le premesse epistemologiche di questi due modelli di pensiero, im-

pregnate di positivismo scientifico, sono in gran parte dissolte. Tuttavia, questo retaggio del giuspositivismo non può essere trascurato, perché queste concezioni hanno costituito il terreno di incontro e di scontro delle teorie sull'interpretazione, cioè sull'attività intellettuale intesa ad attribuire significati ai contenuti di disposizioni normative formulate dal legislatore o da altra autorità.

### 5. *Teoria della norma.*

Nel contesto del giuspositivismo del secolo scorso, la scienza giuridica austro-tedesca era pervenuta a formulare la *dottrina pura* (cioè non contaminata da proposizioni sociologiche o comunque extragiuridiche) *del diritto* e, nel contesto di questa, la configurazione della norma come periodo ipotetico astratto.

La configurazione kelseniana della norma come un periodo ipotetico del tipo: «Se A, deve essere B» riflette l'accostamento problematico proprio del *formalismo giuridico*.

Sebbene, come si avrà occasione di argomentare nel paragrafo seguente, taluni aspetti del formalismo giuridico non siano condivisibili, il pregio di tale approccio è costituito dalla capacità di individuare l'essenza del fenomeno giuridico in un preciso connotato strutturale.

La giuridicità, nel modello di Kelsen, viene risolta nel *rapporto di imputazione* in base al quale l'ordinamento attribuisce determinate conseguenze (B) a determinate premesse (A).

Secondo il modello kelseniano, la *norma giuridica* è una proposizione generale ed astratta, idonea a qualificare una serie indeterminata di situazioni concrete, conferendo alle stesse un'identica disciplina.

L'immagine di diritto suggerita con la formula di Kelsen, come tutte le figure della conoscenza teoretica, non avanza una pretesa di verità. Lungi dall'essere assoluta ed esaustiva, l'immagine di diritto richiamata corrisponde alla concezione giusfilosofica del *normativismo*, che configura i fenomeni giuridici essenzialmente come complesso di enunciati normativi suscettibili di interpretazione e di applicazione giudiziale.

Il normativismo kelseniano ha il pregio di evidenziare come, dal punto di vista strutturale, la norma sia una relazione fra una premessa condizionante ed una risposta condizionata.

La *fattispecie*, cioè la premessa condizionante, è l'immagine astratta di un fatto (*facti species*), cui l'ordinamento collega una risposta sanzionatoria (che, nel diritto penale, è attuata coattivamente).

La *sanzione* è l'apodosi del periodo ipotetico normativo, espressa da un lemma etimologicamente legato alla radice del sanscrito SAK (che esprime la nozione di esistere e di rendere esistente), presente nel latino *sancire*. Il vocabolo *sanctio* è, infatti, la sostantivizzazione del participio passato (*sanctum*) del verbo *sancire*.

Ulpiano, definendo *sancta* le realtà *quae neque sacra neque profana sunt*, ci informa che mentre il 'sacro' ed il 'profano' attengono di per sé alle rispettive sfere del divino e dell'umano, il 'santo' non ha una valenza ontologicamente determinata, perché questo attributo spetta al risultato di un giudizio. In altre parole, il 'santo' è il frutto dell'attività del sancire, cioè il frutto di una qualificazione.

A questo significato si rifà la corrente di pensiero che considera la (sanzione della) norma giuridica come un *giudizio di valore*. Questa configurazione è stata confutata, osservando che, in senso proprio, i giudizi di valore sono giudizi personali e soggettivi, mentre la qualificazione giuridica avanza la pretesa di essere portatrice di un significato oggettivo. Inoltre, la norma presuppone un giudizio, ma non si identifica con un giudizio.

Si è allora osservato che la prospettazione di una sanzione è funzionalmente preordinata ad orientare il comportamento dei destinatari. In particolare, la prospettazione di una misura sfavorevole ed afflittiva, quale è la sanzione penale, è strumentale alla dissuasione dal tenere un certo comportamento. Muovendo da questo rilievo, l'*imperativismo* configura la norma giuridica come un comando travestito da periodo ipotetico, cioè come un precetto generale ed astratto, avente per oggetto una regola di comportamento rivolta ad una collettività di destinatari (privati cittadini, giudici, funzionari di polizia, etc.).

Questa concezione si riflette etimologicamente nella terminologia diffusa in Francia e in Inghilterra, la quale identifica la parte condizionante dell'enunciato normativo con i vocaboli: *règle*, *rule*, etc. Di qui l'idea che la norma giuridica sia una regola di comportamento e che il diritto consista in un complesso di imperativi assistiti da sanzioni e rivolti da un'autorità sovraordinata ad un soggetto sotto-ordinato.

Il reato, cioè l'illecito penale, sarebbe allora l'inadempimento di una pretesa normativa sanzionato con una misura afflittiva, comminata dal legislatore, irrogata dal giudice e attuata coattivamente dalla forza pubblica.

Secondo il modello imperativistico, formulato da August Thon alla fine degli anni trenta, a monte della sanzione penale si porrebbe dunque il rimprovero di aver trasgredito un comando. Questo profilo conferisce all'imperativismo una connotazione tendenzialmente eticizzante, irreali-



stica ed inadatta alla fisiologia del diritto penale contemporaneo. Infatti, non spiega perché la norma penale sia applicabile, nell'ordinamento italiano (e in numerosi altri sistemi punitivi), anche agli incapaci di intendere e di volere, così come non spiega perché sussistano forme di responsabilità oggettiva.

Se concepito in termini imperativistici, l'ordinamento contraddice se stesso: l'approccio imperativistico contrasta con tutta una serie di disposizioni legislative incompatibili rispetto alla concezione che identifica la norma penale con un comando.

Un orientamento di pensiero *neo-imperativistico*, suggerito da Karl Olivecrona, nel contesto del realismo giuridico scandinavo, ha allora precisato che la norma, pur non essendo un comando, è congegnata in modo tale da poter funzionare come un comando. A questo scopo, la comminazione di sanzioni collegate alla commissione di un certo comportamento è resa potenzialmente conoscibile alla collettività (per esempio, tramite pubblicazione della legge sulla *Gazzetta Ufficiale*). L'ordinamento, in sostanza, non si cura della conoscenza effettiva dei contenuti legislativi, ritenendo condizione sufficiente per la validità del precetto la sua conoscibilità potenziale ed astratta.

## 6. *Il diritto come sistema informativo-normativo.*

Acquisito che, pur essendo destinata ad operare come un comando, la norma penale non è un comando, resta ancora da stabilire cosa essa sia.

La risposta più interessante, formulata da Enrico di Robilant, colloca tale figura nel contesto problematico dei *sistemi informativo-normativi*. Il sistema penale è informativo perché rivolge un messaggio astratto ad un uditorio indeterminato (informando delle conseguenze cui va incontro l'individuo, adottando questo o quel comportamento) ed è normativo perché, informando sulle conseguenze giuridiche dei comportamenti, si propone di orientare le condotte dei destinatari.

Non diversamente dall'informazione normativa dell'economia e delle religioni istituzionalizzate, i messaggi generali ed astratti contenuti nelle disposizioni giuridiche possono essere percepiti o meno, compresi o meno, ritenuti vincolanti o meno, ma operano indipendentemente dalla effettiva conoscenza e dalla effettiva adesione da parte del destinatario. L'ordinamento ritiene, infatti, sufficiente, per legittimare l'irrogazione della sanzione, la mera conoscibilità del messaggio normativo.

La riconduzione dell'ordinamento giuridico alla figura dei sistemi informativo-normativi corrisponde, tra l'altro, all'etimologia del vocabolo 'norma', contrazione del termine greco *gnórima*, che sostantivizza il verbo *gnorizein* (conoscere, far conoscere): la *norma* è un messaggio generale ed astratto rivolto ad un uditorio potenziale e indeterminato (ancorché determinabile tramite criteri a loro volta generali ed astratti).

Dal punto di vista funzionale, più che una regola di comportamento, si potrebbe dire che la norma sia un modello di comportamento.

La *norma* penale, astrattamente posta dal legislatore mediante una serie di enunciati legali, è un messaggio informativo avente la struttura formale di un periodo ipotetico e la funzione potenziale di orientare il comportamento tramite la dissuasione esercitata dalla prospettiva di una sanzione afflittiva.

Il messaggio del legislatore penale, al pari degli altri messaggi informativo-normativi, è un messaggio del quale ognuno dei potenziali destinatari (privati, magistrati, funzionari di polizia, etc.) può tenere (o non tenere) conto e le cui sanzioni si applicano in base a regole di validità che, in linea di principio, prescindono dall'effettiva percezione che ne abbia il soggetto.

A differenza dell'imperativismo, che postula un collegamento fra due volontà, e perciò un gioco a due giocatori, l'universo dei sistemi informativi riguarda un gioco a più giocatori, ove l'informazione legale compete con una miriade di altre informazioni normative (cioè con messaggi potenzialmente orientativi del comportamento, provenienti da orientamenti etico-religiosi, dall'economia, dalla moda, etc.) nessuna delle quali avanza (né potrebbe avanzare) la pretesa di esclusività e nessuna delle quali implica necessariamente che il potenziale orientativo si traduca in un oggettivo orientamento comportamentale.

L'individuo, quali che siano le sue qualità fisiopsichiche, è coinvolto, per il fatto solo di vivere in una società complessa, nel vortice di una pluralità di sistemi e sottosistemi informativo-normativi interferenti ed in reciproca competizione, che influiscono sul suo destino, anche quando questi non abbia inteso le regole del gioco o comunque non sia in grado di padroneggiarle.

Non tutti gli estremi di una norma giuridica posta autoritativamente sono contenuti nella stessa disposizione normativa. Bisogna allora distinguere gli *enunciati normativi* (cioè le proposizioni contenute nei singoli commi di un articolo di legge) dalla norma reale.

La *norma (reale)* è la risultante di tutti gli enunciati normativi che concorrono a qualificare una vicenda storica; correlativamente, la *fattispecie*

(*reale*) è l'insieme di tutti gli enunciati normativi condizionanti la qualificazione della vicenda storica e perciò la produzione dell'effetto giuridico.

Alla norma (*reale*), risultante dal combinato disposto di tutte le proposizioni normative che concorrono a qualificare una situazione di fatto, si perviene attraverso un procedimento interpretativo.

Poiché la norma è un nesso pensato fra determinate situazioni e determinate conseguenze giuridiche, ogni modifica di una delle due parti del periodo ipotetico normativo influisce sistemicamente sull'altra, determinando una norma diversa. Inoltre, poiché tutto ciò che influisce sulla sanzione rappresenta un momento della fattispecie, quest'ultima comprende, in linea di principio, tutti gli elementi condizionanti la sanzione, inclusi quelli disciplinati dal codice di rito. Infatti, nella fattispecie reale rientrano, in linea di principio, anche le disposizioni processuali inerenti la perseguibilità del fatto.

Nel prosieguo del discorso, le figure del diritto processuale non saranno oggetto di esame, se non in via incidentale, e perciò si adotterà una nozione restrittiva di norma reale, limitata agli aspetti sostanziali.

## 7. *Fatto giuridico e fattispecie.*

Il compito del giudice consiste nell'individuare, nell'ambito di una vicenda storica, quei profili che corrispondono al modello formulato nell'enunciato normativo legale.

Naturalmente, la conformità al modello legale non è integrale, perché un avvenimento storico contiene tutta una serie di aspetti (come la professione della vittima, il colore del vestito dell'aggressore, etc.) che normalmente sono irrilevanti per l'ordinamento.

Fra la dimensione concreta (del così detto fatto storico) e quella astratta (della fattispecie legale) viene a collocarsi, dunque, una dimensione intermedia, ma già costruita per astrazione, che sintetizza gli elementi del fatto storico che riscontrano i requisiti del modello legale e che, in virtù di questa conformità al tipo legale, sono capaci di generare conseguenze giuridiche: si tratta del *fatto giuridico*, cioè di una figura espressiva di un avvenimento capace di produrre conseguenze giuridiche, in ragione della conformità alla parte condizionante di un periodo ipotetico normativo.

La capacità di produrre conseguenze giuridiche si dice *rilevanza*. Il fatto giuridico penalmente rilevante, cioè capace di produrre sanzioni penali, si dice *reato*.