

## TESTO E INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI PENALI

ANTONIO PAGLIARO

1. Le peculiari funzioni della normazione penale si riflettono tanto sulle caratteristiche che devono essere proprie del testo di legge, quanto sulle modalità del processo interpretativo che lo ha per oggetto<sup>1</sup>. Alle norme penali è affidata, infatti, la funzione di assicurare, per quanto è possibile con i mezzi giuridici, la «tenuta» dell'intero ordinamento come struttura pubblicistica. Non per nulla nelle fasi embrionali di costituzione di un ordinamento nuovo, negli Stati dittatoriali, nonché in quelle istituzioni che sono le organizzazioni criminali, l'aspetto giuridico più evidente si ritrova nelle norme penali.

Ebbene, questa caratteristica fondamentale delle norme penali condiziona il tipo di «testo» che deve essere impiegato nelle disposizioni che le contengono. Il testo deve essere redatto in un linguaggio semplice, idoneo ad essere compreso dalla maggior parte della popolazione e capace di esprimere in modo plastico e con efficacia suggestiva ciò che si deve fare o non fare.

Ne seguono alcuni corollari. In primo luogo, la legge penale non deve impiegare, salvo dove ciò sia assolutamente necessario, termini tecnici<sup>2</sup>. Il termine tecnico richiede, per essere compreso,

---

<sup>1</sup> Di rado, peraltro, i teorici di scienza della legislazione fanno qualche cenno ai problemi specifici del diritto penale. V., per esempio, R. GUASTINI, *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, in S. BARTOLE (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Cedam, Padova 1988, pp. 105 ss.

<sup>2</sup> Solo per casi ben delimitati può essere accolto in diritto penale, dunque, il consiglio (Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche. Proposte e materiali di studio, in «Quaderni del Dipartimento per la Funzione

interpreti tecnici; e non si può pretendere che tutti coloro ai quali la legge penale si rivolge siano esperti tecnici. Di norma, il termine tecnico sarà impiegato solo quando ci si attenda (come in certe leggi speciali) che il normale destinatario della legge sia anch'egli un tecnico. Ci sarebbe da aggiungere che il termine tecnico risponde alla funzionalità di un altro settore scientifico e perciò può essere totalmente disfunzionale nell'ambito delle conoscenze giuridico-penali<sup>3</sup>.

Ciò vale ancora di più quando si tratti di termini tecnici giuridici che siano originariamente propri di altre branche del diritto. Oltre che per le ragioni che ne sconsigliano l'uso in generale, qui l'impiego del termine tecnico è controindicato per un altro motivo. Il termine tecnico proprio di altra branca del diritto<sup>4</sup> porta celata in sé una componente teleologica che, trapiantata inavvertitamente nel diritto penale, può generare effetti strani o comunque non desiderabili.

Accade, però, talvolta che una legge penale impieghi nel proprio corpo qualche parola che possa corrispondere tanto a un significato proprio del linguaggio comune (o, per meglio dire, di un linguaggio comune che è stato fatto proprio e trasformato dalla norma penale secondo i propri fini), quanto a un significato tecnico giuridico di altra branca del diritto. Esempi possono esserne i termini «possesso», «detenzione», «altruità». In presenza di termini di questo tipo, l'interprete non dovrebbe mai acriticamente pensare che essi abbiano senz'altro, in quel contesto, il loro originario significato tecnico-giuridico. La questione, invece, va risoltacaso per caso. Anzi, fino a prova contraria, ci si deve orientare verso il significato che in qualche modo corrisponde all'uso del linguaggio comune ed operare su di esso quella trasformazione metodologica che è richiesta dal fine della norma penale<sup>5</sup>.

---

Pubblica», n. 8, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato - Libreria dello Stato, Roma 1992, p. 19) di impiegare nella legislazione preferibilmente termini tecnici.

<sup>3</sup> Cfr. G. PRETI, *Linguaggio comune e linguaggi scientifici* (1953), ora in ID., *Saggi filosofici*, La Nuova Italia, Firenze 1976, I, p. 161.

<sup>4</sup> Per una diffusa analisi sulle diversità di significato dei medesimi termini nel linguaggio comune e nel linguaggio giuridico, L.M. RAYMONDIS-M. LE GUERN, *Le language de la justice pénale*, CNRS, Paris 1976. Cfr. pure V. PANUCCIO, *Linguaggio giuridico, linguaggio comune e linguaggi tecnici*, in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 1987, pp. 341 ss.

<sup>5</sup> Cfr. pure G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1981, p. 177. Vi è dunque un rovesciamento rispetto ai criteri

Tra gli esempi citati, il più istruttivo è forse quello relativo al termine «possesso». Tale termine indica un istituto proprio del diritto civile, ed ivi particolarmente approfondito; ma il medesimo termine è impiegato, come tale o nei suoi derivati, anche in talune disposizioni penali (es., artt. 314, 624, 646 c.p.). Al termine di polemiche annose e complesse, oramai tutti riconoscono concordemente che nelle disposizioni penali il termine «possesso» deve essere inteso in modo autonomo rispetto alla nozione civilistica. Bisogna assumere, come punto di partenza, la nozione di possesso nel linguaggio comune, tenere conto delle specificazioni che le sono state apportate nell'ambito del diritto civile, e infine apportarle le correzioni semantiche che sono imposte da quella trasformazione metodologica che si verifica ogni qualvolta un termine deve essere interpretato alla luce del fine della norma. Applicando rigorosamente questo schema ermeneutico, può darsi addirittura che lo stesso termine assuma significati parzialmente diversi in ciascuna delle norme penali dove è contenuto.

2. La funzione basilare, propria del diritto penale, di assicurare le essenziali condizioni di tenuta dell'ordinamento giuridico, comporta un ulteriore riflesso sul testo delle disposizioni penali e sulla loro interpretazione. Proprio perché il diritto penale ha una funzione così essenziale per l'ordinamento giuridico, le sue sanzioni devono avere un contenuto particolarmente pesante. La storia del diritto e l'indagine comparatistica ci parlano di pena di morte, di mutilazioni, di pene infamanti e così via. Ma pure se ci si limita, come oggi richiede la coscienza giuridica dei popoli europei, ad assumere come pena più grave la pena detentiva, si fa operare una sanzione che intacca profondamente i beni della persona umana.

Alla pesantezza delle sanzioni penali deve far riscontro, in un ordinamento giuridico ispirato a principi di civiltà, una particolare cautela nella loro applicazione. Nell'ambito culturale derivato dall'Illuminismo, uno dei mezzi predisposti a questo scopo è il principio di legalità, a norma del quale, nel quadro della divisione

dei poteri, solo al legislatore è riservata la potestà di emanare norme penali<sup>6</sup>.

Di per sè, il principio di legalità, in quanto esige che fonte del diritto penale sia soltanto la legge o l'atto equiparato nella gerarchia delle fonti del diritto, non pone, circa il testo e la interpretazione delle norme penali, problemi che non siano propri anche delle altre branche del diritto. Tuttavia, esso ha rapidamente sviluppato, come corollario, il divieto di analogia *in malam partem*; e, in tempi assai più recenti, il principio di tassatività.

Il divieto di analogia *in malam partem* fa sorgere, per il legislatore penale, la necessità di indicare col testo impiegato tutte, proprio tutte, le condotte che egli vuole incriminare. Se ne dimentica qualcuna, non vi sarà possibilità, per l'interprete, di invocare la *eadem ratio* ed ampliare la punibilità a casi simili. La conseguenza è che sarà necessaria, nei lavori preparatori della legge, un'attenta considerazione dei moduli linguistici da utilizzare; talvolta, poi, si imporrà l'uso di termini linguistici dotati di una certa elasticità semantica (c.d. elementi vaghi) e, più spesso ancora l'uso di termini capaci di denotare il comportamento incriminato (o un suo aspetto) non attraverso una sua nota naturale, ma piuttosto attraverso la circostanza che il comportamento (o un suo aspetto) posseggano una certa valenza rispetto a una norma giuridica o anche extragiuridica. (c.d. elementi normativi)<sup>7</sup>. Si noti che un elemento della fattispecie può essere soltanto vago o soltanto normativo, ma sono frequenti i casi di elementi che siano al tempo stesso vaghi e normativi.

Gli elementi vaghi (per es., «interessi o vantaggi usurari», che pur nel tentativo di specificazione compiuto dalla nuova legge sono quelli «sproporzionati»: art. 644 c.p.; «di notte in luogo abitato»: art. 699 comma 3 c.p.; atti, pubblicazioni e spettacoli «osceni»: art. 627-629 c.p.; «negligenza, imprudenza, imperizia»: art. 43 c.p.) sono, per lo più, quelli tratti dall'uso linguistico co-

---

ermeneutici propri del diritto civile, dove nel dubbio si propende per il significato tecnico: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano 1947, § 5, p. 58.

<sup>6</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 38 ss. (e autori ivi citati).

<sup>7</sup> Talvolta si preferisce parlare di «termini fattuali» e «termini normativi». Ad es., LAZZARO, *op. cit.*, p. 160; A. BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, in U. SCARPELLI-P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 415 ss.

mune e perciò rispondono al requisito, ricordato sopra, che la legge penale deve impiegare un linguaggio semplice e comprensibile dalla generalità dei consociati. Bisogna tuttavia che il legislatore usi una particolare prudenza nell'impiego di termini di tal fatta, perché è necessario guardarsi dal pericolo che la fattispecie risulti esageratamente indeterminata, al punto da far dubitare del rispetto del principio di legalità. Come è logico, per ritenere incostituzionale per tal motivo una fattispecie occorrerà tenere conto, anzitutto, che il diritto guarda agli uomini nella loro società e, perciò, il principio di legalità non può richiedere che la determinazione delle fattispecie avvenga attraverso formule matematiche: anzi, se così si facesse, la fattispecie stessa sarebbe indeterminata rispetto alle esigenze sociali; inoltre, possono essere proprio le necessità inerenti alla tutela di un particolare bene giuridico a imporre che la incriminazione avvenga utilizzando un elemento vago (per es.: «offende l'altrui reputazione»: art. 595 c.p.). Per questo motivo, è ben difficile imbattersi in qualche dichiarazione di illegittimità di disposizioni contenenti elementi vaghi (si ricordano soltanto quella relativa al delitto di plagio e l'altra relativa alla espulsione di extracomunitari)<sup>8</sup>.

La interpretazione degli elementi vaghi è soggetta alle regole normali: le quali, proprio in dipendenza dalla loro elasticità, impongono di interpretarle in modo conforme al fine della disposizione. Così, ad esempio, il già citato «di notte in luogo abitato», che riguarda una circostanza aggravante del porto abusivo di armi, deve essere inteso in modo da indicare correttamente quei casi, in cui il porto abusivo di armi può destare maggiore allarme sociale.

Circa gli elementi normativi, la loro caratteristica sta nel denotare una classe di accadimenti non già mediante contrassegni naturali comuni, bensì attraverso un (dis)valore che li accomuna tutti. Per esempio, la classe delle «imprudenze» può essere composta anche da comportamenti tra loro assai diversi; ma tutti quanti sono accomunati dal fatto che costituiscono la violazione di una regola sociale di prudenza.

Le materie che richiedono una tecnica legislativa basata sugli elementi normativi sono molte; tuttavia, un limite costituzionale può scaturire dal principio di legalità. Potrebbe aversi una violazione di questo principio, quando l'intera struttura della fat-

---

<sup>8</sup> Corte Cost., n. 96 del 1981 e n. 34 del 1995. In generale, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 375 ss.

tispecie fosse costituito da un elemento normativo (c.d. «legge penale in bianco»: es., art. 650 c.p.) e, al tempo stesso, tra il minimo e il massimo della pena edittale esistesse un distacco tale da far sì che la vera fonte del diritto penale non fosse più la legge, bensì la norma alla quale l'elemento normativo fa riferimento<sup>9</sup>.

La interpretazione dell'elemento normativo non dà luogo, in diritto penale, a questioni specifiche, se non a proposito della possibilità di utilizzare il procedimento analogico (anche *in malam partem*) per determinare quale sia l'accadere denotato dall'elemento normativo, nonché a proposito della successione di leggi.

Ad esempio, ci si può chiedere se, per stabilire quando la cosa mobile è «altrui» agli effetti del furto (art. 624 c.p.), sia lecito fare ricorso, ove ne ricorra il caso, anche all'analogia rispetto alle norme civilistiche sulla proprietà. In questo caso, la risposta deve essere positiva, non solo perché l'analogia in diritto civile è consentita, ma anche perché la trasformazione metodologica discendente dall'inserimento del termine «altrui» nella legislazione penale comporta un rafforzamento delle componenti sostanziali rispetto a quelle formali civilistiche.

Considerazioni simili valgono per la successione tra le disposizioni cui bisogna richiamarsi per determinare il contenuto dell'elemento normativo. Nello stesso esempio dell'«altruità», *quid juris* se varia la legge civile dalla quale si prendono le mosse per stabilire se un cosa sia propria od altrui? Anche qui bisogna rifarsi alle regole proprie del corpo normativo richiamato; pertanto, se ivi la variazione ha effetto retroattivo, tale effetto si trasferirà anche nel campo del diritto penale. Con un limite, però: la retroattività non potrà mai operare a svantaggio del reo, posto che la sostanza del principio costituzionale che la legge penale sfavorevole è irretroattiva (art. 25 Cost., 2 c.p.) lo vieta.

3. Si diceva sopra che dal principio di legalità è germogliato, in tempi recenti, il principio di tassatività della legge penale<sup>10</sup>. Questo principio comporta che la descrizione del fatto incriminato debba essere effettuato, dal legislatore, nel modo più preciso possibile. Tale esigenza contrasta con l'altra, che il legislatore pe-

<sup>9</sup> PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 66 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, Padova 1979; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino 1979; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano 1989.

nale deve attenersi fondamentalmente al linguaggio comune. Da questo, infatti, non si può pretendere una precisione assoluta.

Allora, il principio di tassatività va inteso *cum grano salis*, mettendo in opera quelle regole di proporzione e di bilanciamento degli interessi che devono presiedere ad ogni interpretazione giuridica corretta. Fermo restando che il linguaggio del legislatore penale deve rimanere il linguaggio comune, ci si deve sforzare, nella formulazione delle leggi penali, di compiere quelle scelte terminologiche che, in tale ambito linguistico, abbiano la maggiore possibile precisione. Ma non si deve ricercare l'impossibile.

Un esempio illuminante può essere quello relativo alla punibilità del tentativo di delitto. Secondo una nostra secolare tradizione giuridica, è giusto punire chi abbia già cominciato ad eseguire la condotta tipica del delitto, mentre bisogna astenersi dall'applicare una pena a chi si è limitato a preparare tale condotta. Ebbene, per quanti sforzi linguistici si facciano, non esiste alcun modo sicuro per indicare con precisione il confine tra attività preparatoria ed attività esecutiva. Non solo un tale approccio non dà risultati se si pretende di trovare una formula valida per tutti i delitti, ma addirittura non è possibile fissare un criterio sicuro limitato a gruppi ristretti di delitti e persino a un unico tipo delittuoso (i modi concreti di realizzazione possono essere in concreto i più svariati). Ricorrere a criteri naturalistici sarebbe addirittura disastroso.

A questo punto, tanto vale indicare, nel testo di legge, le linee guida (la distinzione tra preparazione ed esecuzione; oppure la formula «atti idonei diretti in modo non equivoco», la quale, se correttamente interpretata, conduce allo stesso risultato) ed affidarsi alla prassi perché si sappia mantenere nell'ambito del modello prefigurato. È molto importante, in questi casi, il «precedente». Perciò, se vi è un'accettabile giurisprudenza sufficientemente stabilizzata, non è opportuno intervenire con riforme legislative, che potrebbero magari avere un risultato opposto a quello preso di mira.

Altre volte, nella scelta delle soluzioni giuridiche non ci si deve fare sviare da astratti preconetti ideologici. Per esempio, la nozione di «pericolosità sociale», in se stessa, una nozione estremamente vaga<sup>11</sup>. E perciò un buon correttivo possono esserne le presunzioni di pericolosità, che almeno appoggiano a qualche cosa

---

<sup>11</sup> Cfr., ad es., L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 1989, pp. 514 ss.

di fattuale (la commissione di reati di gravità x, il numero dei reati commessi ecc.) il giudizio che un certo soggetto è pericoloso. Quando si afferma, in contrario, che una presunzione di pericolosità contrasti con le esigenze di rieducazione e risocializzazione, si dice cosa del tutto vacua (anche se sulla base di queste argomentazioni si è ottenuta la riduzione di tutta la pericolosità sociale a pericolosità accertata in concreto), che non tiene conto del fatto che le attuali conoscenze dell'uomo non sono minimamente in grado di stabilire se un soggetto commetterà reati in futuro: quindi, nessuno può sennatamente asserire alcunché sulla pericolosità in concreto. Probabilmente, se vi era un istituto da bandire, era proprio quello della concreta pericolosità.

4. Sulla interpretazione della legge penale hanno talvolta effetto deleterio talune costruzioni dogmatiche, che pure vengono sostenute in nome di loro asseriti meriti. Può essere utile ricordarne due: la «concezione critica del bene giuridico» e la «teoria del *dolus in re ipsa*».

Si sa che il reato è offesa a un bene giuridico: il che equivale a dire che, in un sistema penale teleologicamente costruito in modo corretto, non può esservi reato, se nel caso concreto l'interesse tutelato dalla legge penale non è stato offeso. Ciò discende dal piano della teoria della interpretazione; ed è confermato, sul piano testuale, dal nostro diritto positivo agli artt. 40 e 43 c.p., i quali richiedono espressamente, per il configurarsi di ogni reato, che l'evento sia «dannoso o pericoloso».

Il rispetto del principio di legalità e, prima ancora, il rispetto del principio che l'interprete non può creare liberamente il diritto, ma deve attenersi alle regole sulla produzione giuridica proprie dell'ordinamento al quale egli si riferisce, rendono ovvio che il giudizio sul verificarsi dell'offesa a un bene giuridico deve essere effettuato dal punto di vista della legge. Perciò lo stabilire se un certo bene esista e meriti di essere tutelato, diventando a seguito della tutela un bene «giuridico», è compito che può spettare soltanto al legislatore.

Tuttavia, una dottrina prospettata da qualche autore tedesco propugna la c.d. «concezione critica del bene giuridico»: intendendo con ciò che l'interprete dovrebbe potere stabilire se l'oggetto della tutela penale sia un vero e proprio bene giuridico (nel qual caso la norma in questione sarebbe legittima) oppure l'oggetto della tutela penale sia costituito da una immagine priva di

effettivo contenuto (nel qual caso, la norma penale dovrebbe essere ritenuta illegittima e, perciò, dovrebbe essere disapplicata). La teoria in questione è stata utilizzata in Germania per ottenere l'abolizione delle norme su alcuni reati sessuali<sup>12</sup>.

Per quanto mi risulta, non vi è studioso italiano alcuno, che accetti *in toto* questa «concezione critica». Tuttavia, talvolta si allude a presunti meriti che tale dottrina possiederebbe<sup>13</sup> e si finisce così col negare — senza il filtro di una dichiarazione di illegittimità costituzionale (la quale peraltro potrebbe essere fondata solo su un effettivo contrasto con valori contenuti nella Costituzione) — validità giuridica a norme che pure sono state introdotte nell'ordinamento rispettando le sue regole sulla produzione normativa. Perciò, è opportuna qualche parola di confutazione.

In primo luogo, la concezione critica ha il difetto di rimanere in una equivoca metà strada tra giuridico e pregiuridico. Se «bene giuridico» è ogni «entità meritevole di tutela da parte del diritto», bisogna stabilire dal punto di vista di chi giudicare questa meritevolezza di tutela. Ora, se il punto di vista è quello della legge, la teoria in esame rimane una concezione «giuridica», ma non è più una concezione «critica», in quanto si limita a recepire l'esistente; se, invece, il punto di vista è un altro, la concezione rimane «critica» ma non è più una concezione «giuridica», in quanto diventa un mezzo per introdurre surrettiziamente nella giurisprudenza componenti politiche estranee all'ordinamento.

La specificazione, talora proposta, che il bene tutelato, per adempiere alla sua funzione storica «liberale»<sup>14</sup>, dovrebbe essere una entità materiale<sup>15</sup>, non corrisponde minimamente alla storia effettiva della teoria del bene giuridico. Questa sorse, nell'ambito delle concezioni liberali, come teoria della tutela penale dei diritti

---

<sup>12</sup> Ad es., JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Henke, Stuttgart 1957; M. MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1972.

<sup>13</sup> Si vedano, ad esempio, talune tra le relazioni contenute nel volume collettivo *Bene giuridico e riforma della parte speciale* (a cura di A. Stile), Jovene, Napoli 1985.

<sup>14</sup> P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»* Helbing & Lichtenhahn, Basel 1962, pp. 89 ss.

<sup>15</sup> Cfr. soprattutto JÄGER, *Strafgesetzgebung*, cit., *passim*. Indirettamente, anche chi (G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Giuffrè, Milano 1995, pp. 59 ss.) critica l'idea di considerare il bene giuridico come sinonimo di valori e interessi tutelati dal diritto, e quindi non come «dato della realtà modificabile».

soggettivi<sup>16</sup>; e i diritti soggettivi, come ognuno sa, sono essi stessi entità immateriali e, per di più, possono avere per oggetto anche entità immateriali. La sostituzione del bene al diritto soggettivo non fu dovuta ad una «materializzazione» del concetto, ma soltanto al riconoscimento che non tutti i reati offendono diritti soggettivi e che, comunque, il reato non è tale perché offende un diritto soggettivo, bensì perché lede o pone in pericolo un bene-interesse (anche non costituito in diritto soggettivo in senso tecnico), che lo Stato ritiene meritevole della tutela penale<sup>17</sup>. Bene e interesse sono due aspetti correlativi di una stessa realtà umana: la quale può, anche in una concezione liberale, avere carattere spirituale ed esprimersi, quindi, come un «valore».

La limitazione della tutela penale alle sole entità materiali può essere coerentemente sostenuta solo nell'ambito di un piatto materialismo: si rifletta che nello stesso pensiero marxista ortodosso, nessuno si sarebbe mai sognato di negare che beni meritevoli di tutela anche penale siano taluni beni immateriali, come la libertà personale, la libertà sessuale, la pietà dei defunti, l'onore ecc.

La concezione critica del bene giuridico rivela allora la sua vera natura, che è quella di veicolare la personale opinione di coloro che vorrebbero abolite le incriminazioni che, per motivi culturali, religiosi, politici, personali ecc., essi non condividono. Ora una opinione di tal fatta può essere certo fatta legittimamente valere come manifestazione del proprio pensiero; ma trasformare l'argomentazione di opportunità in argomentazione «scientifica», che dimostrerebbe in questi casi l'assenza del bene giuridico, è solo un'abile forzatura, in cui la valutazione personale circa l'assenza di un interesse meritevole di tutela viene fatta apparire come valutazione della comunità e, quindi, dell'ordinamento. Se si accogliesse davvero tale tesi, i valori democratici, che si incorporano nel testo delle leggi penali approvate secondo la Costituzione della Repubblica, sarebbero sacrificati a un punto di vista del tutto soggettivo e individuale dell'interprete.

---

<sup>16</sup> Tra gli altri: P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Heyer, Giessen 1847, § 21, p. 45; G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Sanvito, Milano 1863, § 120, p. 45; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, Tipografia Giusti, Lucca 1871, § 42.

<sup>17</sup> Art. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, in *Opere giuridiche*, I, Ed. del Foro Italiano, Roma 1932, pp. 46 ss.

5. Un altro esempio di dogmatica capace di fuorviare gli interpreti di un testo di legge penale può essere indicato nella teoria del *dolus in re ipsa*. Si usa questa espressione, in dottrina e qualche volta pure in giurisprudenza, per designare quei casi, nei quali un soggetto viene chiamato a rispondere a titolo di dolo per aver voluto un determinato fatto naturalistico, ma prescindendo dall'accertare il significato che egli attribuiva alla sua condotta. Secondo questo modo di vedere, ogni comportamento esteriore dell'uomo, per la sua stessa struttura, è legato in modo indissolubile a un certo significato: sicché, dove il comportamento esteriore è voluto, nulla osta al configurarsi dell'azione che possiede quel significato. La tipicità si costruirebbe sul mero aspetto materiale della condotta, con la conseguenza che — dove le fattispecie non siano caratterizzate da dolo specifico o da altri elementi estranei alla condotta illecita, né sussistano cause di esclusione del reato — la distinzione tra i fatti penalmente illeciti e quelli leciti, nonché la distinzione tra più ipotesi criminose, dovrebbero fondarsi in modo esclusivo sull'aspetto materiale della condotta. Ad esempio, nei delitti contro l'onore, per la sussistenza del dolo si è talvolta ritenuta sufficiente la volontà di pronunciare la parola obiettivamente ingiuriosa, a prescindere dalla prova della volontà di offendere l'altrui onore o l'altrui reputazione; nei delitti contro la fede pubblica, si è ritenuta sufficiente la volontà di modificare un testo, anche se il soggetto era convinto di operare una lecita correzione. Similmente anche in altri casi: atti osceni e di libidine, delitti di vilipendio, di calunnia, spergiuro, danneggiamento, frode in forniture, infedeltà in affari di Stato, usurpazione di potere politico o di comando militare, strage, favoreggiamento, abuso di ufficio, rissa, incitamento al duello, emissione di grida sedizione, apologia di delitto, consenso all'aborto, arruolamenti non autorizzati, cospirazione, e ancora in tutti i reati in cui si richiede un comportamento come impossessarsi, costringere, appropriarsi, ingannare, contrarre una obbligazione o un matrimonio, accettare promesse, associarsi, alienare, acquistare, fare commercio, attentare, tenere intelligenze, portare le armi contro qualcuno, ecc.<sup>18</sup>

Di solito, il problema del *dolus in re ipsa* viene inquadrato nel tema dell'accertamento del dolo. Questa sistemazione è esatta solo in parte, perché non si trova ivi la vera peculiarità del *dolus in*

---

<sup>18</sup> Per una più larga esemplificazione, A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla, Palermo 1960, pp. 420 ss.; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Giuffrè, Milano 1960, *passim*.

*re ipsa*. Infatti, se è vero che l'accertamento del dolo nei casi di c.d. *dolus in re ipsa* deve essere condotto in sede processuale utilizzando massime di esperienza (come esattamente afferma la dottrina che critica il *dolus in re ipsa* dal punto di vista processuale), è anche vero che tale principio in materia di accertamento vale per tutte le forme di dolo, dato che dei processi psichici altrui non si può avere cognizione diretta.

A monte sta la necessità di stabilire in modo preciso quale sia, nel diritto sostanziale, l'oggetto della volontà dolosa. Prima di accertarne la sussistenza, bisogna avere ben chiaro quale deve essere l'oggetto dell'accertamento: perciò, nei casi di *dolus in re ipsa*, diventa determinante stabilire preliminarmente se, per aversi dolo, basti la volontà di un fatto materiale, oppure occorra la volontà di un contenuto significativo.

Ora, la regola che la volontà di un certo fatto naturalistico esteriore sia sufficiente per la produzione dell'effetto giuridico non è adeguata a un diritto penale moderno. Essa è caratteristica degli ordinamenti giuridici primitivi. Ancora nel *jus civile* romano bastava aver voluto una certa condotta materiale (anche se non se ne era compreso e voluto il significato), perché l'effetto giuridico si producesse. Il senso della condotta risultava dalle forme esteriori, cioè da *verba* o *gesta* perfettamente determinati (si pensi ai negozi *per aes et libram* e ai negozi richiedenti *verba* predeterminati (per esempio, *spondes? spondeo; fidepromittis? fidepromitto; doti tibi erit; ecc.*), o anche al celebre principio contenuto nelle XIII Tavole «uti lingua nuncupassit ita jus esto»). Solo successivamente ebbero rilievo elementi come *mens, voluntas, animus, conventio, consensus, id quod actum est* e simili<sup>19</sup>.

L'evolversi della coscienza giuridica rese ben presto palese la rudimentalità di questo primitivo modo di pensare. Attraverso un processo storico complesso, che qui non è possibile neppure accennare, si giunse nel diritto giustiniano al trionfo del principio che il senso di un'azione non risiede nella forma esteriore del comportamento. Restava solo da chiarire se fosse più conforme alle esigenze del diritto attenersi al significato subiettivamente posto dall'agente oppure al significato obiettivamente riconoscibile nell'ambiente sociale in cui il soggetto opera. Su questa base si sono sviluppate nel diritto privato le note teorie della volontà e della dichiarazione, con tutti i loro temperamenti e le

---

<sup>19</sup> B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Pubblicazioni del Seminario Giuridico della Università di Palermo, Palermo 1982, pp. 15 ss.

loro varianti (teoria della responsabilità, teoria dell'affidamento ecc.). E, sulla scia del diritto privato, pure il diritto amministrativo e il diritto internazionale sono pervenuti alle medesime conclusioni.

In queste condizioni, il persistere, in dottrina e giurisprudenza penale, di un orientamento che continua a far dipendere il significato giuridico della condotta esclusivamente dalla forma esteriore del comportamento, costituisce un fatto davvero singolare. La scienza del diritto penale, ancor più delle sue consorelle, dovrebbe sentire l'esigenza di ancorare gli effetti giuridici a quel significato di condotta che il soggetto, con il suo volere, ha proiettato nel mondo esterno e che è insieme riconoscibile — come significato, e non come materialità — dalla comunità degli uomini. Ma l'unico argomento, che si ritrova in dottrina, per sostenere la necessità di ancorare il significato penale di una condotta alla sua forma esteriore, è costituito da un richiamo alla esigenza di certezza del diritto, che è particolarmente viva nel settore penalistico a tutela della libertà personale. Si afferma, cioè, che una indagine di tipo naturalistico risponderebbe nel massimo grado ai requisiti di certezza.

Ma la erroneità di una simile concezione dovrebbe apparire evidente, perché tale presunta certezza sarebbe riferita all'accadere naturalistico, non all'effettivo significato della condotta, che è quello che conta in diritto penale. La certezza del diritto, se vuole davvero essere una esigenza imprescindibile della vita giuridica, si deve riferire agli elementi che realmente sono l'oggetto della indagine, e non ad elementi diversi, sotto pena di offrire una rappresentazione deformata del fenomeno giuridico. Ove la rappresentazione sia erronea, la certezza, ad essa riferita, è ridotta ad una lustra: il che può avere gravi conseguenze proprio in materia di libertà personale, perché diventa possibile configurare un reato pure dove il significato della condotta non corrisponde al significato della incriminazione. Questa pretesa certezza del diritto, cui si dovrebbe commettere la tutela della libertà, si rivela come negazione della certezza, perché fondata su una erronea identificazione tra forma materiale e significato, e come negazione della libertà, perché può introdurre una sanzione penale anche dove il soggetto nulla ha fatto per meritarsela.

Non resta allora se non riconoscere che la teoria in questione non risponde affatto ad esigenze teleologiche incorporate nel nostro sistema penale, ma anzi vi contrasta. Se si considera l'origine di tale dottrina, ci si avvede che essa si è sviluppata,

come corollario della famosa, e purtroppo ancora imperante, teoria della «tripartizione», nell'ambito delle concezioni naturalistiche imperanti alla fine del secolo scorso. Essa, piuttosto che scaturire da un'intima esigenza del diritto penale, è dovuta alla violenta sovrapposizione di schemi naturalistici a una materia che ne è insofferente; ed ha avuto effetti così gravi e duraturi solo perché, a differenza che per le altre discipline giuridiche, era mancata nei secoli precedenti una elaborazione scientifica della tipicità penale<sup>20</sup>.

Si può, a questo punto, concludere. I testi di legge penale, e soprattutto quelli dove s'incontra la descrizione di condotte finalisticamente significative, devono essere interpretati in modo da non trascurare che tipico rispetto ad essi non può essere un mero accadere materiale. In diritto penale, tipicità è sempre corrispondenza tra il significato della norma e il significato dell'accadere; e, quando l'accadere è una condotta umana, il suo significato dipende dal contenuto del volere. Non rimane spazio per un *dolus in re ipsa*.

---

<sup>20</sup> PAGLIARO, *Il fatto*, cit., pp. 448 ss.