

## (Più di una) Introduzione

**Sommario:** 1. Premessa. – 1.1. La definizione per *Typus*. – 1.2. Il rapporto tra dogmatica e politica criminale. L'impostazione teorica del tema che ne ha dato Gustav Radbruch. – 1.2.1. Una corretta definizione della interpretazione teleologica. – 1.2.2. L'esplicazione del rapporto tra dogmatica e politica criminale. – 1.2.2.1. Franz von Liszt. – 1.2.2.2. Claus Roxin. – 1.2.2.3. Franco Bricola. – 1.2.2.4. Francesco Schiaffo. – 1.2.2.5. Domenico Pulitanò. – 1.2.2.6. Una prima parziale conclusione. – 1.2.3. La dinamica dei rapporti tra dogmatica e politica criminale nei suoi ultimi sviluppi: la posizione di Massimo Donini. – 1.2.3.1. La diagnosi dello *status quo* dei rapporti tra dogmatica e politica criminale. – 1.2.3.2. Le prospettive. – 1.2.3.3. Il fondamento giusfilosofico posto a base di tale concezione. – 1.2.4. Conclusione: può esistere una dogmatica oggi? – 1.3. I problemi interpretativi sul tappeto. – 1.4. I profili di analisi di natura esclusivamente dogmatica.

### 1. Premessa.

L'idea di operare una ricostruzione complessiva del tema nasce dal fatto che la fattispecie in analisi risulti di ormai conclamata controversa interpretazione; e ciò nonostante il recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>1</sup> che ha cercato di ridefinirne, quantomeno, i confini interpretativi.

Già dai primi commenti che si registrano, infatti, emerge una diffusa consapevolezza del fatto che, nonostante il recente intervento nomofilattico, permangano seri e radicati dubbi interpretativi. E se si volesse operare anche un fugace *excursus* della interpretazione giurisprudenziale che viene concretamente data – anche dalla giurisprudenza di merito – a tale istituto, la conclusione sarebbe ben presto tratta: una evidente disomogeneità applicativa di situazioni fattuali anche del tutto omologhe.

Basti pensare all'ormai inveterata disputa sulla definizione del concetto di “messa a disposizione”, concetto di difficile definizione concettuale che si realizza in una serie indefinita di declinazioni applicative: si passa così dall'opzione interpretativa più rigida – che pretende la dimostrazione non solo di una esplicitazione di tale messa a disposizione ma anche del concreto apporto contributivo che da ciò ne sia derivato all'associazione – a quella meno stringente che introduce il

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce, ovviamente alla sentenza n. 36958 del 27/05/2021 Cc. (dep. 11/10/2021) Rv. 281889, ric. Modaffari.

principio secondo cui un generico concetto di disponibilità comporti *ipso facto* la messa a disposizione, presupponendo ciò, a sua volta, una utilità che sia derivata al sodalizio per il solo fatto di poter disporre del contributo del singolo soggetto.

Per non richiamare, poi, la cangiante definizione del concetto di associazione mafiosa, frutto di una precaria definizione legislativa e, dunque, lasciata alle mutevoli interpretazioni giurisprudenziali, chiaramente influenzate dalle modifiche che il fenomeno è venuto ad assumere nel corso del tempo.

Si cercherà di dimostrare, nel corso di questo lavoro, di come queste difficoltà interpretative siano da ricondurre, essenzialmente, a due diverse cause.

Innanzitutto, la scarsa definitezza della fattispecie, strutturata non attraverso la classica descrizione (sufficientemente specifica) di una condotta materiale ma, piuttosto, sulla individuazione di un “tipo” di comportamento (la partecipazione, ecc., ma anche la stessa connotazione del fenomeno associativo) la cui definizione è rimessa poi all’interprete che cerca di “riempire” questo contenitore attraverso elementi di natura sociologica ovvero, ancor più, valoriale.

Secondariamente, ed in termini strettamente connessi, la pretesa di poter “descrivere” – *id est*, determinare – sul piano interpretativo le condotte illecite attraverso la lettura del non sufficientemente determinato dato legislativo attraverso canoni di politica criminale che, dunque, trovano legittimo ingresso nell’attività interpretativa.

Dunque, piaccia o non piaccia, non può che prendersi atto del fatto che l’attività interpretativa – e soprattutto costruttiva di concetti giuridici (c.d. “dogmatica”) sia stata da tempo risalente influenzata da schemi extra-dogmatici siccome orientati allo scopo; ovvero, addirittura, anche condizionati dal fenomeno extra-giuridico che era oggetto di (sommara) descrizione legislativa<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività – vista la non assoluta necessità di approfondimento del tema – si può rinviare, per un inquadramento generale, al pensiero recentemente espresso da S. Moccia che ha innanzitutto affermato, in termini definitivi generali, che «la dommatica rappresenta, quindi, un complesso di concetti giuridici organizzati in maniera unitaria ed un complesso di mezzi, cioè di strumenti metodologici impegnati per la costruzione sistematica. L’*iter* di questa costruzione si snoda attraverso l’interpretazione e l’analisi delle norme, per conseguire la formulazione di concettualizzazioni giuridiche», S. MOCCIA, *Dommatica*, in *Studi in Onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. III, Milano 2022, 1399.

Ma lo stesso Autore ha anche chiarito che «essa adempie ad una fondamentale esigenza di sintesi e di intelleggibilità: si pone in uno stadio intermedio tra norma e fattispecie concreta, al fine del riconoscimento delle caratteristiche più rilevanti di ogni elemento e, delimitando l’ambito delle alternative possibili, assicura un affidabile modello decisionale, rispettoso di istanze di uniformità e, dunque, di eguaglianza ragionevolezza», S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 1405.

E proprio con riferimento al rapporto tra dommatica e politica criminale si è affermato che «da quando si è riconosciuta la forte interazione tra dommatica e politica criminale si è pervenuti al superamento di una sistematica di tipo meramente logico-concettuale, per una di tipo teleologico, orientata a principi normativamente dedotti. E questo ha consentito un ampliamento armonico della riflessione giuspenalistica, fino a ricomprendere i profili di scienze e tecniche della legislazione oltre che aspetti generali di politica del diritto penale». *Ibidem*.

In via di prima approssimazione, dunque, il tema valutativo che si pone è proprio quello dei limiti dell'influenza degli elementi extragiuridici nella definizione di un concetto interpretativo. Di quale sia, cioè, il limite del condizionamento degli elementi teleologici della interpretazione (ovvero, addirittura, di dati ontologici della realtà che si vorrebbe tipizzare) rispetto alla definizione della fattispecie.

E non può che delinarsi quale schema generale e metodologico del presente scritto, il percorso tracciato, ormai qualche decennio addietro, da Karl Engisch nell'*Einführung*<sup>3</sup>.

L'Autore, infatti, pur affermando, a conclusione del proprio lavoro, che «la concretizzazione della idea di diritto (qualunque sia il nome con cui si intende riassumere tutti quei concetti valutativi ultralegali cui il giurista può o deve ricorrere nell'applicazione del diritto)» debba realizzarsi «non per mezzo di una deduzione razionale, di un “pensiero assiomatico”, che faccia discendere logicamente determinati principi contenuti nell'idea di diritto (eguaglianza, buona fede e così via) delle decisioni concrete, ma piuttosto per mezzo di un “pensiero problematico”, di un “pensiero topico”, che fra molteplici punti di vista di natura giuridica ed extragiuridica faccia valere praticamente tali principi in casi problematici»<sup>4</sup> non ha poi esitazioni ad affermare quanto segue: «Il giurista, se vuole dare validità all'idea del diritto, deve prestare ascolto alla voce dello “spirito oggettivo”. Egli deve sapere ciò che impone “l'esigenza del giorno”, quali concezioni ultralegali debbono essere prese in considerazione e sono mature per trovare applicazione giuridica. Egli deve sentirsi, senza puntiglio personale, come un servitore delle concezioni sociali, etiche e culturali dominanti; non può voler essere né reazionario né rivoluzionario. **Ma egli cessa di essere giurista allorché solleva delle questioni come quelle concernenti la validità assoluta o relativa, universale o limitata nel tempo e nello spazio dell'idea del diritto, il senso, la natura e la struttura di tale idea, il contenuto eterno o mutevole del diritto naturale, gli organi del pensiero con i quali questo contenuto è conosciuto e l'attendibilità di questa conoscenza. Non è più il pensiero giuridico, bensì il pensiero assiologico, morale, filosofico-giuridico, che si preoccupa di rispondere a siffatti interrogativi. Il metodo di tale pensiero è di specie diversa di quello del pensiero giuridico**»<sup>5</sup>.

Illuminante, poi, la conclusione: «Vi sono metodi razionali, trascendentali, dialettici, teleologici, assiologici, fenomenologici, ontologici, sociologici per raggiungere l'accesso all'idea del diritto e al diritto naturale. Vale la pena di considerare la dottrina del diritto giusto dal punto di vista metodologico. **Ma questa metodologia deve essere ben distinta della metodologia del pensiero giuridico di**

---

Per un approfondimento teorico generale in relazione al concetto di dommatica non può che rinviarsi a Luigi Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, 25 ss.

<sup>3</sup> Ci si riferisce, ovviamente al celebre K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 4 Auflage, Stuttgart 1978, trad. it. (a cura di A. BARATTA), *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970.

<sup>4</sup> K. ENGISCH, *Einführung*, cit., 315-316.

<sup>5</sup> K. ENGISCH, *op. ult. cit.*, 319-320 (grassetto aggiunto).

cui in questo libro si è trattato. Il pensiero giuridico deve indubbiamente rivolgere lo sguardo all'idea del diritto e far ciò appartiene ai suoi metodi. Ma nel fare ciò l'idea del diritto non può essere concepita altro che in maniera empirica, ricorrendo al tramite delle concezioni del tempo»<sup>6</sup>.

Dunque, secondo l'autorevole insegnamento, non è certo in discussione il fatto che il giurista debba aprirsi alla realtà, rifiutando metodi assiomatici di derivazione del diritto da pretese idee astratte e predeterminate – dunque rifiuto di assunti giusnaturalistici ovvero giusrazionalistici.

Ma altrettanto certamente deve rifiutare di trasporre nell'ambito giuridico “metodologie” valutative che si attagliano ad altre scienze con cui il diritto confina; ancor più se, addirittura, la trasposizione delle dette metodologie viene utilizzata per condizionare l'idea stessa di diritto.

Non resta che aprirsi ad un approccio (non assiomatico ma) problematico, tipico – per come viene definito dall'illustre Autore – che si apre alla realtà del tempo e persino ai valori, ma che mantiene – *id est*, dovrebbe mantenere – la propria autonomia metodologica.

Sotto tale versante ci si accinge, dunque, ad introdurre le questioni maggiormente problematiche sottese alla ricerca che verrà intrapresa.

### 1.1. La definizione per *Typus*.

Tale distonia interpretativa ed applicativa sopra richiamata, evidentemente, sottende il dato – che dunque non può considerarsi più trascurabile – secondo cui la stessa definizione normativa che è stata data alla fattispecie in esame appaia connotata da contenuti descrittivi assolutamente incerti e scarsamente congruenti con la realtà.

Non pare, infatti, difficile dimostrare come non vi sia alcuna definitezza concettuale – derivante dal solo dato normativo – del termine “partecipazione” (“organizzazione” ovvero ancora, “direzione”) ovvero di “associazione mafiosa” senza fare ricorso *ex ante* ad una categoria (sociologica) “intermedia” (ad un “*Typus*”<sup>7</sup>) di “associato” (“dirigente”, ecc.) ovvero di “sodalizio mafioso”.

E già tale tecnica descrittiva presta il fianco ad un primo rilievo di carattere teorico. In effetti, per come autorevolmente affermato, «il tipo è colto con l'in-

---

<sup>6</sup> K. ENGISCH, *op. ult. cit.*, 322 (grassetto aggiunto).

<sup>7</sup> Con tale locuzione si pone espresso riferimento ad un metodo descrittivo (e non definitorio) della realtà, molto caro alla filosofia ermeneutica, che si esplicita – non attraverso la concettualizzazione astratta della realtà ma – mediante l'introduzione di categorie intermedie tra il concetto astratto ed il fatto concreto. Per come acutamente osservato, infatti, «a differenza del concetto tradizionale, il tipo si colloca *a metà strada* tra astratto e concreto»; ovvero, «il tipo in quanto tale è essenzialmente una *figura logica*: è la rappresentazione di una proprietà complessiva come proprietà protiforme», G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2/2016, 97-98.

tuizione, il concetto con il pensiero»<sup>8</sup>. E ciò non pare possa assumere una ricaduta di marginale rilievo ai fini della ricostruzione di un concetto definito di “associazione mafiosa”.

Ed ancor più. Per come si avrà modo di dimostrare, per delineare il concetto stesso di associazione mafiosa, appare storicamente dimostrato come si sia attinto a dati conoscitivi del fenomeno di natura prettamente sociologica e, dunque, predati rispetto alla tipizzazione normativa<sup>9</sup>.

Così, nel corso del tempo, al *deficit* descrittivo si sopperisce attraverso il ricorso a quello che, secondo la *communis opinio*, dovrebbe essere inteso come elemento integratore della fattispecie di reato.

In effetti, i vari tentativi, lungamente operati nel corso degli ultimi anni, di “leggere” la fattispecie normativa in analisi attraverso la predeterminazione fenomenologica dei contenuti della stessa, se da una parte consentono di delineare un minimo contenuto descrittivo, dall’altra incidono irreversibilmente sulla possibilità di enucleare elementi connotativi certi della fattispecie, determinando conseguentemente un’assoluta incertezza applicativa della norma, se non vere e proprie sperequazioni.

Il dato sociologico, infatti, se può apparire utile al fine di consentire di cogliere il contenuto descrittivo di un “tipo”<sup>10</sup>, al tempo stesso, tuttavia, poiché risulta essere suscettibile di multiformi caratteri descrittivi, finisce per conferire allo stesso tipo una connotazione cangiante, non adeguatamente definita e dunque suscettibile di mutevoli interpretazioni e di ingiustificate disomogeneità applicative: la stessa condotta viene spesso letta e giudicata secondo modalità diverse tanto da inte-

---

<sup>8</sup> E. JUNGER, *Typus Name Gestalt*, 1963, trad. it. (a cura di A. IADICICCO), *Tipo nome forma*, Città di Castello, 2002, 41.

Ancor più significativamente, sia pure in una prospettiva tesa a valorizzare tale strumento interpretativo, si è affermato che «il tipo riflette un particolare modo di categorizzare la realtà, *distinto* da quello del concetto tradizionale, puramente astratto, che nondimeno può concorrere con esso. Entrambi sono figure *logiche*, ma divergono, innanzitutto, sul piano *funzionale*: il primo serve ad annullare la multiformità della realtà fenomenica per dominarla, il secondo a sintetizzarla per recepir-la», G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale*, cit., 98.

<sup>9</sup> Si rinvia, in questo senso, a quanto sarà prospettato nel par. 1.2 del prossimo capitolo.

<sup>10</sup> Si avrà modo di illustrare diffusamente in seguito come la descrizione normativa non sia legata tanto alla individuazione di una condotta materiale (oggetto di descrizione normativa) ontologicamente percepibile, riconnessa ad un profilo di lesività quanto, piuttosto, alla delineazione di tipi di “partecipazione”, “organizzazione” ovvero “direzione”; e soprattutto, come la stessa strutturazione del concetto di associazione mafiosa sia interamente fondata sul *Typus* derivato dalla realtà fenomenologica. Dunque non ad un elemento del Tatbestand ma ad un elemento intermedio, distinto da quello concettuale che dovrebbe integrare la fattispecie.

Per come ancor più chiaramente affermato, il *Typus* «non è il fatto tipico tassativo della fattispecie legale, ma un’essenza normativa ad essa sottostante, come una sorta di anima della fattispecie, che sta tra la realtà e il normativo», M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016, 12 in nota.

grare, in un caso, una ipotesi di responsabilità penale e, nell'altro, un comportamento insuscettibile di alcuno stigma sanzionatorio.

Ciò, con tutta evidenza, finisce per tradire la funzione stessa che la metodologia descrittiva di natura tipologica dovrebbe assumere: non uno strumento che corrobori la determinatezza concettuale – sia pure attraverso l'apporto di dati della realtà – ma, piuttosto, un (involontario) meccanismo di “contaminazione” del dato normativo – e della sua connotazione necessariamente determinata sotto il profilo concettuale – con elementi di natura fattuale (e valoriale). Il risultato che si raggiunge appare pressoché scontato: la perdita della definitezza del concetto dogmatico della fattispecie.

D'altronde, per come assai argutamente dimostrato, la strutturazione tipologica del modello concettuale corrisponde ad un meccanismo non solo “analitico” ma, piuttosto, anche “sintetico”: dunque non ancorato ad una perfetta corrispondenza a dati della realtà ma “contaminato” da criteri di valore e di scopo, così evidenziandosene la connotazione certamente discrezionale e difficilmente determinabile secondo schemi definiti<sup>11</sup>.

In effetti, proprio con riferimento alla metodologia descrittiva di carattere tipologico, si afferma che «nel campo della dottrina giuridica l'uso del termine [tipo] ha già acquistato un proprio significato tecnico, per designare la presenza di modelli regolativi predeterminati e la conformità del giudizio ad essi. Stante il carattere valutativo, teleologico, che è proprio delle norme giuridiche, di cui il tipo nel senso stretto che si è assunto non rappresenta che un modo particolare di atteggiarsi, l'uso non è da considerare inesatto; anzi, se accompagnato dalla **consapevolezza che al tipo deve corrispondere un processo di tipizzazione**, tale uso può rivelarsi del tutto appropriato e contribuire in maniera importante a tenere viva l'attenzione sui procedimenti razionali propri dell'attività normativa. Ciò che in ogni caso sarebbe da evitare è di svilirne il significato ponendo l'accento sul carattere legale dei modelli: se “tipico” deve diventare sinonimo di “legale”, ci sarebbe soltanto una cattiva duplicazione a scapito del vecchio termine, che porta già con sé un preciso richiamo alla legge, ed a favore di uno nuovo che a quel riguardo porta solo della confusione»<sup>12</sup>.

Occorre a tal proposito una precisazione.

Quando si fa riferimento alla metodologia “tipologica” non si esprime alcun giudizio valutativo sulla correttezza della stessa<sup>13</sup>, quanto piuttosto un giudizio

<sup>11</sup> C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio del razionalismo giuridico*, Bologna 1984, specificamente 113 ss.

<sup>12</sup> C. BEDUSCHI, *op. ult. cit.*, 131-132 (grassetto aggiunto).

<sup>13</sup> Ed anzi può ritenersi che, nell'attività interpretativa comunemente svolta, l'utilizzo di criteri ermeneutici sia ormai invalsa.

Secondo una recente ricostruzione storica (e teorica) infatti, la ermeneutica sarebbe riuscita a ritagliarsi uno specifico spazio distinguendosi dalla ermeneutica filosofica – ed anzi addirittura anticipandola. In questo senso, si definisce tale corrente quale “ermeneutica nomofattuale” che si è af-

constatativo sulla erroneità nelle modalità di utilizzo di tale metodologia che risulta ormai – nella pratica interpretativa – invalsa: nell’attività interpretativa non si discute più, infatti, di un “concetto” dogmatico di partecipazione (ed ancor prima di associazione mafiosa) ma piuttosto di un “tipo” associato (ovvero di associazione mafiosa), pretendendo così di rendere concretizzato nella concreta applicazione un concetto normativamente indefinito attraverso la sua contaminazione con dati fenomenologici (e valutativi) della realtà.

Secondo l’idea originaria, da cui era scaturita tale corrente, infatti, «il rapporto tra i due termini non è unilaterale, bensì dialettico. Da un lato, la forma dell’idea del diritto è la pretesa che la convivenza umana abbia una disciplina di un certo tipo. Dall’altro lato, però, tale pretesa non può realizzarsi arbitrariamente, ma deve fare i conti con la sua materia, espressamente identificata da Radbruch nei **“dati preformati per mezzo di concetti sociali”, che si presentano così già dotati di una propria natura, la “natura della cosa”**»<sup>14</sup>.

Per come può derivarsi, dunque, il ricorso a dati e concetti sociali appare incontroverso; tuttavia tale impostazione presuppone necessariamente che tali concetti siano già pre-definiti, non suscettibili, cioè, di alcuna forma di modifica nel corso dell’attività interpretativa.

La qual cosa non sembra ricorrere nella vicenda legislativa ed interpretativa che ci si presta a descrivere.

In effetti, anche a voler ritenere corretto tale metodo interpretativo – la qual cosa è tutt’altro che scontata, per come si avrà modo di vedere – è certo evidente come questo *modus procedendi* (sia pure richiami vaghi schemi concettuali di natura schiettamente ermeneutica)<sup>15</sup> tradisca la funzione stessa cui era preposto.

---

fermata «perché la necessità della comprensione non fu considerata come una semplice conseguenza dell’eventuale imperfezione della legge, né della divergenza sempre possibile tra il suo significato immediato e il pensiero del suo autore; tale necessità fu piuttosto considerata come il riflesso, balenante in ogni momento della produzione giuridica, della coesenzialità per quest’ultima di due elementi di natura diversa, **l’elemento normativo e quello fattuale**», G. CARLIZZI, *Per una storia dell’ermeneutica giuridica*, in *Diacronia, rivista di storia della filosofia del diritto*, Riv. telematica, 1/2022, 65 (grassetto aggiunto).

<sup>14</sup> G. CARLIZZI, *op. ult. cit.*, 69-70 (grassetto aggiunto). Il testo riportato di Radbruch è ripreso dall’Autore da G. RADBRUCH, *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze (1923/24)*; trad. it. di G. CARLIZZI, *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, in *L’Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di G. CARLIZZI, V. OMAGGIO, Pisa 2016, 31-37.

<sup>15</sup> Senza volere in questa sede riprendere dispute legate all’ammissibilità o meno delle teorie ermeneutiche nell’ambito schiettamente penalistico, si rinvia per una trattazione più organica del tema, *ex plurimis*, a W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica*, a cura di G. CARLIZZI, Napoli 2007 (ed. or. *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtliche Hermeneutik*, 1968), 163 ss., spec. 178; ARTH. KAUFMANN, *Analogia e “natura della cosa”. Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. CARLIZZI, Napoli 2003 (ed. or. *Analogie und “Natur der Sache” – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1982), 61 ss.; ancora ARTH. KAUFMANN, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all’ermeneutica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1973, 712 ss., ladove si propugna l’abbandono della contrapposizione tra le due correnti di pensiero classiche (giusnaturalismo e positivismo giuridico) e la scelta della strada della ermeneutica quale strumento che

Non può sottacersi, infatti, il rilievo secondo cui proprio chi ha maggiormente teorizzato la metodologia tipologica come tecnica di “concretizzazione” dei dati concettuali astratti in termini tali da renderli più aderenti alla realtà<sup>16</sup>, non abbia tuttavia mancato di evidenziare come il procedimento ermeneutico sia di tipo induttivo e, soprattutto, “pre-legislativo”: si procede, cioè, dal fenomeno della realtà tipizzato che viene poi recepito dal legislatore nella fattispecie legale prodotta<sup>17</sup>; solo dopo la fattispecie è oggetto di interpretazione e tale attività può tenere conto della predeterminazione (legislativa) del tipo.

Dunque, la tecnica interpretativa tipologica dovrebbe in ogni caso precedere (e mai seguire) l'intervento legislativo; e, in ogni caso, mai può essere intesa quale espediente di disarmonie interpretative, essendo semmai stata sempre intesa quale utile strumento corroborativo rispetto ad una maggiore determinatezza del “tipo” predefinito legislativamente<sup>18</sup>.

---

consente di abbandonare la dicotomia kantiana tra essere e dover essere. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it. (a cura di P. PERLINGIERI), *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli 1983; J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles, Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung* (1965); trad. it. di G. CARLIZZI, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Bologna 2009.

Recentemente il tema è stato analizzato anche in M. DONINI, *Diritto Penale. Parte generale*, Milano 2024, 669-672.

Per un'analisi della concezione ermeneutica sul piano giusfilosofico G. ZACCARIA, *Postdiritto, nuove fonti, nuove categorie*, Bologna 2022.

<sup>16</sup> Ci si riferisce, ovviamente a Karl Engisch nel suo famoso scritto sulla “*Konkretisierung*” laddove afferma che «in effetti, il tipo ci pone dinanzi alle seguenti questioni: universali astratti sono il concetto e la legge; se anche il tipo va inteso in questi termini, in cosa si distingue allora dal concetto della legge? Rispondiamo: nell'uso corrente, la distinzione essenziale risiede nel fatto che esso è relativamente concreto. L'idea sottostante a tutte le moderne concezioni del tipo, a tutte le opposizioni tra tipo e concetto universale è che il tipo, in un modo o nell'altro, ma anche: in un modo e nell'altro, sia “più concreto” del concetto». K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1968; trad. it., *La concretizzazione come riferimento al “tipo” nel diritto e nella scienza giuridica*, in *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, a cura di V. OMAGGIO, G. CARLIZZI, Pisa 2016, 169-170. In questo senso anche G. BETTIOL, *Diritto penale*, VI ed., Padova 1966, 64.

<sup>17</sup> Assolutamente perspicuo il riferimento al fatto che «va ricordato che i tipi di contratto non vengono individuati deduttivamente, bensì induttivamente. Qualcosa di analogo vale per i tipi di reato e simili. È la stessa vita giuridica che ha partorito i tipi in questione, anche se poi è il legislatore a farne tesoro e a dare alle corrispondenti fattispecie una configurazione più stabile mediante certe caratteristiche». K. ENGISCH, *op. ult. cit.*, 173.

<sup>18</sup> Opera una efficace descrizione della metodologia tipologica G. CARLIZZI, *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, cit., 74-75, laddove afferma che «La fattispecie normativa è l'immagine generica dei fatti disciplinati da una certa norma e alla quale il fatto da decidere deve corrispondere per poter esser sottoposto a quest'ultima. Tale immagine può essere intesa variamente. Nell'ermeneutica nomofattuale è stata intesa in modo da conservarne l'essenziale apertura alla realtà, cioè come *tipo*, figura collocata a metà strada tra astratto e concreto. Infatti, è vero che il tipo consiste in un complesso di caratteristiche definitorie, perché altrimenti sarebbe inservibile alla decisione giuri-

D'altronde, non è un caso che lo stesso Engisch rivendichi il fatto che la teorizzazione del concetto di "tipo" sia da attribuire proprio a colui che può ritenersi, a buon diritto il maggiore teorizzatore del principio di necessaria determinatezza della fattispecie: Ernst Beling<sup>19</sup>. Ed è lo stesso Beling, nella sua più matura posizione, ad introdurre il concetto di *Leitbild* (quadro direttivo) quale elemento tipologico che deve necessariamente tendere ad una maggiore definitezza della fattispecie penale, impedendo distorsioni interpretative che incidano direttamente sul principio di legalità<sup>20</sup>. Dunque, il *Leitbild* costituisce null'altro che una via intermedia tra la fattispecie legale ed il fatto materiale.

Ma, come è stato ulteriormente ed acutamente evidenziato da Bettiol (nel commentare la posizione del Beling), è **la fattispecie a determinare tipo, non** – all'op-

dica, che deve riscontrarne la presenza nel fatto da decidere. Ma è pur vero che le stesse caratteristiche non sono *concettuali- astratte*, cioè isolate, rigide e destinate a concretizzarsi sempre allo stesso modo, bensì *funzionali*, nel senso che si correlano a formare una proprietà graduabile e comunque suscettibile di manifestarsi in modi infiniti, corrispondenti agli egualmente infiniti fatti singoli che realizzano la fattispecie». Tema ripreso anche in G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale*, cit., 94-95.

<sup>19</sup> Proprio Engisch riporta un passo del Beling, tratto dal suo manuale (*Grundsätze der Strafrecht*, 11 Auflage, 1947, § 15) laddove si afferma che «sono passati i tempi in cui ogni condotta antiggiuridica e colpevole suscitava la minaccia della pena. Il vago epiteto "passibile di pena" assume una forma sicura solo quando comprendiamo che oggi giorno possono cadere sotto la minaccia della pena soltanto tipi di delitto dai contorni rigidi», K. ENGISCH, *op. ult. cit.*, 171.

<sup>20</sup> Appare interessante, a questo proposito, riportare il passaggio maggiormente significativo dello scritto dell'illustre Autore a mezzo del quale, dopo aver rivendicato quale conquista dell'Illuminismo il passaggio da un diritto penale indeterminato ad un diritto penale improntato ad un principio di effettiva legalità, afferma significativamente quanto segue: «In tal modo il diritto penale si è rivestito di una impronta fondamentale diversa: esso viene foggato in *tipi*. Tipi di reato conobbe invero anche il diritto dell'epoca precedenti (omicidio, furto, ecc.). Ma l'*usus fori* del diritto comune li aveva ridotti, anche là dove erano legislativamente formulati, al grado di semplici esempi di comportamento punibile; ad essi aveva accoppiato arbitrariamente azioni punibili giacenti al di fuori dei diversi tipi previsti dalla legge e, oltre a ciò, non si era attenuto alle pene comminate nella legge. Esso prese le mosse da un generale concetto di azione punibile e lo applicò anche ai casi che non erano contemplati nei tipi contenuti nella legge. In contrapposizione a tale concezione i tipi di reato vengono oggi riguardati, nello spirito del principio «*nulla poena sine lege penali*» come costituenti una enumerazione tassativa, un *numerus clausus*; solo il legislatore può allargare la cerchia con efficacia giuridica, può, cioè, rendere punibili atti finora non suscettibili di pena, e ciò può fare solo aggiungendo nuovi tipi di reato e non introducendo una *clausula generalis* che esenterebbe il giudice dell'attenersi ai tipi di reato. Così la «tipicità» entra come elemento necessario nel concetto generale di azione punibile: questa può essere definita solo come un'azione tipica, antiggiuridica, imputabile (a tenore dei tipi fissati dalla legge penale). L'azione non compresa nell'elenco dei tipi fissati dalla legge (tipica), sia essa pure imputabile a violazione del diritto, non è azione punibile. Se dalla definizione «in bianco» dell'azione punibile come tipica, antiggiuridica, imputabile, si vuol passare ad una dichiarazione del contenuto dell'azione punibile, non c'è altra via che elencare i tipi di reato», E. BELING, *Il significato del principio "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1931, 319.

posto – **la realtà fattuale a condizionare la interpretazione della fattispecie**<sup>21</sup>.

Su un piano teorico più generale, nel ricostruire il rapporto tra norma (e fattispecie) e tipo, è stato affermato che «*I tipi strutturali giuridici sono formazioni che si possono trovare nella realtà sociale, così come le discipline ad essi corrispondenti. Comprenderli è compito esclusivo della giurisprudenza. Al riguardo, essa può procedere soltanto interrogando le norme legali* in merito all’“immagine guida” del tipo, che diviene visibile proprio nel loro sensato collegamento. Nei processi intellettuali che hanno luogo su questo terreno, si profila di nuovo una forma di manifestazione del “circolo ermeneutico”. Il tipo **viene desunto dalle singole disposizioni** nel loro sensato collegamento e serve, dal canto proprio, a comprendere meglio e a valutare in maniera più adeguata queste disposizioni, la loro portata e il loro significato per l’assegnazione al tipo»<sup>22</sup>.

Dunque, anche le teorie ermeneutiche più “spinte” – la cui applicazione all’ambito penalistico è tutt’altro che incontrovertibile – non possono non ammettere il dato secondo cui sia imprescindibile partire dalla disposizione legislativa che delinea la fattispecie; rispetto a quest’ultima, l’attività interpretativa assume una funzione integratrice attraverso il ricorso al *Typus* in un contesto di circolarità ermeneutica.

Ma mai si è dato per concesso che sia il *Typus* a determinare l’interpretazione della fattispecie in ragione di un radicale *deficit* connotativo di quest’ultima<sup>23</sup>.

Anzi tutt’altro: proprio la definitezza descrittiva della disposizione deve con-

<sup>21</sup> Afferma, infatti, a tal proposito l’illustre Autore – che, peraltro, non manca di evidenziare come la introduzione del concetto di *Leitbild* non abbia giovato a rendere la costruzione tipologica più duttile ai fini di una maggiore determinatezza della fattispecie – che «i tipi di reato (furto, omicidio, ecc.) sono innanzitutto tipi antiggiuridici (Unrechts-typen) in quanto sono ricavati dal complesso dei comportamenti che il legislatore ritiene antiggiuridici, e assurgono a tipi di reato quando entrano in relazione con un determinato tipo di colpa (dolo o colpa in senso stretto) stabilito dal legislatore. (...) Questi tipi di reato sono quadri normativi, come normative sono la antiggiuridicità e la colpevolezza nel cui ambito essi sono tracciati. Ogni particolare tipo di reato consta di diversi elementi – obbiettivi e subbiettivi – i quali non sono tra loro disorganizzati, ma trovano un’armonica sistemazione in un astratto quadro rappresentativo, detto anche quadro dominante (Leitbild). Questo quadro dominante è il Tatbestand legale tipo particolare di reato: così, ad esempio, nel delitto di furto gli elementi oggettivi e soggettivi che lo costituiscono si raggruppano nel quadro dominante «sottrazione di cosa mobile altrui», che collega un tipo antiggiuridico come la sottrazione di una cosa mobile altrui a un tipo di colpevolezza (volontarietà di sottrarre una cosa mobile altrui)». G. BETTIOL, *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1932, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova 1966, 92.

<sup>22</sup> K. LARENZ, *Metodentlehre der Rechtswissenschaft*, in V. OMAGGIO-G. CARLIZZI (a cura di), *L’ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, cit., 193 (grassetto aggiunto).

Per l’analisi del pensiero del Larenz può rinviarsi anche alla ricostruzione operata in G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale*, cit., 95-96.

<sup>23</sup> Descrive efficacemente tale rapporto, sia pure in un’ottica di valorizzazione dell’impostazione ermeneutica, G. CARLIZZI, *op. ult. cit.*, 101, allorché afferma che «la rappresentazione tipologica di una proprietà criminosa dipende, sì, dal modo di interpretarla, ma entro limiti segnati innanzitutto dalla formulazione legislativa».