

IL DIRITTO PENALE FRAMMENTARIO NELLA STORIA E NELLA DOGMATICA*

di Thomas Vormbaum

*Troppo frammentari sono il mondo e la vita!
Chiederò allora al professore tedesco di risolvere la partita.
Lui dell'esistenza sa ben darci un unitario panorama
Un sistema comprensibile di essa fornire
Con le sue coppole da notte e stracci di pigiama
Le lacune del mondo si accinge a riempire*

[Heinrich Heine¹]

SOMMARIO: Premessa – A. Parte prima: chiarimenti concettuali – 1. Frammentarietà in senso onnicomprensivo – 2. Frammentarietà in senso ampio – 3. Frammentarietà in senso stretto – 4. *Résumé* – B. Parte seconda: profili storici – 1. Origine della denominazione – 2. Teoria – 3. Legislazione – 4. Interpretazione – 5. *Résumé* – C. Parte terza: prospettive – 1. Legislazione – 2. Scienza e limiti del punire

Premessa

La virtù e l'acqua chiara hanno in comune – così Georg Christoph Lichtenberg – che esse sono molto lodate, ma oggetto di scarsa attenzione². Lo stesso succede con il

* Trad. a cura di Massimo Donini della relazione "Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik" svolta da Thomas Vormbaum al convegno dei penalisti di lingua tedesca (Strafrechtslehrrtagung) a Lipsia il 23 giugno 2011 (originale pubblicato in *ZStW*, Bd. 123, 2011, 660 ss.).

¹ *Zu fragmentarisch ist Welt und Leben!*
Ich will mich zum deutschen Professor begeben.
Der weiß das Leben zusammensetzen,
Und er macht ein verständlich System daraus;
Mit seinen Nachtmützen und Schlafrockfetzen
Stopft er die Lücken des Weltenbaus.

HEINRICH HEINE, *Buch der Lieder* (Die Heimkehr), in ID., *Sämtliche Werke*. Düsseldorf Ausgabe. Bd. 1.1. Hamburg 1975, 271; v. pure T. VORMBAUM, "Kraft meiner akademischen Befugniß als Doctor beider Rechte". *Heinrich Heine als Jurist*, in: ID. (Hrsg.), *Recht, Rechtswissenschaft und Juristen im Werk Heinrich Heines* (Juristische Zeitgeschichte Abt. 6 [Recht in der Kunst] Bd. 27), Berlin, 2006, 1 ss., 7; ora anche in ID., *Diagonale – Beiträge zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Literatur*, Münster, Berlin, 2011, 93 ss., 99.

² La citazione esatta suona: "Tra le varie somiglianze che l'acqua pura ha con la virtù, una delle più rilevanti è che viene lodata assai e poco considerata", qui ripresa da W. KOLLATH (Hrsg.), *Georg Christoph Lichtenberg, 2 x 2 = 3 oder Vom fruchtbaren Zweifel. Ein Brevier*, Wiesbaden, 1952, 25. V. anche l'aforisma: "E'

diritto penale frammentario, in ogni caso, almeno, quando si misuri l'attenzione sulla quantità delle pubblicazioni. Esso gode del privilegio di molti richiami elogiativi³ e compare persino nel titolo di alcuni libri⁴; ciononostante, se non mi è sfuggito qualcosa di essenziale, sono soltanto pochi – per quanto certo ricchi di spunti – gli articoli⁵ o i passi dei manuali⁶, che si dedicano in misura sostanziosa alla sua analisi.

Appare perciò utile, nella prima parte di questa relazione, tentare di chiarire qualche concetto. Nella seconda parte tratterò taluni aspetti storici e nella terza parte cercherò di trarre qualche elemento di conoscenza e alcune proposte dal materiale concettuale e storico raccolto.

A. PARTE PRIMA: CHIARIMENTI CONCETTUALI

1. Frammentarietà in senso onnicomprensivo.

Il termine “frammentario” in relazione al diritto e al diritto penale lo si impiega per contrassegnare fenomeni diversi che si intersecano talora solo in ambiti marginali.

spiacevole che non sia un peccato bere l'acqua, gridò un italiano: che buon sapore che avrebbe!”, in G. C. LICHTENBERG, *Sudelbücher*, Heft F, Aphorismus 674, in ID., *Schriften und Briefe*, Band 1. 3. Aufl., München, 1994, 552.

³ Una scelta: J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH, *Strafrecht*, AT, 11. Aufl., Bielefeld, 2003, 12; U. KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., Baden-Baden, 2008, 37; R. RENGIER, *Strafrecht*, AT, München, 2009, 11; JOH. WESSELS / W. BEULKE, *Strafrecht*, AT, 40. Aufl., Heidelberg, 2010, 3, Rn. 9; v. quindi gli AA. cit. a nota 6. E. HILGENDORF, in G. ARZT/U. WEBER/B. HEINRICH/E. HILGENDORF, *Strafrecht*, BT, 2. Aufl., Bielefeld, 2009, 9; Nessun richiamo si rinviene, per es., in H. FRISTER, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., München, 2007; V. KREY / R. ESSER, *Deutsches Strafrecht*, AT, 4. Aufl., Stuttgart, 2011, come pure – qui c'è un vincolo sistematico, essendo il manuale costruito su un fondamento positivo dell'illecito e del reato – in M. KÖHLER, *Strafrecht*, AT, Heidelberg, 1997.

⁴ Esempi: C. MOMSEN, R. BLOY, P. RACKOW (Hrsg.) *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung*, Frankfurt a. M. e altri, 2000; V. HAAS, *Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls als Beispiel für die fragmentarische Natur des Strafrechts*, *ibidem*, 145 ss.; D. SCHILLING, *Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts* (Frankfurter kriminalwiss. Studien, 118), Frankfurt a. M. e a., 2009.

⁵ Sono da menzionare, soprattutto: M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 9 ss.; C. PRITTWITZ, *Funktionalisierung des Strafrechts*, in *StrafVerteidiger*, 1991, 435 ss., 437 c. sin.; ID., *Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate*, in INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts* (Frankfurter kriminalwiss. Studien 50), Frankfurt a.M., 1995, 387 ss.; da ultimo R. HEFENDEHL, *Der fragmentarische Charakter des Strafrechts*, in *JA*, 2011, 401 ss.

⁶ V. specialmente U. EBERT, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., Heidelberg, 2001, 3 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT 1, 4. Aufl., München, 2006, 8 ss.

1. Si parla del carattere “frammentario” della giurisprudenza nel senso che alla scienza giuridica che argomenta in modo sillogistico, sistematico e che mira alla piena dimostrazione, viene contrapposto l’*entimema* della retorica giuridica⁷ che poggia su frammenti scelti di ciò che deve essere provato e si sottrae a una gerarchia dei valori assoluta. Questa problematica rimarrà estranea alla trattazione nel prosieguo⁸.

2. Di *frammentarietà* del diritto penale parla anche il penalista milanese Fabio Basile in relazione ai reati culturalmente motivati di persone migranti⁹. Il diritto penale quale fenomeno globale è parcellizzato in molti singoli diritti penali nazionali. Lo scambio di persone tra ordinamenti reca con sé noti problemi: omicidi per causa d’onore, matrimoni forzosi, mutilazioni agli organi genitali *etc.* Negli Stati Uniti è stato sviluppato al riguardo lo strumento processuale della *cultural defense*¹⁰. Anche questo modo di intendere una frammentarietà che io preferirei definire *frammentazione*, rimarrà estraneo alla trattazione seguente.

3. Di “frammentazione” si potrebbe parlare anche all’interno di un singolo ordinamento penale. Il diritto penale complementare segue in un certo senso - in ogni caso di fatto - regole distinte rispetto al corpo codicistico del diritto penale; lo stesso dicasi per il diritto penale minorile, e anche all’interno del codice penale già il “doppio binario” illustra l’esistenza di sottosistemi. Anche questo tipo di frammentazione non appartiene, quanto meno non direttamente, al mio tema.

⁷ Sull’entimema si è svolto nella primavera del 2011 un convegno organizzato, fra gli altri, da Katharina v. Schlieffen presso la Facoltà di scienze giuridiche della FernUniversität in Hagen. Titolo del convegno: “L’entimema. Sull’ordine frammentario della giurisprudenza”. Nel programma del convegno si commenta, tra l’altro, il fatto che la prassi giuridica e il suo tipo di argomentazione sarebbero stati assai poco presi in considerazione dalla teoria del metodo negli ultimi cent’anni. Al contrario, nella prassi è sì condivisa quell’autocomprensione di tipo logicizzante presente in dottrina, ma le costruzioni sistematiche di tipo accademico rimangono tuttavia prive di influenza. Pertanto rimane l’impressione che la prassi concettuale del diritto possa essere colta non già con l’ausilio della logica, ma più adeguatamente con quello della retorica. Per singoli aspetti occorre fare rinvio al volume degli Atti del convegno: K. GRÄFIN VON SCHLIEFFEN (a cura di), *Das Enthymem. Zur Rhetorik des juridischen Schließens*, Berlin, 2011.

⁸ Da una amplissima letteratura v. T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953, *passim*; C. PERELMANN, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, Freiburg und München (Alber), 1979; per il diritto penale v. il quadro e i richiami in K. LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967, 29 ss. – Sul piano storico si potrebbe trattare di un senso di disagio che emerge in modo ondeggiante rispetto all’astrattezza di una sistematica statico-meccanicistica e alla concettualità insita in essa, e che richiede invece una più forte attenzione al significato autonomamente normativo degli oggetti di disciplina e all’esigenza di risolvere il pensiero sistematico nel pensiero problematico; ciò si risolve nel forte bisogno di astrazione e sistematizzazione “per dominare un materiale giuridico fortemente accresciuto [...]” (*Op.cit.*, 36 nota 55). Sul ruolo importante del penalista italiano Tiberio Deciani (1509-1582) nella costruzione e sistematizzazione della parte generale v. i richiami in LÜDERSEN, *Op. cit.*, 36, nota 56, e pure, più di recente, l’ampia trattazione di M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il “tractatus criminalis” di Tiberio Deciani e la “parte generale” del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

¹⁰ Sul punto F. BASILE (n. 9), 262 ss.; C. DE MAGLIE, *Multikulturalismus und Strafrecht. Am Beispiel der USA*, in *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, 7 (2005/2006), 265 ss.; EAD., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, spec. 73 ss.

Messe tra parentesi queste tre costellazioni di problemi, il tema di seguito sviluppato viene ridotto di un ambito la cui inclusione potrebbe consentirci di parlare di diritto penale frammentario in senso onnicomprensivo (v. l'immagine alla fine del saggio).

2. Frammentarietà in senso ampio.

La tematica necessita tuttavia di un'ulteriore delimitazione rispetto a due altri settori la cui inclusione potrebbe essere adottata, ma che qui, per ragioni non solo di spazio, ma anche di sostanza, rimarranno estranei alla trattazione:

1) non saranno trattate quelle perdite di attrito (*Reibungsverluste*) dovute a *meccanismi di selezione* attraverso il processo penale, a cominciare dalla percezione selettiva e dalla creazione di sospetti, seguita dall'irraggiungibilità delle prove – che può dipendere anche da cause normative, per es. un divieto di mezzi di prova o un divieto di temi probatori – per concludere con il principio *in dubio pro reo*. Anche i meccanismi inversi di un *incremento* dell'intensità dell'esercizio dell'azione penale, per es. attraverso l'operare congiunto degli operatori della giustizia penale insieme con gli autori dei reati per il raggiungimento di dati bancari di rilevanza tributaria¹¹, non saranno quindi inseriti nella seguente trattazione.

2) accanto a ciò non saranno considerati gli istituti che, cresciuti fortemente soprattutto nel XX secolo, realizzano le possibilità di una *esclusione della pena* e di una *riduzione della pena*¹² – quindi: diminuzione facoltativa della pena, rinuncia alla pena, obbligatoria o facoltativa, cause personali di esclusione o di estinzione della pena o del reato, messa in prova, c.d. "diversione", flessibilizzazioni dell'esecuzione penale, affidamento in prova o sconti del residuo di pena con forme di *probation*, grazia e infine possibilità di fuga dal processo secondo le regole degli artt. 153 ss. del codice di procedura penale. A giustificazione di questa esclusione di materie propongo di distinguere tra i concetti di criminalizzazione e penalizzazione, e qui ancor meglio: tra quelli di non criminalizzazione e non penalizzazione. Il primo riguarda la definizione della punibilità in astratto, il secondo la concreta applicazione della pena.¹³

¹¹ Sul tema B. SCHÜNEMANN, *Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats*, in *NStZ*, 2008, 305 ss.; H. OSTENDORF, *Gekaufte Strafverfolgung. Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung*, in *ZIS*, 2010, 301 ss.

¹² Un quadro di sintesi in F.-C. SCHROEDER, *Das Strafgesetzbuch als Straffreistellungsgesetzbuch*, in *Fest. Eser*, München, 2005, 181 ss.

¹³ Approfonditamente sulla distinzione tra decriminalizzazione e depenalizzazione A. GABERLE, *Entkriminalisierung und Entpönalisierung in Polen – Illusion oder Wirklichkeit?*, in LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/WEIGEND (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, Frankfurt e a., 1990, 39 ss., il quale individua nell'ambito della depenalizzazione altre distinzioni ancora, soprattutto quella della attenuazione

Nel termine frammentarietà del diritto penale, pertanto, si intenderà nel prosieguo solo la frammentarietà dell'area penalmente rilevante secondo la definizione legale, non invece la frammentarietà della punizione effettiva.

La distinzione tra non criminalizzazione e non penalizzazione è suggestiva anche per la ricerca dello storico del diritto, poiché il rapporto tra le linee evolutive dei due ambiti tra di loro schiude prospettive interessanti: dato che i primi due terzi del XIX secolo – con le limitazioni che più oltre verranno menzionate – sono caratterizzati da una riduzione della punibilità affiancata dal mantenimento di una prassi esecutiva conseguente, a partire dalla fine del XIX secolo si realizza un'inversione del rapporto: in termini generali, si registra una tendenza a un aumento della punibilità, ma nello stesso tempo una tendenza – invero attenuata durante il dominio nazionalsocialista, ma non del tutto interrotta – a una minore o più tenue applicazione della pena; la differenza tra le due tendenze non è dovuta al caso, perché un diritto penale che sia così esteso come quello del XX e dell'inizio del XXI secolo, non può essere così applicato in fase esecutiva come appare nel codice penale e nelle leggi complementari¹⁴. E' discusso se la cennata doppia tendenza sia stata modificata negli ultimi anni da un coesistente orientamento all'estensione e all'aggravamento della punibilità¹⁵.

Sul piano *funzionale* l'ambito dei problemi della penalizzazione e della non penalizzazione può arricchire la tematica oggetto di trattazione, per es. se si fa riferimento a una soluzione secondo i Par. 153, 153a del codice processuale penale tedesco, anziché intraprendere una depenalizzazione, e in tal modo rendere il diritto penale "più frammentario" – come per es. nella sentenza in materia di *cannabis* della Corte costituzionale tedesca¹⁶.

Con l'esclusione dei profili della "selezione" e della "non penalizzazione"

delle comminatorie legali della pena e dell'attenuazione delle sanzioni concretamente irrogate. L'A. tratta anche i rapporti fra decriminalizzazione e depenalizzazione nel senso che ogni decriminalizzazione reca con sé una depenalizzazione, ragion per cui in Polonia è stata sostenuta isolatamente la tesi – rifiutata dall'A. – che la decriminalizzazione sarebbe un caso di depenalizzazione (*Op. cit.*, 41).

¹⁴ Questo passo in caratteri ridotti è stato tralasciato nel corso della relazione per ragioni di tempo. Sono grato che questo punto di vista sia stato sollevato nel corso della discussione (da Streng). Streng ha ampliato l'immagine delle isole del diritto penale nel mare dall'assenza di pena che verrà più oltre descritta, al punto che queste isole non solo possono essere di diversa grandezza, ma anche differenziarsi in altitudine orografica (nel senso dell'entità della pena).

¹⁵ In uno studio pubblicato di recente Heinz perviene a un risultato tendenzialmente negativo al riguardo: W. HEINZ, *Neue Straflust der Strafjustiz – Realität oder Mythos?*, in *NKrim*, 2011, 14 ss.

¹⁶ BVfG, sentenza del 9 marzo 1994, BVfGE 90, 145; al riguardo, tra gli altri, U. NELLES/P. VELTEN, *Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze? Anmerkungen zum Cannabis-Beschluß des BVfG*, in *NStZ*, 1994, 366 ss.; v. ulteriormente la critica radicale di B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in: R. HEFENDEHL/A. v. HIRSCH /W. WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 133 ss., e qui 145 ss.

l'ambito tematico è delimitato rispetto a due ulteriori campi la cui inclusione potrebbe far parlare di "diritto penale frammentario in senso lato" (v. l'immagine al termine di questo lavoro).

3. Frammentarietà in senso stretto.

Ciò che adesso rimane è il diritto penale frammentario in senso proprio, il diritto penale spezzettato, che intendo ora presentare sull'esempio di due coppie concettuali:

1. frammentarietà esterna e interna;
2. frammentarietà descrittiva e prescrittiva.

1. Frammentarietà esterna e interna

a) Cominciamo da considerazioni generali: frammentaria, quasi pezzo autonomo di un tutto, è naturalmente *ogni* norma giuridica, in quanto essa descrive già con la sua formulazione un ambito applicativo, cioè un ritaglio dalla realtà. Persino lo storico esempio paradigmatico dei tempi della Repubblica dei Consigli di Monaco: "ogni violazione dei principi della rivoluzione sarà punita"¹⁷, esclude proprio ogni condotta che *non* contrasti con i principi della rivoluzione. Un diritto penale che non sia frammentario in questo significato, che comprenda ogni comportamento umano, non può esistere neppure come sistema religioso, perché neppure gli stessi Agostino¹⁸ e Lutero¹⁹, che vedevano l'uomo come un'entità peccaminosa nella sua essenza, ritenevano che questi peccati ad ogni piè sospinto.

Esiste perciò necessariamente una frammentarietà del diritto e del diritto penale che si può descrivere come *frammentarietà esterna*.

b) Accanto a questa c'è una *frammentarietà interna* del diritto penale. Con ciò intendo che la norma penale positiva non ricomprende, o non completamente, tutto quell'ambito rispetto al quale, considerata in modo sostanziale, vige la sua disciplina. Ritorno sul punto per alcuni dettagli.

¹⁷ Avviso del Consiglio rivoluzionario provvisorio rivoluzionario sulla costituzione del Tribunale rivoluzionario del 9 aprile 1919; v. al riguardo N. BARRENECHE, *Materialien zu einer Strafrechtsgeschichte der Münchner Räterepublik 1918/1919*, a cura di W. NAUCKE e A. SEIFERT, Berlin, 2004, 129, e qui pure l'Introduzione di W. NAUCKE, *ivi*, p. XI ss., XIII.

¹⁸ Sulla dottrina del peccato originale, A. AUGUSTINUS, *Vom Gottesstaat (De civitate Dei)*. trad. tedesca di W. Timme. Bd. 2 (libri dall'11 al 22). 4. Aufl., München, 1997, libro XIV, 154 ss.

¹⁹ M. LUTHER, *Das schöne Confitemini an der Zahl der 118. Psalm* (1530), in K. ALAND (Hrsg.), *Luther deutsch. Die Werke Martin Luthers in neuer Auswahl für die Gegenwart*, Bd. 7 (Der Christ in der Welt), 4. Aufl., Göttingen, 1991, 308 ss. "Nessun uomo conosce mai i suoi veri peccati capitali, poiché qui si colloca la mancanza di fede, o il disprezzo di Dio, il fatto che egli non ha timor di Dio, che non ha la fiducia o l'amore che dovrebbe, o simili peccati del cuore, perché i veri problemi sono dentro di lui".

2. Frammentarietà descrittiva e prescrittiva

a) Frammentarietà descrittiva

Frammentarietà descrittiva significa la constatazione che il diritto penale – sia esso sul piano dei fatti, sia esso in quanto diritto o diritto penale secondo la propria natura – è frammentario, incompleto; in breve: che possiede una *natura frammentaria*.

aa) Che ciò si applichi alla frammentarietà *esterna*, lo abbiamo già commentato. Ma qualcosa di simile vale anche per la frammentarietà interna.

bb) Quando John Locke nel suo *Essay concerning human understanding* parla a ragione della “naturale incompletezza del linguaggio e della oscurità difficilmente evitabile delle parole e del disorientamento nel loro uso”²⁰, ciò vale in certa misura anche per il linguaggio normativo.

Le norme giuridiche impiegano concetti, ma i concetti – a meno che si aderisca a un platonismo radicale – sono astrazioni dalla realtà; perciò ci saranno sempre costellazioni di casi che si sottraggono al processo di astrazione, e che quindi non sono raggiunte dal significato letterale della norma, benché lo scopo della regola, secondo la sua costante comprensione, esiga la loro inclusione.

cc) Sarebbe possibile superare questa frammentarietà, qualora in diritto penale non esistesse il principio *nullum crimen sine lege*; è tale principio a implicare che nel caso della frammentarietà interna condizionata dal linguaggio, questa non venga quindi violata dal *legislatore* mediante testi normativi indeterminati, né dall'*interprete* mediante costruzioni analogiche o mediante il richiamo a un diritto consuetudinario, e che non sia violata né dal legislatore, né dall'*interprete* attraverso normative o applicazioni retroattive.

Io inquadro tale aspetto nell'ambito della frammentarietà *descrittiva*. Al principio di legalità inerisce indubbiamente una componente normativa, però questa non si riferisce alla frammentarietà *in quanto tale*, ma a principi quali la prevedibilità, la tutela dell'affidamento, la divisione dei poteri²¹ e la prevenzione generale²².

Sarebbe perfino sorprendente se addirittura accadesse al legislatore di produrre consapevolmente discipline lacunose che non corrispondano alla sua intenzione regolatrice²³. La frammentarietà qui non è pertanto lo *scopo*, ma un *riflesso* del principio *nullum crimen sine lege*.

²⁰ J. LOCKE, *Versuch über den menschlichen Verstand (Essay concerning human understanding)*, terzo libro: *Über die Worte. 10. Vom Missbrauch der Sprache*. Secondo la traduzione di Julius H. Kirchmann (1872/73), Berlin, 1962, 119.

²¹ Approfondita trattazione in G. GRÜNWARD, *Bedeutung und Begründung des Grundsatzes nulla poena sine lege*, in K. LÜDERSSEN/F. SACK (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, Band I, Frankfurt a.M., 1974, 232 ss.

²² E' noto che la formulazione attualmente corrente – in ogni caso solo nella dizione parziale “*nulla poena sine lege*” – trae origine da Paul Johann Anselm Feuerbach, che la sviluppò nella cornice della sua teoria della prevenzione generale (negativa): P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 2. Neudruck della 14. Aufl., Gießen, 1847, Aalen, 1986, 41.

²³ In modo simile C. PRITWITZ, *Das deutsche Strafrecht* (come nota 5), 405.

Certamente esistono anche i casi nei quali il testo di legge è stato formulato intenzionalmente in modo frammentario dal legislatore; tuttavia questa è un'ipotesi, secondo la distinzione qui tracciata, di frammentarietà prescrittiva, sulla quale pertanto dovremo ritornare.

b) Frammentarietà prescrittiva

Nel caso della frammentarietà prescrittiva (normativa, o deontica) non si tratta della *constatazione*: “il diritto penale è frammentario”, ma della *pretesa*: “il diritto penale *deve* essere frammentario”.

A questa pretesa oggi ci sarebbe poco da obiettare, piuttosto si dovrebbe – come ricordato al principio – assegnarle un valore positivo²⁴. E quando, al contrario, si critica la situazione “impossibile”²⁵ o “desolata”²⁶ del diritto penale attuale, questa critica si riferisce di regola all'assenza o alla carenza di frammentarietà del diritto penale e alla “follia della mancanza di lacune”²⁷ presente nel legislatore e nella giurisprudenza.

Ora non sarebbe certo sensato erigere a dovere essere ciò che rappresenta semplicemente la realtà effettuale. La frammentarietà prescrittiva deve quindi essere strutturata in modo differente dalla frammentarietà descrittiva. *Come* si debba costruire, ciò dipende dalle premesse normative che stanno alla base della pretesa. Di regola essa sarà più avanzata della frammentarietà descrittiva, vale a dire di quella che strutturalmente è del tutto inevitabile.

La delimitazione della frammentarietà descrittiva da quella prescrittiva viene talora oscurata dal fatto che c'è una forma linguistica, che vorrei definire l'“indicativo deontico”²⁸, vale a dire il travestimento di contenuti deontici in formulazioni indicative, come per es. nella formulazione: “la dignità umana è intoccabile”. Così accade talora nella letteratura penalistica che il discorso riguardi la *natura* frammentaria del diritto penale, là dove si tratta del *postulato* che il diritto penale *debba* essere frammentario.

²⁴ Negli ultimi anni è particolarmente frequente nella forma che al legislatore (o alla giurisprudenza) viene rimproverato di prestare troppo poca attenzione a questa frammentarietà (v. per es. in tempi più recenti la critica di H.J. Hirsch, che la giurisprudenza superiore mostrerebbe la tensione a far sì che “che i comportamenti che al tribunale sembrano meritevoli di pena e che in qualche modo si lascino stropicciare sotto le parole di una disposizione di legge, vengano effettivamente sussunti sotto quella disposizione” (H.J. HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in *Fest. Tröndle* [1989], 19 ss., 26) e che “di una ‘natura frammentaria’ del diritto penale si possa [...] a stento ormai parlare” (ID., *Der Umgang des Gesetzgebers mit dem StGB und die Notwendigkeit der gesetzgeberischen Berichtigung unterlaufener gesetzestechnischer Fehler. Über den Niedergang der Strafgesetzgebung*, in *Fest. Puppe* [2011], 105 ss., 117).

²⁵ Così il titolo del volume edito a cura del Frankfurter Institut für Kriminalwissenschaften (*supra*, nota 5).

²⁶ U. HELLMANN, *Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-) Strafrechts*, in *Fest. Krey*, Stuttgart, 2010, 169 ss.

²⁷ H.J. HIRSCH (come nota 24).

²⁸ V. già TH. VORMBAUM, *Einführung: Das Feindstrafrecht und seine Kritik*, in Th. VORMBAUM/M. ASHOLT (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster, Berlin, 2009, VII ss., spec. XXX.

Il pensiero di base di questo postulato – quanto meno in uno stato di diritto – è illuminante: “il diritto penale” – così si esprime Kindhäuser – “è forza, e come ogni forza è a doppia direzione e perciò anche un nemico potenziale di quella libertà che esso intende proteggere”²⁹.

Osservando le cose da una prospettiva opposta, se nello stato di diritto vale il principio *in dubio pro libertate*, da ciò consegue che la punizione dei cittadini, quale forma più intensa di lesione della loro personalità compiuta dallo Stato, deve rimanere un’eccezione; la norma penale deve restare un’isola nel mare della libertà – così suona la bella formulazione del penalista fiorentino Francesco Palazzo, che pertanto parla anche di carattere “insulare” del diritto penale³⁰. La traduzione operativa di questa esigenza può appoggiarsi a tutti e tre gli aspetti dell’idea del diritto, e quindi alla giustizia, alla certezza del diritto e all’utilità (conformità allo scopo).

aa) Nell’ambito della *giustizia* si tratta della ricerca del criterio per stabilire ciò che lo Stato può legittimamente punire, detto altrimenti: ciò che rappresenta l’essenza del reato. Lo si definisce notoriamente come il *concetto sostanziale del reato*. Questo viene attualmente inteso in prevalenza attraverso il concetto del bene giuridico tutelato. Non è stato sempre così, e per tale motivo ritornerò sul punto nella parte storica.

bb) I criteri di imputazione, in particolare il principio di colpevolezza, delimitano ulteriormente l’ambito già definito attraverso la concezione materiale del reato; quanto più si intende la colpevolezza in senso rigoroso, tanto più frammentario ne risulta il diritto penale (nel significato della frammentarietà esterna).

cc) Alla frammentarietà prescrittiva appartiene anche – in ogni modo secondo una concezione moderna del diritto – la delimitazione dall’ambito di pertinenza delle norme della morale, che *in quanto tali* non devono costituire oggetto di disciplina del diritto penale³¹.

dd) E’ a tale livello che occorre tenere in considerazione la soglia di rilevanza, vale a dire l’esclusione dei fatti bagatellari³².

ee) Dal punto di vista della *certezza del diritto* segue il principio di *accessorietà* o del *carattere secondario* del diritto penale, che indubbiamente si situa in un rapporto di

²⁹ U. KINDHÄUSER, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in K. LÜDERSSEN, C. NESTLER-TREMEL, E. WEIGEND (come nota 13), 29 ss., 37.

³⁰ F. PALAZZO, *Strafgesetzhlichkeit. Transformation und Vielschichtigkeit eines „Fundamentalprinzips“* (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen. Kleine Schriften. 23), Münster, Berlin, 2010, 37 e *passim*.

³¹ M. MAIWALD, in *Fest. Maurach* (come nota 5) ravvisa nell’estromissione delle regole morali una delle forme di manifestazione della frammentarietà del diritto penale. Una questione diversa è se dovere di una politica penale intelligente sia di mirare a una congruenza la maggiore possibile tra norme morali e norme giuridico-penali.

³² E’ stato a mio avviso un errore legislativo, anziché sostituire con un illecito amministrativo il reato autonomo di furto di generi di prima necessità alimentare di modesto valore, fondato su una saggia tradizione (*Mundraubtatbestand*: § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB, vecchio testo), quello di integrarlo nella fattispecie di furto, sì da assoggettare i fatti corrispondenti (accanto ad altri) alla disciplina del § 248a del codice penale.

complicato collegamento con il concetto materiale del reato³³ ed è rimasto sino a oggi controverso. Il diritto penale, alla stregua di tale principio, non deve punire condotte che non siano già definite come illecite in altri rami giuridici “primari”, per es. in diritto civile o nel diritto pubblico. Esso recepisce pertanto l’oggetto della sua disciplina dal restante ordinamento.

Dall’*accessorietà* occorre tenere distinta la *sussidiarietà*³⁴.

Secondo quest’ultima, la disciplina extrapenale deve, in linea di principio, precedere quella penalistica³⁵. Mentre l’accessorietà (o natura secondaria del diritto penale³⁶), quando la si afferma, vale illimitatamente – in ogni caso a favore dell’accusato –, a proposito della sussidiarietà si può sollevare la questione se nel corrispondente ambito di disciplina, la minaccia penale si riveli come una regolamentazione meno capace di controllo³⁷ o più liberale³⁸ a confronto con i meccanismi di controllo extrapenali; in generale ciò sarà da escludersi certo già a causa

³³ Ciò che fra l’altro dipende dal fatto che il concetto del bene giuridico lo si registra anche al di fuori del diritto penale (v. i riferimenti in K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in R. HEFENDEHL/A. V. HIRSCH /W. WOHLERS [come nota 16], 155 nota 1); la questione è quindi, a seconda dei casi, se il concetto di “bene giuridico” che si commenta in ambito penalistico viene concepito come un concetto che appartiene all’intero ordinamento giuridico oppure come un concetto specificamente penalistico; diffusamente su tale problema J. L. GUZMÁN DALBORA, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell’opera di Birnbaum*, in *Diritto penale XXI secolo*, IX (2010), 371 ss. (trad. dallo spagnolo di G. Fornasari; è in corso la nostra traduzione tedesca dall’italiano). Il contributo di Guzmán Dalbora contiene numerosi nuovi spunti interpretativi dell’opera di Birnbaum che verranno richiamati in altri luoghi.

³⁴ I concetti di “accessorietà”, “sussidiarietà” e “ultima ratio” non sono sempre distinti chiaramente. Anch’io in *ZStW* 1995, 757 ho differenziato solo sussidiarietà e *ultima ratio*, equiparando di fatto la prima all’accessorietà. La distinzione ora accolta nel testo tra accessorietà e sussidiarietà e l’inquadramento della seconda come ipotesi speciale di applicazione del principio di *ultima ratio* mi pare che consenta una delimitazione dai contorni più precisi. – Una separazione tra principio di sussidiarietà e principio di *ultima ratio* è presente anche in C. PRITTWITZ, *Op. cit.*, 390 ss., ma in ogni modo riguarda altri aspetti concettuali.

³⁵ Sul principio di sussidiarietà v. anche, diffusamente, PRITTWITZ, *Op. cit.*, il quale accanto al significato nel senso di “in modo ausiliario” (“hilfsweise”), sottolinea anche l’altro nel senso di “venire in aiuto” (“zu Hilfe kommen”), che però a mio avviso non dovrebbe qui venire in considerazione.

³⁶ Forse per primo R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, Karlsruhe, 1954, 21 ss., poi ripreso anche nelle edizioni successive: R. MAURACH/H. ZIPF, *Strafrecht*, AT, Teilband 1. 8. Aufl., Heidelberg, 1992, 24 ss.; v. quindi, approfonditamente, K. LÜDERSEN, *Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?*, in *Fest. für Albin Eser*, München, 2005, 163 ss.

³⁷ Lüderssen discute l’ipotesi in cui la disciplina extrapenale conduce a una “tenuta di controllo” (“Kontrolldichte”) indesiderata, che “alla fine risulta di maggior peso di un diritto penale restrittivo che coltivi un effetto liberalizzante dato dalla non conoscenza”: K. LÜDERSEN, *Autobiographie*, in E. HILGENDORF (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin, 2010, 351 ss., 381.

³⁸ Qui si potrebbe argomentare che il diritto penale lascia pur sempre al cittadino la scelta tra il lecito e l’illecito e che sarebbe pur sempre più liberale di un intervento immediato dello Stato; in tal senso già G. FILANGIERI, *La Scienza Della Legislazione*. Edizione seconda veneta. Tomo IV, Giacomo Storti, Venezia, 1796, Cap. XXVI, p. 14: “La sanzione penale è quella parte della legge, colla quale si offre al cittadino la scelta o del adempimento di un sociale dovere, o della perdita di un sociale diritto”; v. pure già VORMBAUM, „*Politisches*“ *Strafrecht*, in *ZStW*, 1995, 748.

della “censura etico-sociale” legata alla punizione, e per effetto della pesantezza del processo penale. Osservata più esattamente, la sussidiarietà appare come un’espressione particolare del principio di *ultima ratio*.

ff) Ora questo principio è in primo luogo un postulato rivolto all’intelligenza del legislatore, e dunque in termini di *utilità*. Nel quadro di ciò che corrisponde o dovrebbe corrispondere al concetto materiale del reato e al principio di accessorieta, la politica, che è competente per le questioni di conformità allo scopo, deve scegliere quelle forme di condotta che – per esprimersi in termini neutrali dal punto di vista della teoria del reato – non possono trovare una risposta diversa da quella del ricorso alla minaccia punitiva e alla pena.

In uno Stato di diritto anche questa attività della politica è legata al principio di proporzionalità, salvo che addirittura si identifichi – ciò che è controverso – il principio di proporzione con quello di *ultima ratio*³⁹.

In tale contesto si inseriscono anche quelle limitazioni che lo *stesso* legislatore si propone nel quadro della tutela dei beni giuridici, sia che vengano contemplati solo alcune parti o aspetti del bene giuridico nella tutela, sia che si richiedano ulteriori elementi per l’integrazione della fattispecie – quale ad es. una determinata modalità di condotta⁴⁰ come accade per l’induzione in errore nella truffa o con l’inserimento di un elemento soggettivo particolare quale lo scopo di profitto, parimenti nella truffa, e in tal modo la frammentarietà interna venga consapevolmente incrementata.

Esistono sicuramente altri punti di vista che illustrano la frammentarietà descrittiva e ulteriori ragioni fondanti la frammentarietà prescrittiva. Per gli scopi del presente contributo, peraltro, sono sufficienti le considerazioni già svolte.

4. *Résumé.*

Frammentarietà descrittiva è una constatazione relativa alla natura del diritto penale. Come frammentarietà esterna essa registra che le norme penali formano ritagli dalla realtà, che sono insulari; come frammentarietà interna essa registra che queste isole non sono disposte in cerchio, non sono forme chiuse, ma presentano numerose insenature e frastagliature, perfino lagune e laghi, che in forza del principio *nullum crimen sine lege* non possono, come tali, essere eliminate.

Frammentarietà prescrittiva, invece, è un *postulato*. Come frammentarietà *esterna* essa richiede che le isole non si moltiplichino sino a diventare arcipelaghi, né si ingrandiscano fino a essere continenti; come frammentarietà *interna* essa esige che il

³⁹ Ampiamente al riguardo i contributi di M. BÖSE, *Grundrechte und Strafrecht als „Zwangrecht“* e di M. BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, in R. HEFENDEHL/A. V. HIRSCH/W. WOHLERS (come nota 16), rispettivamente 89 ss. e 96 ss.

⁴⁰ G. STACHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, S. 56 ss., distingue tra “bene giuridico” e “modalità lesive” (“Angriffswegen”).

legislatore non abbia timore delle insenature delle isole e che chi applica la legge le rispetti. Sul piano *operativo* tuttavia – dato che possiede formalmente una esistenza di tipo negativo – essa viene tuttavia perseguita come obiettivo non in modo diretto, ma come traduzione negativa di leggi positive quali il concetto materiale del reato, il principio di accessoria e quello di *ultima ratio*.

Ciò significa: non esiste – quanto meno sul piano sostanziale – una autonoma dogmatica del diritto penale frammentario. Tuttavia ben potrebbero esistere una teoria e una dogmatica che negli esiti promuovono la frammentarietà⁴¹.

B. PARTE SECONDA: PROFILI STORICI

1. Origine della denominazione.

Nella seconda parte della mia relazione vorrei come prima cosa trattare brevemente dell'origine della denominazione "diritto penale frammentario".

L'inventore del termine è notoriamente Karl Binding, che parla del "carattere frammentario del diritto penale"⁴². Quando Binding critica il fatto che nessun altro ramo del potere legislativo si manifesta in egual misura mediante la promulgazione di leggi d'occasione (*Gelegenheitsgesetze*) come avviene nella legislazione penale, egli non rivolge una critica all'espansione sconsiderata del diritto penale dovuta al legislatore⁴³; Binding, piuttosto, rimprovera al legislatore di non lavorare mai in maniera sistematica. Sarebbe una grave carenza della sua opera il dato per cui accanto a fatti illeciti minacciati con la pena, quasi dovunque "ci sono al loro fianco altri illeciti affini, immediatamente confinanti, che egli trascura". Nessuna materia legislativa avrebbe bisogno, più di questi, di un "arrotondamento" grazie all'interpretazione, e in particolare grazie all'analogia, che sarebbe un comandamento della giustizia⁴⁴.

⁴¹ Richiamo di complemento all'immagine grafica (riportata alla fine del presente contributo): il cerchio più interno (il n. 4) sta per una posizione (seguita più di fatto che esplicitamente) che circoscrive il problema della frammentarietà all'ambito della proposizione *nullum crimen sine lege*, come per es., tendenzialmente, W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., Neuwied, 2002, 64, come pure C. PRITWITZ, (*supra* nota 5), 405, che intende il concetto del "diritto penale frammentario" come descrizione del principio "nullum crimen sine lege", e quindi lo delimita a ciò che qui viene indicata come "frammentarietà interna" mentre ciò che qui significa la "frammentarietà esterna" viene visto come un problema di "un diritto penale strettamente limitato".

⁴² K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Besonderer Teil, Band 1, rist. della 2. Auflage, Leipzig, 1902, Aalen (Scientia), 1969, 20.

⁴³ Ciò è già stato variamente osservato, v. per es. M. MAIWALD (*supra*, n. 5), 9; C. PRITWITZ (*supra*, n. 5), 388; LASSAK, *Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung*, in INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT (Hrsg.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt e a., 1999, 75 ss.; S. BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Frankfurt a.M., 2003, 431; KÖLBEL, in GA, 2002, 404.

⁴⁴ K. BINDING, *Op. cit.*, S. 21. Ad ogni modo Binding si oppone, a fronte della disciplina legislativa esistente, contro chi, avvalendosi dell'analogia "in modo naturalmente biasimevole cela sotto la maschera

Binding in tal modo pone implicitamente due richieste:

1) al legislatore, di “arrotondare” gli ambiti di disciplina penale secondo criteri di giustizia sostanziale, e

2) all’interprete, di accettare la possibilità legislativa di recuperare questo arrotondamento, se necessario, mediante analogia. In altri termini, Binding prende atto (in modo *descrittivo*) che esiste la frammentarietà; e richiede (in modo *prescrittivo*) l’introduzione di misure per eliminarla⁴⁵.

Le prese di posizione di Binding mostrano che in aggiunta alla frammentarietà prescrittiva nel significato della proposizione “il diritto penale deve essere frammentario”, c’è anche una proposizione opposta: “il diritto penale *non* deve essere frammentario”; e forse questa pretesa, storicamente, era persino la più forte. In ogni caso Binding si riferisce alla frammentarietà *interna* che non è stata assunta come fine dal legislatore, descrittiva, quindi, e per questo motivo egli in maniera conseguente rifiuta il divieto di analogia.

Quell’ambito, rispetto al quale egli viene per lo più citato, il grande settore della frammentarietà *esterna* e con ciò l’ambito principale della frammentarietà prescrittiva, non lo riguarda minimamente.

Se ora aggiungiamo altre considerazioni storiche, dopo quanto già trattato, ciò può solo riguardare strutture ed eventi che hanno avuto come conseguenza una estensione o una restrizione del diritto penale, e quindi – come riflesso – un diritto penale più o meno frammentario.

Prenderò in considerazione tre ambiti, quello della teoria del diritto penale, quello legislativo e quello dell’interpretazione della legge, ma in questo dovrò limitarmi ad aspetti importanti o illustrativi.

2. Teoria

1. Concetto sostanziale del reato.

Quanto all’ambito della teoria del reato, sono qui importanti soprattutto gli sforzi di formulare una definizione sostanziale del reato. Comincio le mie considerazioni con la parte iniziale della nostra epoca giuridica, e quindi con la seconda metà del XVIII secolo e la prima parte del XIX secolo. Lì ci imbattiamo in tre punti di partenza sul concetto materiale del bene giuridico:

1) la teoria del contratto sociale: definire e delimitare lo spazio legittimo della pena statale era proprio uno degli obiettivi centrali delle teorie contrattualistiche.

dell’interpretazione estensiva il tentativo di ricondurre sotto la pena condotte non previste dalla legge” (*Op. cit.*, 22).

⁴⁵ Anche KÖLBEL, in *GA*, 2002, 404, si richiama al carattere in primo luogo descrittivo (e censorio) delle considerazioni di Binding.

Secondo Beccaria il diritto di punire è tanto esteso quanto la somma delle più piccole libertà di ogni singolo dedotte nel contratto sociale⁴⁶. Libertà alle quali i singoli hanno rinunciato al fine di “garantire l’attenzione ai diritti degli altri e dello Stato in qualità di garante di questi diritti”⁴⁷.

2) la teoria della lesione del diritto di Kant e di Feuerbach che, partendo dalla premessa della concezione kantiana del diritto, dove il diritto è equiparato alla compossibile libertà di tutti, delimita il concetto materiale del reato alla lesione di diritti soggettivi⁴⁸;

3) la teoria del “bene” leso sviluppata nel 1834 da Johann Michael Franz Birnbaum, secondo la quale il reato è “la lesione o messa in pericolo di un bene che deve essere egualmente assicurato a tutti dalla forza dello Stato, quando una sua garanzia generale non può essere raggiunta altrimenti che attraverso [la minaccia o l’esecuzione di una pena determinata]”⁴⁹.

E’ controverso se queste tre prospettive debbano essere considerate come rami del medesimo ceppo d’origine, cioè quello dell’età dei Lumi⁵⁰, o come tre autonome produzioni aventi connotazioni storico-spirituali e politiche differenti. La loro autonomia è stata sostenuta particolarmente da Amelung⁵¹; ha obiettato Schünemann che le differenze non possono essere sovrastimate, ma dal canto suo tende – in modo dialettico – a ridurle⁵².

La questione cruciale rimane quella della valutazione del passaggio dalla teoria della lesione del diritto a quella della lesione del bene. Se si concepisce questo passaggio come irrilevante per il tema dell’estensione del diritto penale, allora la teoria della lesione del bene si colloca dapprincipio in una tradizione della limitazione del diritto penale, svolge perciò quella funzione liberale che le viene assegnata oggi dal *main stream* della scienza penalistica. Se però si valuta come rilevante quel passaggio, allora ci sono molte ragioni per ritenere – come analizzato anche da Silva Sánchez nel suo libro su “L’espansione del diritto penale”⁵³ – che presso la culla della teoria del bene giuridico non ci fosse il pensiero della limitazione del diritto penale, ma quello della sua flessibilizzazione e della sua estensione.

⁴⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), in ID., *Opere*, a cura di S. ROMAGNOLI, Sansoni, Firenze, 1958, vol. I, p. 37 ss. e qui p. 49.

⁴⁷ K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972, 20.

⁴⁸ *Ivi*, 28; v. pure (criticamente) B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in R. HEFENDEHL/A. V. HIRSCH / W. WOHLERS (*supra*, n. 16), 133 ss.

⁴⁹ Scelta del brano dalla silloge a cura di T. VORMBAUM, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, cit. Heidelberg etc. 2011, 148 ss., in partic. 152.

⁵⁰ B. SCHÜNEMANN (*supra*, n. 48), 139.

⁵¹ K. AMELUNG (*supra*, n. 47), 38 ss., che ricava la teoria della tutela “di beni” dalla critica della teoria della lesione del diritto.

⁵² B. SCHÜNEMANN (*supra*, n. 48).

⁵³ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2003, 62 ss.

In ogni caso Birnbaum, col suo richiamo – indubbiamente centrato – al fatto che non si possono ledere i diritti in quanto tali, quanto piuttosto i sostrati di questi diritti, e per l'appunto i “beni” corrispondenti, aprì obiettivamente la porta all'estensione del diritto penale oltre la cerchia della lesione dei diritti soggettivi: nel XIX secolo si trattò soprattutto dei delitti di religione e dei reati carnali⁵⁴.

La valutazione storica è per questo difficile, perché noi abbiamo ben presente l'evoluzione della teoria della lesione del bene, che da Binding in poi è definita teoria della lesione del bene giuridico, ma nessuno sa come si sarebbe sviluppata la teoria della lesione del diritto, se non fosse stata abbandonata nel corso del XIX secolo. Può essere che anch'essa avrebbe elaborato una sorta di lesione del diritto collettivo. Non lo sappiamo e non possiamo saperlo. Con ogni riserva contro le ricostruzioni ipotetiche della storia, mi pare peraltro che il concetto di lesione *del diritto* sia complessivamente più resistente rispetto alle tendenze espansionistiche rispetto al concetto di lesione *del bene*.

Lo stesso Birnbaum non era in primo luogo interessato a un'espansione di ciò che è legittimamente punibile. La cerchia dei reati viene nella sua opera ampliata solo moderatamente rispetto alla teoria della lesione del diritto. Tuttavia, dopo un periodo di latenza di alcuni decenni, la teoria della tutela dei beni cadde sotto il dominio di Karl Binding, che coniò la definizione rimasta corrente sino a oggi di “bene giuridico”; con Binding il bene giuridico perde il suo carattere pregiuridico e si trasforma da uno strumento critico in uno quanto meno ambivalente, se non addirittura prevalentemente affermativo. Binding definisce beni giuridici quelle “condizioni effettive di un salutare bene comune che risultino tali alla luce di un approccio realistico”⁵⁵, affida al legislatore la determinazione più precisa di queste condizioni e lascia alla sua discrezionalità la creazione di nuovi beni giuridici; quando Franz v. Liszt⁵⁶ caratterizza il reato come il comportamento antisociale che “offende gli interessi della vita protetti da norma giuridiche”, la differenza rispetto a Binding appare marginale. La successiva spiritualizzazione che il concetto di bene giuridico subì in seguito, non da ultimo grazie al neokantismo⁵⁷, ridusse la distanza dalla teoria della violazione del dovere che

⁵⁴ V. su ciò M. FROMMEL, *Strafjustiz und Polizei*, in *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt a.M., 1987, 169 ss., spec. 191 ss.

⁵⁵ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1890, 339 ss.

⁵⁶ Rispetto al quale, come ha dimostrato Frommel, occorre distinguere a seconda del tempo della presa di posizione, nonché se egli argomenta come politico del diritto o come dogmatico del diritto e penale: Monika FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion*, Berlin, 1987, 76 ss.

⁵⁷ In rapporto al dibattito sul neokantismo è stata sostenuta (da Frommel) l'idea che, per quanto ci sarebbe stata una possibilità alternativa all'effettivo sviluppo della teoria di Liszt, nondimeno si affermò la linea sostenuta da Kohlrausch (poi completata attraverso la linea di Eb. Schmidt). Ciò può anche essere, purtuttavia la storia è in tal senso conclusa, e la possibilità alternativa non si è realizzata, sì che anche in questo caso considerazioni storiche ipotetiche risultano di scarso aiuto. Né pare poi del tutto convincente che il nome di Radbruch si collochi a favore di una linea alternativa potenziale. Il progetto di riforma del 1922, che prese il suo nome, si appoggiò a progetti precedenti (1909, 1911, 1913, 1919), ma introdusse anche autonome nuove intensificazioni ed espansioni del diritto penale. La previsione dell'abolizione della pena

gli fu contrapposta durante il dominio nazionalsocialista; la polemica dei teorici nazionalsocialisti – come osserva giustamente Amelung⁵⁸ – fu in definitiva frutto di un’incomprensione, dato che anche durante il nazismo c’erano non pochi sostenitori dell’idea della tutela del bene giuridico.

Dopo il 1945 questo equivoco giovò al concetto del bene giuridico, sebbene esso abbia avuto bisogno di un po’ di tempo per ritornare a essere un concetto dominante in contrapposizione al diritto naturale conservatore, se non anche reazionario, della vecchia Repubblica federale. Una breve riviviscenza la sperimentò il bene giuridico negli anni Sessanta e Settanta, quando sotto la sua bandiera furono cancellate alcune fattispecie residuali soprattutto in materia di reati sessuali: una interessante curiosità della storia del diritto penale, dato che una ragione per il rifiuto della teoria della lesione del diritto nel XIX secolo – per es. secondo la lettura di Carl Joseph Anton Mittermaier⁵⁹ – era stata che questa teoria non fosse in grado di legittimare le fattispecie dei c.d. delitti carnali.

Con il meritevole volume collettaneo di Hefendehl e altri⁶⁰ abbiamo oggi a disposizione un inventario dell’intero ventaglio dei problemi della teoria del bene giuridico, delle sue limitazioni, delle sue estensioni e delle sue integrazioni. Le posizioni spaziano dalla concezione che il bene giuridico centrale sia l’effettiva vigenza

di morte nel progetto del 1922 ha il suo fondamento quanto meno *anche* nel fatto per cui l’Austria, insieme alla quale si intendeva concordare la riforma, aveva abolito tale pena già nella Costituzione; approfondimenti in F. GOLTSCHÉ, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*, Berlin, 2010; TH. VORMBAUM, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 28. Mai 1943*, 2010, S. 60 s.; v. anche *infra* III 2 b).

⁵⁸ AMELUNG (n. 33), 160.

⁵⁹ C. J. A. MITTERMAIER, *Über die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts* (1819), brano antologico in TH. VORMBAUM (Hrsg.), *Strafrechtsdenker* (cit. n. 49), 122; contro la dottrina della lesione del diritto Mittermaier si è espresso anche nella nona edizione del manuale di Feuerbach da lui curata; sul punto T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Heidelberg e a., 2011, 60 n. 27. Merita di essere attestato che l’A., che passa per liberale, annotando la constatazione liberale di Feuerbach, che sarebbero esclusi [solo] “quei soddisfacimenti illeciti dell’istinto sessuale [...] che contengono già nel loro concetto la lesione di veri diritti di una persona” (*Lehrbuch*, cit., 719), così si esprime: “anche qui l’erroneo punto di vista che ravvisa in ogni crimine la lesione di un diritto ha condotto l’A. alla falsa opinione di ricondurre tutti i delitti [non i crimini] carnali alle contravvenzioni di polizia. Se si considera l’importanza della moralità dei costumi per lo Stato, in quanto senza di essa manca una solida base della legalità, si dimostra il dovere dello Stato di proteggere i suoi cittadini contro gli attacchi alla moralità, di vigilare ottimamente sulla pubblica decenza di punire le sue violazioni, di tutelare dalle seduzioni sessuali minori e persone incapaci, si giustifica allora la punizione di determinate forme di delitti sessuali anche con pene più severe di quelle che potrebbe riconoscere il diritto di polizia” (*Op. cit.*, 719); v. pure p. 738 s. sui “soddisfacimenti contro natura dell’istinto sessuale” (da Feuerbach pure ricondotti alle contravvenzioni di polizia): “Il punto di vista infelice che vuole vedere una lesione del diritto in ogni reato ha prodotto il risultato che in varie nuove leggi è stata esclusa la sodomia dal novero dei reati”.

⁶⁰ R. HEFENDEHL / A. V. HIRSCH / W. WOHLERS (Hrsg.) (n. 16); e per completare v. R. HEFENDEHL, *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *GA*, 2001, 1 ss.; buona e perspicua descrizione dell’evoluzione e delle posizioni attuali anche in S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, 24 ss., 33 ss.

del diritto⁶¹, sino al concetto personale del bene giuridico⁶², dai diversi tentativi di individuare nuovi criteri per dare un profilo al concetto di bene giuridico⁶³, sino alla concezione che una definizione *generale* del bene giuridico sia condannata al fallimento⁶⁴, sino alla sostituzione o all'integrazione della teoria del bene giuridico mediante l'*harm principle* e l'*offense principle*⁶⁵, all'orientamento costituzionalistico (con diversa intensità)⁶⁶ e alle tesi che ritengono sufficiente la sola vigenza del principio di proporzione⁶⁷.

E' controverso se il concetto di bene giuridico abbia una funzione limitativa della pena, una potenzialità frammentaria, o se se quanto meno gli si possano assegnare tali funzioni, oppure se si tratti soltanto di uno strumento metodologico ausiliario immanente al sistema.

In ogni modo in letteratura, grazie al richiamo a un assente o erroneo collegamento con il bene giuridico, viene ripudiata la legittimità di un piccolo novero di incriminazioni⁶⁸, come pure la legittimità di una serie di c.d. beni giuridici apparenti, come la "salute del popolo"⁶⁹, o l'utilità pratica dell'economia delle assicurazioni⁷⁰, della pace pubblica⁷¹, della sicurezza del traffico⁷², dei sentimenti⁷³, della fiducia e della sicurezza⁷⁴.

⁶¹ Così G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., Berlin, 1993, 35; in modo simile U. KINDHÄUSER (come a nota 29); largamente conosciuta è la sentenza che Jakobs ha formulato al Convegno dei professori di diritto penale del 1985: "In caso di conseguente attuazione della premessa della tutela dei beni giuridici si dovrebbe perfino lottare penalmente contro i pensieri pericolosi di autori potenziali e altresì contro le radici di questi pensieri pericolosi": G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, 751 ss., 753.

⁶² W. HASSEMER/U. NEUMANN, *NK StGB*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010, Vor § 1 Rn. 131 ss.; C. ROXIN, (nota 6) 16 ss.

⁶³ Richiami alle diverse premesse in ROXIN, AT/1 (nota 6), 47 ss.

⁶⁴ Così per es. B. SCHÜNEMANN, (nota 48), 135 s.

⁶⁵ Al riguardo A. VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle*, in *GA*, 2002, 2 ss. (rinnovato in: R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH /W. WOHLERS [come n. 16], 13 ss.); P. WITTIG, *Rechtsgutstheorie, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen*, *ibidem*, 239 s.; K. SEELMANN, *Rechtsgutskonzept, „Harm Principle“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien*, *ivi*, 261 ss.

⁶⁶ Cfr. soprattutto W. HASSEMER, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH / W. WOHLERS (nota 16), 57 ss.; O. LAGODNY, *Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, *ibidem*, 83 ss.

⁶⁷ V. i riferimenti a n. 39; appartiene a tale orientamento da ultimo anche la giurisprudenza della Corte costituzionale; sulla problematica della "doppia" prova della proporzionalità della Corte cost., v. S. SWOBODA, (come nota 60), 44 ss.

⁶⁸ Vengono citati tra gli altri i reati di cui ai §§ 86a, 129a, 130 Abs. 3, 168a, 183, 261, 264, 265 del codice penale e (quantomeno in parte) il § 31 della legge sugli stupefacenti (BtmG).

⁶⁹ C. ROXIN, AT/1 (nota 6), 17.

⁷⁰ *Ibidem*, e altresì SCHÜNEMANN (nota 48), 151.

⁷¹ S. SWOBODA, in *ZStW*, 2010, 39.

⁷² B. SCHÜNEMANN (nota 48), 152; K. AMELUNG, *Rechtsgut* (nota 33), 175.

⁷³ C. ROXIN, AT/1 (nota 6), 22 s. (con l'eccezione dei sentimenti di minaccia).

⁷⁴ K. AMELUNG, *Rechtsgut* (nota 33), 177.

3. Legislazione

1. Fattori strutturali di influenza

Sotto l'influsso liberale prosegue nel XIX secolo – quantunque non in tutti i settori⁷⁵ e nemmeno in maniera lineare – la moderata riduzione del diritto penale iniziata sul finire del XVIII secolo. Nell'epoca della nascita e del consolidamento dello Stato interventista, al più tardi dagli inizi degli anni '70 del XIX secolo, il diritto penale riprende poi a crescere in ampiezza – un processo che, con occasionali interruzioni, prosegue sino ad oggi. Per questa crescita vi sono numerose ragioni: socioeconomiche, tecniche, storico-filosofiche e politiche. Mi debbo limitare qui ai fattori giuridici. Mi sembra significativo che questi fattori – seguendo quasi una legge della teoria dell'evoluzione – si siano sviluppati dapprima in nicchie esterne alle codificazioni e da lì – direttamente o indirettamente – si siano spinti sino al centro del diritto penale. Quali principali fattori di influenza ravviso – nell'ordine cronologico secondo il quale hanno iniziato ad esercitare la loro efficacia:

a) il *diritto penale complementare*⁷⁶, che tende alla protezione di beni giuridici superindividuali, che nella sua tecnica di regolamentazione non è sovente compatibile con il principio di determinatezza, che ha costituito anche il punto di partenza per l'espansione della punibilità della colpa, dell'omissione e delle forme di anticipazione e che ha conosciuto nella e dalla prima guerra mondiale⁷⁷ una espansione a valanga;

⁷⁵ Un'eccezione, accanto al diritto penale politico (i decreti di Karlsbad!) e ai delitti di religione, fu soprattutto la materia del diritto penale sessuale (che anche nell'evoluzione del concetto materiale del reato svolse un ruolo importante); v. al riguardo Andreas ROTH, *Die Sittlichkeitsdelikte zwischen Religion und Rationalität. Strafrechtspraxis und Kriminalpolitik im 18./19. Jahrhundert*, in Reiner SCHULZE / Thomas VORMBAUM / Christine D. SCHMIDT / Nicola WILLENBERG (Hrsg.), *Strafzweck und Strafnorm zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung*, Münster, 2008, 195 ss.

⁷⁶ Sul diritto penale complementare fino al 1914, cfr. Robert WEBER, *Die Entwicklung des Nebenstrafrechts 1871 bis 1914* (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 3 Bd. 5), Baden-Baden, 1999; sul diritto penale economico durante il dominio nazionalsocialista, v. Stefan WERNER, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Frankfurt a.M. e a., 1991; v. quindi Johanna Gertrude SCHMITZBERGER, *Das nationalsozialistische Nebenstrafrecht 1933 bis 1945*, Frankfurt a.M., 2008.

⁷⁷ Sul punto v. Wolfgang NAUCKE, *Über das Strafrecht des I. Weltkriegs*, in ID., *Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, 2000, 287 ss.; Christine RICHSTEIN, *Das „belagerte“ Strafrecht. Kriegsstrafrecht im Deutschen Reich während des Ersten Weltkrieges*, Münster e a., 2000; in sintesi VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. Auflage, Heidelberg e a., 2011, 153 ss.

b) dal 1923 il *diritto penale minorile*, che spinge nella direzione della flessibilità e secondo la sua struttura tende a superare l'efficacia limitante del principio di colpevolezza;

c) il *diritto delle misure di sicurezza* – disciplinato per legge dal novembre 1933⁷⁸ – che ha sostituito la colpevolezza per il fatto del diritto penale classico con il punto di vista della pericolosità, che ha così provocato un'espansione dell'ambito sanzionatorio e che con l'attuale § 2 co. 6 StGB ha coerentemente infranto il divieto di retroattività⁷⁹;

d) il *diritto penale dell'economia* all'interno ed all'esterno del codice penale, che è nato per scopi eterogenei sotto il profilo della politica del diritto - da un lato per stabilire una sorta di simmetria sociale del diritto penale nei confronti del *white collar crime*, dall'altro lato però per evitare, nei confronti dell'economia, meccanismi sanzionatori e di controllo extrapenali più rigorosi e troppo vincolanti per l'economia⁸⁰, – e che, con le sue mire di orientamento a largo raggio, tende sistematicamente a fattispecie penali troppo ampie ed indeterminate;

e) ampiamente connesso con il diritto penale dell'economia, il *diritto penale europeo*, che, in base al suo carattere interventzionistico, conduce regolarmente ad una maggiore criminalizzazione⁸¹ e costituisce con ciò il programma di contrasto a quella evoluzione, che aveva portato nel XIX secolo in Germania alla codificazione unitaria del *Reich* e che, quantomeno in vasti settori, aveva rappresentato la sintesi di una evoluzione liberale del diritto penale.

f) ed infine dobbiamo al cd. *diritto penale internazionale* – nato dalla comprensibile esigenza di porre fine all'immunità dei criminali di Stato – l'allentamento di una serie di istituti giuridici, non ultima la rimozione della prescrizione per omicidio e genocidio, vale a dire la perseguibilità penale per tutta la

⁷⁸ Approfondimenti in Christian MÜLLER, *Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933. Kriminalpolitik als Rassenpolitik*, Baden-Baden, 1997; v. pure ID., *Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871-1933*, Göttingen, 2004.

⁷⁹ Per la critica al § 2 Abs. 6 StGB, v. i riferimenti in Gerhard DANNECKER, *LK*, 12. Aufl., Bd. 1, Berlin, 2006, § 2 Rn. 135; Winfried HASSEMER/Walter KARGL, *NK StGB*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010, § 2 Rn. 57 ss., spec. Rn. 60.

⁸⁰ Chiaramente per es. Klaus TIEDEMANN, *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, in *Fest. Stree/Wessels*, Heidelberg, 1993, 527 ss.

⁸¹ Da una letteratura a stento dominabile v. i contributi puntali di Wolfgang NAUCKE, *Europäische Gemeinsamkeiten in der neuen Strafrechtsgeschichte und Folgerungen für die aktuelle Debatte*, in *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* 2 (2000/2001), 1 ss.; Klaus LÜDERSEN, *Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtsetzung*, in *GA*, 2003, 71 ss., con altri richiami alle note 90 ss.; Massimo DONINI, *Subsidiarität des Strafrechts und Subsidiarität des Gemeinschaftsrechts*, in ID., *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlin, 2006, 151 ss.; ID., *Ein neues strafrechtliches Mittelalter? Altes und Neues in der Expansion des Wirtschaftsstrafrechts*, *ibidem*, 203 ss.

vita, che non è compatibile con un diritto penale umano. A ciò appartiene infine anche la punibilità della “menzogna sull’olocausto” (negazionismo)⁸².

2. Esempi

La ricaduta di questi fattori di influenza sul nucleo del diritto penale si è verificata a volte con immediatezza, altre volte con gradualità. Vado rapidamente a due novelle del codice penale, che hanno portato ad una sensibile espansione del diritto penale nel suo nucleo classico.

a) La novella del 1876

Una prima ampia novella, che modificò o introdusse *ex novo* non meno di 50 precetti del codice penale – prevalentemente nel senso di un’espansione della punibilità o di un maggior rigore sanzionatorio – fu la legge di modifica ed integrazione del codice penale del 1876⁸³. Ne traggo ad esempio due punti:

aa) la non punibilità in linea di principio del tentativo di partecipazione venne per la prima volta intaccata – e poi più volte in seguito progressivamente erosa - da parte del nuovo § 49a, la cd. *Lex Duchesne*. Anche circoscritte forme di ulteriori condotte di anticipazione dell’attuale § 30 co. 2 vennero per la prima volta assoggettate a pena⁸⁴. Come si sa, non si è rimasti fermi a questi casi circoscritti⁸⁵.

bb) Venne introdotta *ex novo* la fattispecie delle lesioni personali pericolose; anche qui la novella segnò l’inizio di una tendenza espansiva: nel 1912 l’estensione agli

⁸² Più in dettaglio Th. VORMBAUM, *Vergangenheitsbewältigung im Rechtsstaat*, in *Fest. Amelung* (Berlin, 2009), 783 ss.; sugli elementi di diritto penale del nemico nel diritto penale internazionale v. Emanuela FRONZA, *Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit*, in VORMBAUM/ASHOLT, *Kritik* (cit. a nota 28), 413 ss.; sulla negazione dell’Olocausto v. (anche in prospettiva comparata) ID., *Der strafrechtliche Schutz des Gedenkens. Bemerkungen zum Tatbestand der Holocaust-Leugnung*, in *Jb. d. juristischen Zeitgeschichte* 11 (2010), 243 ss.

⁸³ La legge riguardante la modifica delle disposizioni del codice penale per il Reich tedesco del 15 maggio 1871 e la sua integrazione del 26 febbraio 1876. RGBl. 1976, 25, trovasi in: VORMBAUM/WELP, *Das StGB. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen*, Bd. 1., Berlin, 1999, 92 ss.

⁸⁴ Sugli antifatti v. la sintesi di Martin ASHOLT, in VORMBAUM/WELP, *Das StGB*, Supplementband 3, Berlin, 2006, 100. Attraverso il nuovo § 49a venne punita l’intimazione a un crimine o la partecipazione a un crimine e l’accettazione dell’istigazione, e quindi la disponibilità e l’accoglimento della disponibilità a commettere un crimine: tutte forme di condotta previste nondimeno o se realizzate per iscritto, oppure se l’ingiunzione o la disponibilità erano collegate “alla dazione di vantaggi di qualche tipo”. Più in dettaglio Jost-Dieter BUSCH, *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB*, jur. Diss., Marburg, 1964; per l’inquadramento generale v. Thomas VORMBAUM, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 28. Mai 1943*, Münster, Berlin, 2010, 22 ss.

⁸⁵ Sul punto v. da presso.

abusi nei confronti di soggetti protetti⁸⁶, che nel 1933, a seguito di ripetute espansioni, divenne fattispecie autonoma⁸⁷; a partire dal 1940 fu possibile per il pubblico ministero far venir meno il requisito della querela per le lesioni personali semplici⁸⁸; nel 1969 venne penalizzato il *tentativo* di lesioni personali pericolose⁸⁹; e il culmine dell'evoluzione – il punto più basso nella prospettiva del diritto penale frammentario – venne raggiunto con la criminalizzazione del tentativo di lesioni personali semplici, attraverso la cd. 6. Legge di riforma del diritto penale⁹⁰.

b) Regolamento di assimilazione del 1943

Il mio secondo esempio è il c.d. Regolamento di assimilazione del diritto penale del 1943⁹¹. Questo implementò fra l'altro nel codice penale la diminuzione di pena meramente facoltativa per il tentativo, proseguì nell'espansione della punibilità nell'area antecedente alla partecipazione ed introdusse inoltre la fattispecie della simulazione di reato, l'attuale struttura della fattispecie della violenza privata, la punibilità delle false dichiarazioni non sotto giuramento e l'espansione della fattispecie del falso documentale allo stadio degli atti preparatori. Fino ad un punto marginale – punibilità della complicità tentata⁹² (*versuchte Beihilfe*) – tutti gli istituti qui richiamati sono rimasti nel codice penale dopo il 1945 e sino ad oggi⁹³.

Vi furono ancora ulteriori spinte particolari nella medesima direzione; penso prima di tutto alla novella del 1935, che circoscrisse il divieto di analogia e permise l'accertamento facoltativo. Su questa ritornerò in seguito, in rapporto alla *interpretazione* della legge penale.

⁸⁶ Legge, concernente modifiche del codice penale, 19 giugno 1912 (RGBl. 1912, p. 395), n. 3 (in relazione al § 223a Abs. 2).

⁸⁷ Legge, concernente modifiche del codice penale, del 26 maggio 1933 (RGBl. 1933, S. 295), n. 15 (in relazione al § 223b).

⁸⁸ Decreto del 2 aprile 1940, n. 3, per la modifica dei reati di omicidio colposo, omicidio, lesione personale e fuga in caso di incidente stradale (RGBl. 1940, p. 606).

⁸⁹ Art. 19 Nr. 94b della legge introduttiva al codice penale del 2 marzo 1974 (BGBl. I 1974, 469).

⁹⁰ Sesta legge di riforma del diritto penale, del 26 gennaio 1998, n. 37 (BGBl. I 1998, 164).

⁹¹ Su tale disposizione VORMBAUM (cit. a nota 85).

⁹² Fu abolita per effetto dell'art. 2 n. 8 della terza legge di modifica del diritto penale del 4 agosto 1953 (BGBl. I 1953, 735).

⁹³ Sulla trasformazione nel § 240 Abs. 2 StGB del requisito del "sano sentimento del popolo" ("gesunden Volksempfinden") in quello della "riprovevolezza" ("Verwerflichkeit") e sulla giurisprudenza della Cassazione sul "sano sentimento del popolo" (BGHSt 1, 84 ss.; BGHSt 5, 256) v. Friedrich DENCKER, *NS-Justiz vor Gericht*, in Jörg REQUATE (Hrsg.), *Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch (1960-1975)*, Baden-Baden, 2003, 93 ss.

3. Accelerazione

Dopo una breve fase liberale verso la fine degli anni '60 ed all'inizio dei '70, nella quale persino la parola "depenalizzazione" fu all'ordine del giorno, si accelera nell'ultimo terzo del XX secolo e sino ad oggi l'espansione del diritto penale. Un indicatore di questa espansione e con ciò della calante frammentarietà del diritto penale è la crescita del puro e semplice numero delle riforme del codice penale. Delle circa 240 riforme del codice penale dal 1871, 59 ricadono nei circa 80 anni dal 1871 al 1949; per contro, ricadono nei circa 60 anni dal 1949 ad oggi non meno di 180 riforme⁹⁴.

Vi sono senza dubbio fattori che relativizzano questi numeri. La cifra delle leggi di riforma non è identica con la cifra delle nuove fattispecie penali, e la cifra delle nuove fattispecie penali non coincide del tutto con l'espansione dell'ambito della punibilità; vi sono stati anche meri spostamenti dal diritto penale complementare al codice penale. Ad un secondo sguardo si rivela però che queste relativizzazioni in ogni caso affievoliscono solo in piccola parte la tendenza. La massa delle leggi di riforma contiene, infatti, nuove fattispecie penali, espansioni della punibilità ed aumenti di pena – ricordo solo che la cd. *Sesta Legge di riforma del diritto penale* ha risolto la controversia fra piccola o grande "interpretazione di rettifica" della fattispecie di appropriazione indebita in termini tali che la nuova versione si spinge ancora più in là della grande interpretazione di rettifica. La novella del 1998 ha anche dato impulso a una tecnica legislativa, che è fatale per un diritto penale frammentario, i cd. *esempi di regola (Regelbeispiele)*, una tecnica che deve purtroppo la sua nascita alla legislazione di riforma degli anni '60. Al "peccato originale del § 243"⁹⁵ ne hanno fatto seguito altri⁹⁶, e si possono accettare scommesse su quando verrà completata la sostituzione – che nel Ministero federale della giustizia è già stata effettivamente presa in considerazione – di tutte le fattispecie di qualificazione nell'ambito dei reati meno gravi (*Vergehen*) con esempi di regola.

⁹⁴ Le cifre sono analizzate in Th. VORMBAUM, *130 Jahre Strafgesetzbuch – Markierungspunkte und Tendenzen*, in ID./Jürgen WELP, *Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Supplementband 1*, Berlin, 2003, 456 ss., e qui a p. 481 s., anche in merito all'aumento delle c.d. leggi di lotta [o di contrasto: *Bekämpfungsgesetze n.d.t.*]; v. pure Roland HEFENDEHL, *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität*, in *ZStW*, 2007, 816 ss., 817 nota.

⁹⁵ Uwe SCHEFFLER, *Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa*, Berlin, 2006, 36.

⁹⁶ Mediante la sesta legge di riforma del diritto penale la tecnica delle regole per esempi fu integrata attraverso durch indicazioni e condotta a discipline "palesamente irragionevoli"; cfr. SCHEFFLER, *Op. cit.*; Bernd SCHÜNEMANN, in: *LK*, 11. Aufl., § 266, Rn. 177. In senso critico, da ultimo, H.J. HIRSCH (come a nota 24).

4. Interpretazione.

Annotazioni storiche sull'interpretazione potrebbero essere formulate con riferimento a molte fattispecie penali. Mi devo però qui limitare in particolare ad alcuni singoli aspetti storici⁹⁷.

Mi soffermo su tre punti, la cui comunanza è segnata dal loro ruolo nel tempo del dominio nazista.

1. *Divieto di analogia*

Il principio “*nullum crimen sine lege*”, che si era affermato nel corso del XIX secolo nella legislazione penale sino al codice penale imperiale, rimase sì precario in alcuni aspetti⁹⁸, ma il divieto di analogia venne in linea di principio riconosciuto. Il *Reichsgericht*, come è noto, respinse alla fine del XIX secolo la sussunzione della sottrazione di energia elettrica all'interno della fattispecie del furto⁹⁹; e lo stesso *Binding* criticò l'applicazione analogica della legge sotto la copertura dell'interpretazione estensiva prima di una modifica del codice penale.¹⁰⁰ Questa modifica intervenne poi, tuttavia, nel 1935, per opera del legislatore nazionalsocialista. Se si considera che numerose leggi penali nazionalsocialiste – dalla legge sui delinquenti abituali sino al regolamento sul diritto penale per la Polonia – a causa della loro indeterminatezza non avevano pressoché alcun bisogno di questo strumento, l'evento appare certo meno spettacolare di quanto viene rappresentato abitualmente¹⁰¹.

Come la giurisprudenza si sia comportata con l'ampliata possibilità di fondare la punibilità, è un aspetto che, per quanto ne so, non è stato ancora indagato a fondo.

⁹⁷ Da un punto di osservazione più vasto non sono soltanto le dottrine e le decisioni spettacolari, che meritano interesse, ma anche i sottili spostamenti, che spesso si prolungano per vari decenni. Naucke, stimolato dal libriccino di Friedrich Christian Schröders sul caso del temporale, ha dimostrato sull'esempio dei delitti contro la vita, come dal XIX secolo problemi dogmatici di parte speciale siano stati spostati nella parte generale, ciò che sulla base dell'astrazione connessa a tale procedimento ha condotto a un'estensione della punibilità. Così il concetto di “letalità”, ritagliato sul modello dei delitti di omicidio, è caduto in oblio per cedere al dominio della descrizione dell'evento guidata dalla parte generale in termini di “causazione della morte”; Wolfgang NAUCKE, *Rezension Schroeder, Der Blitz als Mordinstrument*, in *Journal der jur. Zeitgeschichte* 5 (2011), 24 ss.

⁹⁸ Al riguardo v. Gerhard DANNECKER, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots und des Milderungsgebots in Deutschland*, in *Jahrbuch der jur. Zeitgeschichte* 3 (2001/2002), 125 ss.; Manfred SEEBODE, *Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Zeitenwandel. Das Rechtsgutachten für den Reichstagsbrandprozess*, *ibidem*, 203 ss.

⁹⁹ RGSt 29, 111; RGSt 32, 165.

¹⁰⁰ V. già la nota 44.

¹⁰¹ NAUCKE, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935*, in *ID., Zerbrechlichkeit* (come a nota 77), 301 ss.

Singole ricerche indicano comunque che la giurisprudenza applicò con una certa ritrosia il nuovo strumento. Ritrosia che potrebbe essere scaturita dal timore di rompere formalmente con un principio che contava già su una storia di decenni; non per questo, però, si debbono intrecciare ghirlande in onore della giurisprudenza. Osserviamo una delle più famose imprese di sussunzione del *Reichsgericht*. Penso alla rielaborazione – appoggiata anche da voci della letteratura, per esempio da Richard Lange¹⁰² – del § 11 del regolamento di esecuzione della c.d. legge per la protezione del sangue¹⁰³. Secondo tale norma era “rapporto illecito” fra tedeschi ed ebrei ai sensi del § 2 della legge per la protezione del sangue “solo il rapporto sessuale”. All’interno di questo elemento di fattispecie il *Reichsgericht* sussunse anche “tutte le pratiche sessuali con un appartenente dell’altro sesso, che, secondo i modi della loro attuazione, sono dirette in luogo del rapporto vero e proprio a servire alla soddisfazione sessuale quanto meno di una delle due parti”¹⁰⁴, e giunse a richiedere per la consumazione del reato che non fosse necessario neppure un contatto fisico¹⁰⁵. Questo modo di intendere il reato non venne affatto giustificato con la nuova possibilità di un’applicazione analogica - al contrario: il Tribunale rigettò espressamente una sollecitazione della Procura del *Reich* in questo senso, e si richiamò, tra l’altro, alla intitolazione della legge, che indicava una doppia finalità della disposizione: tutela del sangue tedesco e tutela dell’onore tedesco. Grazie a un tale modo di concepire l’interpretazione era ovviamente possibile rinunciare all’impiego del § 2 del codice penale (in seguito § 2).

La tiepidezza del Tribunale del *Reich* (*Reichsgericht*) rispetto all’analogia esplicita appare manifesta anche in settori meno contaminati da preoccupazioni politiche. C’era una serie di casi nei quali il Tribunale del *Reich* riteneva possibile la punizione solo attraverso l’analogia, mentre più tardi La Corte di Cassazione (BGH) raggiunse questo risultato attraverso una semplice interpretazione¹⁰⁶, e c’erano addirittura alcuni casi, per quanto marginali, dove il Tribunale del *Reich* non riteneva possibile punire neppure mediante il procedimento analogico, mentre la Cassazione affermò in seguito la punibilità per effetto dell’interpretazione¹⁰⁷.

¹⁰² Richard LANGE, in KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB mit Nebengesetzen und Erläuterungen*. 36. Aufl., 1941, Anm. I al § 2 della legge sulla tutela del sangue (BlutschutzG).

¹⁰³ Su quanto segue ampiamente – anche in prospettiva storico-giuridica e contemporanea – Regina OGOREK, „Rassenschande“ und juristische Methode. *Die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935*, in *KritV*, 2003, 280 ss.

¹⁰⁴ Sentenza del 9 dicembre 1936; Leitsatz RGSt (Gr. Senat) 70, 375. Una veduta d’insieme in Thomas Vormbaum, *Die Rassegesetzgebung im nationalsozialistischen Deutschland*, in Loredana GARLATI/Tiziana VETTOR (Hrsg.), *Das Recht und die Rechtsschändung. 70 Jahre nach dem Erlass der italienischen Rassegesetze*, Münster, Berlin 2010, 167 ss., 177; ID., *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. Aufl., Heidelberg, Berlin, 2011, 198 s.

¹⁰⁵ Così per es. in RGSt 73, 94 ss., 96.

¹⁰⁶ Approfondimenti in Jens-Michael PRIESTER, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in: Hans-Joachim KOCH (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Frankfurt a.M., 1976, 155 ss., spec. 175 ss.

¹⁰⁷ PRIESTER, *Op. cit.*, 178 ss.

Ciò rende palese, per esprimersi in termini prudenziali, che dopo il 1945 si è conservato un modo sprovveduto di intendere l'“interpretazione”. Forse sarebbe stato persino meglio se il Tribunale del *Reich* si fosse richiamato più spesso all'analogia allora permessa, perché in seguito, con la restaurazione del divieto di analogia dopo il 1945, sarebbero stati introdotti parametri probabilmente più rigorosi nella distinzione tra interpretazione e analogia. Tra la decisione del Tribunale del *Reich* sul “furto di energia elettrica” e la disponibilità della Cassazione, nel 1957, a considerare un camion a rimorchio come un “carro a traino” (*bespanntes Fuhrwerk*)¹⁰⁸, non c'è una distanza di sessant'anni, ma ci sono anche gli anni del regime nazionalsocialista e della vigenza della novella sull'analogia¹⁰⁹.

2. Accertamento alternativo.

Sempre con la novella del 1935 – con la motivazione ufficiale di “impedire ingiuste assoluzioni” – fu ammesso indiscriminatamente l'accertamento alternativo¹¹⁰. Anche questo nuovo § 2b del codice penale si appoggiava a una disponibilità in parte latente e in parte esplicita nella dottrina e nella giurisprudenza. Il Tribunale del *Reich*, nonostante le critiche alla sua giurisprudenza “liberale”, “razionalistica” e “formalistica”¹¹¹, era rimasto ancorato alla possibilità di ammettere l'accertamento alternativo solo nell'ambito del medesimo delitto, e ancora nel 1934 aveva ritenuto possibile una sua estensione *solo* nel rapporto tra furto e ricettazione. Dopo la novella del 1935 si pervenne, fra le altre, alle famose decisioni che dichiararono possibile

¹⁰⁸ BGHSt 10, 375.

¹⁰⁹ In questo contesto si colloca anche la questione della *continuità delle persone* dell'amministrazione della giustizia prima e dopo il 1945; su ciò ora ampiamente Hubert ROTTLEUTHNER, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, Berlin, 2010. – Nel dibattito durante il convegno la rappresentazione di cui al testo è stata criticata come unilaterale (da *Kuhlen*) facendo riferimento al fatto che spesso nella prassi giudiziaria quotidiana è accaduto che i giudici si sono inchinati al principio di legalità, superando le loro istanze punitive. Ciò non è messo in discussione da chi scrive, anche se non sono in grado di saggiare la portata dell'obiezione. Il punto centrale per me rimane, tuttavia, dove corre questa “linea di confine” (*Schmerzgrenze*). La mia impressione è che essa sia stata spostata in fuori – ciò non significa necessariamente che vi siano violazioni del divieto di analogia la cui differenza dall'interpretazione è certamente fluttuante –. Pare questo il luogo adatto per fare cenno al fatto che non si dovrebbe dimenticare, nell'esercizio di ogni giustificata critica a singole decisioni della giurisprudenza e alla loro fatale tendenza a colmare “lacune nella punibilità”, che la situazione della legislazione penale del tempo le avrebbe offerto ancora altre possibilità di interpretazione estensiva. Se quindi le si attesta nel complesso ancora un uso prudente dello strumentario ad essa affidato, in tal modo la critica è parimenti rivolta al diverso indirizzo, cioè quello del legislatore, perché il diritto penale di uno stato democratico di diritto *non* vive di *fiducia*, come si potrebbe accogliere secondo un approccio ingenuo, ma di *sospetto* nei confronti del potere, anche di quello dei giudici.

¹¹⁰ Quanto segue si richiama a Helmut FRISTER, *NK StGB*, 3. Aufl., Nach § 2.

¹¹¹ FRISTER, *Op. cit.*, Rn. 3, con richiami.

l'accertamento alternativo tra aborto tentato e truffa¹¹². Dopo il 1945, la giurisprudenza non ritornò sulle posizioni del Tribunale del *Reich* antecedenti al 1935, ma recepì da Kohlrausch la nota formula della "equipollenza etico-giuridica e psicologica"; in questa maniera la disposizione del 1935 poté essere tranquillamente cancellata¹¹³.

3. Il modo di considerare fattuale (*faktische Betrachtungsweise*)

La terza indicazione attiene al principio dell'accessorietà del diritto penale, che delimita il diritto penale a quegli ambiti dove l'ordinamento giuridico extrapenale abbia già espresso un giudizio di disvalore. Anche la vigenza di tale principio, nella storia giuridica più recente, era apparsa per lo più precaria e tutt'oggi è ancora controversa. Il giudice penale che si imbatte in un reato nella cui costruzione il principio di accessorietà non è stato tenuto in considerazione dal legislatore, certamente non può disapplicare questa fattispecie. Ciò che tuttavia si può esigere è che quanto meno là dove il legislatore penale stesso abbia adottato una disciplina accessoria, il giudice non si distacchi dal carattere secondario del diritto penale per ragioni politico-criminali vere o presunte. E' quanto accade appunto con il cd. *modo di considerare fattuale*.

Questa posizione fu formulata in forma programmatica nel 1938 in uno studio di Hans-Jürgen Bruns, dedicato alla "liberazione del diritto penale dal pensiero civilistico"¹¹⁴.

Il libro si rese strumento di una politica nazionalsocialista ben al di là dei limiti temporali della sua fioritura. Bruns richiedeva che l'interpretazione si orientasse al sano sentimento popolare e a un pensiero ancorato a "concreti ordinamenti" e criticava i "lacci concettuali positivistic, figli prediletti dello stato di diritto liberale". Oggi il modo di considerare fattuale si può riscontrare soprattutto nella foggia del "modo di considerare economico" rispettivamente nel coinvolgimento dell'amministratore di fatto di una società a responsabilità limitata per azioni nella disciplina del § 14 co. 1 del codice penale¹¹⁵ e nell'infedeltà ai danni di una società a responsabilità limitata e di una Compagnia con società in accomandita¹¹⁶.

¹¹² RGSt 69, 369; 71, 44; v. quindi FRISTER, *Op. cit.*, Rn. 5.

¹¹³ Ciò avvenne per effetto dell'art. 1 della l. n. 1 del Consiglio di controllo (eliminazione di singole previsioni del diritto penale tedesco) del 30 gennaio 1946 (Gazzetta ufficiale del Consiglio di controllo n. 3, p. 55).

¹¹⁴ Hans-Jürgen BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denkens*, Berlin, 1938.

¹¹⁵ V. sul tema, per es., Marc BÜNING, *Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH*, Münster, 2004, con ulteriori richiami.

¹¹⁶ [orig. GmbH & Co. KG: cioè, Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft n.d.t.]. In merito K. LÜDERSEN, in *Fest. Eser* (come a n. 36), 175. Per la critica al concetto economico di patrimonio seguito dalla giurisprudenza, v. H.J. HIRSCH, *Fest. Tröndle* (come a n. 24), 32 ss.

I tre ambiti commentati fanno comprendere in modo diverso come siano sopravvissuti dopo il 1945, nella giurisprudenza, ma anche nella letteratura, modi che esprimono una tendenza a colmare le lacune, atteggiamenti che si erano sviluppati o rafforzati durante l'egemonia nazionalsocialista.

Anche qui si dimostra la validità della tesi di Vogel che in quel tempo la legislazione penale, ma anche la scienza penalistica, in prevalenza non sono state qualcosa di diverso rispetto al tempo precedente e a quello successivo, quanto piuttosto hanno conosciuto la radicalizzazione di uno sviluppo che si è esteso lungo tutto il corso del XX secolo¹¹⁷.

4. Giurisprudenza costituzionale

Si sarebbe potuto sperare che dopo la fondazione della Repubblica federale la Corte costituzionale diventasse custode del diritto penale frammentario.

Questa speranza è andata delusa sotto ogni punto di vista:

1) La Corte, che in caso di tassazione del patrimonio osserva le mosse del legislatore sin nei dettagli di un principio di divisione della metà (*Halbteilungsgrundsatzes*)¹¹⁸, in caso di emanazione di norme penali, secondo una giurisprudenza costante permette un'ampia discrezionalità legislativa. Essa rifiuta di ricavare dalla Costituzione un concetto materiale del reato¹¹⁹ – in concreto: la tutela di beni giuridici – e in tal modo ripudia uno strumento della *frammentarietà esterna*.

2) Le cose non stanno meglio rispetto alla *frammentarietà interna*, dove la Corte tratta il principio di tassatività come la moneta più minuscola, in particolare affermando la possibilità che una norma penale che non è conforme a quel principio venga sanata attraverso una giurisprudenza di lunga durata: così in particolare nel classico esempio della molestia grossolana [*grober Unfug*] (§ 360 Nr. 11 del codice penale tedesco nel testo previgente)¹²⁰.

3) Questo *horror nullitatis* della Corte costituzionale viene significativamente

¹¹⁷ Joachim VOGEL, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, in *ZStW*, 2003, 638 ss.; nell'edizione accresciuta nel libro con il medesimo titolo, Berlin, 2004, 43 ss.

¹¹⁸ BVfGE 93, 121, 136 ss.

¹¹⁹ Da ultimo nella decisione sulla costituzionalità della punizione dell'incesto tra fratelli (BVfGE 120, 224).

¹²⁰ BVfGE 26, 41 [il *grober Unfug* era una contravvenzione punita con pena alternativa, e vigente sino alla riforma del 1975, che l'ha trasformata nell'illecito amministrativo del § 118 OWiG, di molestia del pubblico: vi rientravano condotte come: scrivere graffiti, imbrattare edifici, defecare per strada, toccare con scopi impudichi, il procurato allarme etc. n.d.t.]; ciò che la Corte qui permette che sia sufficiente ai danni del cittadino, ritiene irrilevante là dove quel medesimo principio fondante dovrebbe esplicarsi a favore del cittadino: v. sulla (in principio vietata) riduzione dei vizi [*Rügeverkümmung*] del processo verbale [resa possibile dal BGH tedesco nel 2007 reinterpretando il divieto di tale revisione previsto dal § 274 StPO. n.d.t.] BVfGE 122, 248; in merito, tra gli altri, Camilla BERTHEAU, *NJW*, 2010, 973 ss.

interrotto là dove si tratti della incostituzionalità di una carenza dell'intervento penale. Per es. la Corte, con l'ausilio della costruzione che sostiene che i diritti fondamentali sarebbero espressione di un ordine di valori oggettivi, afferma la possibilità di un *obbligo* costituzionale di introdurre o mantenere norme penali: per es. nella prima sentenza sull'interruzione della gravidanza¹²¹.

5. Résumé

La sintesi di questa seconda parte suona così: tanto nella teoria quanto nella legislazione come anche nell'interpretazione della legge penale, il diritto penale è caratterizzato – al più tardi dal principio del XIX secolo – da una crescente espansione, e in particolare da una espansione accelerata e da una informalizzazione; nella stessa misura diminuisce il suo carattere frammentario; le isole del diritto penale nel mare della libertà, di cui parla Francesco Palazzo, si sono moltiplicate diventando arcipelaghi, e molte di esse non hanno più l'aspetto di una Samoa o delle Hawaii, ma hanno assunto quello del Madagascar, del Borneo o di Cuba.

Le cause che vengono indicate per questa espansione – che non è circoscritta al diritto penale tedesco – sono generalmente note; accenno solo alle più importanti, che ovviamente sono tra di loro intrecciate:

1) Lo sviluppo tecnologico, che in caso di errore umano o tecnico è fonte di grandi rischi, dalla motorizzazione del traffico alla tecnologia atomica.

2) Lo sviluppo dello stato moderno delle istituzioni, dell'intervento e della protezione¹²², che si avvale della legge penale come di uno dei suoi strumenti di governo.

3) Il dissolversi di stabili strutture sociali e condizioni sociali, dalla famiglia sino agli ambiti - in particolare sociali e religiosi -, subculturali e l'indebolirsi conseguente dei meccanismi di controllo sociale primario. Nuovi imprenditori morali, compresi i

¹²¹ Nella discussione durante il convegno mi sono richiamato, a completamento del discorso, alla decisione della Corte sulla legge di sicurezza aerea (BVfGE 115, 118), che in effetti, per quanto la si possa salutare con favore, ha dichiarato costituzionalmente illegittima una causa di giustificazione. Il collega Zopfs mi ha fatto rilevare nel dibattito che qui sussiste quanto meno la peculiarità che la scriminante cancellata giustificasse il comportamento *statale* (di fatto omicida) contro singole persone. Ciò svela in effetti un aspetto della problematica che avrebbe meritato di essere richiamato nella relazione, cioè che la minaccia penale qui si dirige contro lo stesso soggetto al quale si rivolge la pretesa della frammentarietà del diritto penale. Ma occorrerà pure fare una differenza: rifiutare allo Stato il diritto di "sparare" su un gruppo di persone nell'esercizio dei poteri autoritativi, ha una qualità differente, per es., dalla dubbia riduzione della frammentarietà che negli ultimi anni – per influsso anche europeo – si è realizzata nell'ambito dei reati di corruzione e che va a colpire, nella massa dei casi, anche gli errori dei soggetti pubblici di piccola o media rilevanza che assumono decisioni sbagliate.

¹²² V. al riguardo i riferimenti in VORMBAUM, in *ZStW*, 1995, 740 ss., come pure Christian MÜLLER, *Verbrechensbekämpfung* (come nota 78); ulteriormente, Felix HERZOG, *Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln*, in LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/WEIGEND (come nota 13), 105 ss.

partiti politici, si sono avvicinati per colmare le lacune. Ciascuno desidera avere una parte nell'impiego della risorsa non più esigua del diritto penale: i conservatori per il diritto penale a tutela dello Stato, i socialdemocratici e i socialisti nel diritto penale economico, i verdi nel diritto penale dell'ambiente, le femministe nel diritto penale sessuale, i liberali nell'abuso delle prestazioni sociali.

4) Questi fattori vengono quindi accentuati da una drammatizzazione della criminalità, che contraddice tutte le conoscenze delle statistiche criminali, viene rafforzata dalla stampa e alla fine produce di regola ciò che la politica avverte come bisognevole di intervento¹²³.

C. PARTE TERZA: PROSPETTIVE

Per concludere un pensiero frammentario sulle possibili conseguenze per la legislazione e l'applicazione della legge.

1. Legislazione

Quando si parla di legislazione, non va dimenticato che proprio nel processo legislativo democratico molti vettori danno infine una risultante alla cui formazione svolgono legittimamente un ruolo importante il compromesso politico e infine la decisione della maggioranza. Questo è un lato del problema. L'altro lato è costituito dalla peculiare intensità dell'intervento penale nei diritti dei cittadini, ciò che richiama la riflessione in favore di una delimitazione dell'arbitrio politico in questo ambito. Non sarà possibile sottrarre del tutto al libero volere di una maggioranza parlamentare l'ambito della penalità, così come per l'arte o la religione, già solo per il motivo che i criteri delle strutture di base di questo ambito sono controversi nella stessa scienza penalistica¹²⁴.

Si potrebbe pensare a una costruzione formale. Si può ricordare al riguardo la proposta che Amelung ha formulato in adesione al penalista russo Jalinski¹²⁵, cioè che si esiga per l'introduzione di norme penali il requisito di una maggioranza parlamentare corrispondente a quella che modifica la costituzione. In Italia, per es.,

¹²³ HERZOG (come nota 122), 114.

¹²⁴ Il rapporto tra la democrazia e un'autocomprensione aristocratica della scienza penale è problematizzata da Massimo DONINI, *Demokratische und wissenschaftliche Methode einer Verbindung von Strafrecht und Politik*, in *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* 3 (2001/2002), 408 ss., poi anche in Ulfried NEUMANN/Cornelius PRITWITZ (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2005, S. 13 ss.

¹²⁵ Knut AMELUNG, *Rechtsgut* (come nota 33), 164.

Giuseppe Losappio si è espresso in tal senso¹²⁶. E' in effetti discutibile che i rappresentanti già del 50,1% degli elettori possano dichiarare con forza di legge come riprovevole sul piano etico-sociale un comportamento che il 49,9% non ritiene tale: e ciò con effetti per la libertà e l'onore dei cittadini coinvolti.

Ognuno comprende che una tale disciplina solleverebbe numerose questioni connesse di natura teorica e pratica. Sul piano procedurale si dovrebbe modificare espressamente l'art. 79, co. 3, della Costituzione tedesca; il codice penale dovrebbe essere formalmente redatto sul modello della Costituzione. Una questione connessa sarebbe se anche gli atti contrari alla penalizzazione, e dunque le depenalizzazioni o le mitigazioni delle norme penali debbano essere introdotte con la maggioranza richiesta per la revisione della Costituzione.

Sarebbe quindi da evitare che ogni ambito che non cada sotto questa disciplina diventi un settore di diritto minore, soprattutto con riferimento alle garanzie processuali. Tutto ciò è un vasto territorio; il mio obiettivo era solo quello di estrapolare almeno una volta questa proposta dal perimetro, per così dire, delle note a piè di pagina, e valorizzarlo nel testo.

2. Scienza dei limiti del punire

Quale ultimo punto desidero riprendere – un po' meglio precisata – una proposta¹²⁷, che io, in adesione a Wolfgang Naucke¹²⁸, preferisco chiamare scienza dei limiti del punire (*Strafbegrenzungswissenschaft*).

Questa proposta trae origine dalla distinzione tra pena e *diritto* penale, e assegna al diritto penale il compito di delimitare l'anelito della società e della politica a mettere in gioco le pene (e le misure di sicurezza) quali strumenti di governo ovvi e apparentemente a buon mercato.

Mentre Naucke sostiene questo compito basandolo su argomenti di diritto

¹²⁶ Giuseppe LOSAPPIO, *Feindstrafrecht, Freundstrafrecht, Feinde des Strafrechts*, in VORMBAUM/ASHOLT (come nota 28), 127 ss., 139; anche Kindhäuser nel contesto di una discussione sul podio della *Strafrechtslehrertagung* ad Amburgo, nel 2009, si è pronunciato a favore di questa proposta; pure Zaczyk si è richiamato a essa nella sua relazione (v. Rainer ZACZYK, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht“*, in *ZStW*, 2011, 691 ss.). – Karl LACKNER, *Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs*, in *NJW*, 1976, 1233 ss., 1234 s. ha fatto rilevare che in ogni caso corrispondeva alla prassi ricevuta licenziare le leggi penali con un'ampia maggioranza; si dovrebbe verificare se ciò valga ancora anche dopo il 1976. In caso affermativo si dovrebbe pronosticare solo una modesta efficacia pratica della proposta – ancor più in un'epoca nella quale nessun partito vuole alla fine essere da meno degli altri nella lotta alla criminalità. Potrebbe accadere, tuttavia, che la consapevolezza della decisività della propria adesione spieghi una diversa presa di posizione nei partiti di minoranza.

¹²⁷ Così già Th. VORMBAUM, in *ZStW*, 1995, 746 ss.

¹²⁸ Così per es. Wolfgang NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV.*, 1993, 137; ID., *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, in *GA*, 1998 263 ss., 271; ID., *Autobiographie*, in Eric HILGENDORF (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin, 2010, 417 ss., 442 s.

naturale, o rispettivamente lo radica sul concetto kantiano di libertà e di lì fa appello al diritto penale nucleare dal suo punto di vista irrinunciabile, io intendo piuttosto questo approccio come una indicazione operativa nel senso di un modello di verifica. Per la sua concretizzazione o strutturazione suggerisco la triade di Rabdruch: giustizia, certezza giuridica, utilità (conformità allo scopo). Le incriminazioni e la loro interpretazione non devono produrre né risultati ingiusti, né dannosi, né tali da non soddisfare le esigenze della certezza giuridica.

Il controllo deve svolgersi nel senso di un “favoreggiamento di massima”: se uno dei tre compiti non può essere soddisfatto, la criminalizzazione legislativa o interpretativa deve segnare il passo.

Dei tre elementi indicati, la giustizia e l’utilità – in termini operativi – contengono ognuna per sé sia un potenziale espansivo e sia restrittivo, mentre la certezza giuridica si esprime di regola solo in chiave restrittiva. Nell’attuale momento storico l’idea dello scopo, cioè la politicizzazione del diritto penale, mi appare l’elemento dal quale deriva il pericolo maggiore per un diritto penale restrittivo e quindi frammentario; ma ci sono stati periodi, come per esempio al principio del XVIII secolo, e per brevi momenti anche negli anni Sessanta e Settanta del XX secolo, nei quali l’argomentazione mediante la conformità allo scopo ha avuto prevalenti effetti nella direzione di un diritto penale frammentario.

Concepire in modo operativo l’approccio a una scienza dei limiti del punire significa comprenderlo dialetticamente, o meglio: dialogicamente, vale a dire come un dialogo con i desideri punitivi nel corso del quale l’onere della prova grava sulla parte avversa, secondo il principio *in dubio pro libertate*¹²⁹. Il punto di fuga di questo approccio – ma appunto solo il punto di fuga – è la depenalizzazione e con ciò esso costituisce la linea di confine del diritto penale frammentario.

Sui dettagli dell’attuazione di questo programma, per ragioni di tempo devo rinviare a quanto già sviluppato nell’intervento a un precedente convegno dei professori di diritto penale¹³⁰.

Per quanto attiene all’interpretazione, accerco solo a titolo di esempio ad alcune parole-chiave o riflessioni:

1) Sul tema del “concetto sostanziale del reato”, attualmente non è possibile acquisire nulla di meglio nel senso di un diritto penale frammentario, di quanto offerto dalla teoria del bene giuridico¹³¹. La speranza nel diritto costituzionale può avere

¹²⁹ Anche Naucke ha preso in considerazione questa dialettica in un contributo del 1988 (Wolfgang NAUCKE, *Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria*, in ID., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Baden-Baden, 2000, 13 ss., 27), ma in seguito, a quanto ho potuto vedere, non è più tornato sul punto.

¹³⁰ Th. VORMBAUM, in *ZStW*, 1995, 734 ss., 744 ss.

¹³¹ Durante la discussione al Convegno è stato consigliato (da Köhler), di non identificare la concezione materiale del reato con il tema del bene giuridico, ma di inserire al suo interno ulteriori delimitazioni (così, *supra*, sub A III 2 b). Nella misura in cui in tal modo si intenda organizzare una nuova disposizione dell’arsenale dei concetti, non vedo nessun problema. Una questione diversa è se il concetto di bene

buone ragioni; tuttavia, di fronte all'atteggiamento della Corte costituzionale, è oggi purtroppo possibile solo l'alternativa tra la rassegnazione e un controfattuale "bisogna dunque alzare le spade contro l'ora del mondo". E' in ogni caso importante che il coinvolgimento dell'argomento del bene giuridico – per riprendere le parole di Lüderssen¹³² – avvenga in modo asimmetrico, cioè non col fine di un'interpretazione estensiva.

2) Lo stesso vale in relazione all'accessorietà o rispettivamente al carattere secondario del diritto penale rispetto all'ordinamento giuridico primario.

3) Nella ricostruzione del bene giuridico immanente al sistema, l'interpretazione dovrebbe mirare all'individuazione di una direzione di tutela, e quindi non consentire nessuna moltiplicazione di quelle direzioni, come ad esempio accade nel caso del § 164¹³³;

4) In caso di più possibilità interpretative si dovrebbe verificare innanzitutto l'applicazione del principio *in dubio mitius*.

5) E' necessario evitare l'argomentazione basata sul concetto di lacune nella punibilità; esistono appunto solo lacune nella *non* punibilità¹³⁴.

6) Nell'analisi sistematica delle incriminazioni è consigliabile un atteggiamento di moderazione, perché tale analisi conduce facilmente alla tentazione degli "arrotondamenti" di Binding¹³⁵.

giuridico sia in grado di soddisfare le pretese positive di un concetto sostanziale del reato, nel significato, ad es., in cui questo possa render possibile la lesione del diritto dal punto di vista della dottrina giuridica kantiana; questa è una discussione ancora da sviluppare.

¹³² Klaus LÜDERSEN, in *Fest. Eser* (come a nota 36), 170.

¹³³ V. al riguardo già VORMBAUM, in *ZStW*, 1995, 754; in particolare sul § 164 Winrich LANGER, *Die falsche Verdächtigung*, Berlin, 1973, 44 ss. (per una tutela esclusiva dell'amministrazione della Giustizia); H.J. HIRSCH, *Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung*, in *Ged. Schröder* (1978), 307 ss., e VORMBAUM, *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, Berlin, 1987, 455 ss. (per una esclusiva tutela dell'individuo).

¹³⁴ L'obiezione sollevata durante il dibattito (da *Kuhlen*) che un diritto penale frammentario presupponga proprio (solo mere) lacune di tutela, mi ha in un primo momento stupito, devo ammettere. In effetti l'obiezione (forse intesa in modo scherzoso) si fonda sull'inversione del rapporto regola-eccezione per come inteso qui nel testo: se la punibilità rappresenta l'eccezione, e l'assenza di pena la regola, allora non ci possono essere lacune nella punibilità, ma solo lacune nella non punibilità: sul punto, v. già il mio commento "Strafbarkeitslücken" in *JZ*, 1999, 613. A prescindere da tale problema "strutturale", la critica svolta nel testo si rivolge non già contro le "lacune nella punibilità" in quanto tali (una volta che uno le abbia ravvisate), ma contro la tendenza a *colmare* queste lacune.

¹³⁵ Già per questo, perché la giurisprudenza in tal modo corre il rischio di violare il vincolo della soggezione alla legge e al diritto che le è imposto dall'art. 20 Abs. 3 della Costituzione tedesca e con ciò di soggiacere a "un intendimento dei propri compiti troppo allargato": H.J. HIRSCH, in *Fest. Tröndle* (come a nota 24), 19 ss., 38; Krey ha parlato, alla *Strafrechtslehrertagung* del 1989 a Treviri, citando Gunter Arzt, di un "pensiero sistematico scientifico", "che non vuole adattarsi alla legge": Volker KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht*, in *ZStW*, 101 (1989), 838 ss., 872; con accenno a un passo introvabile di G. Arzt). Occorre per esempio pensare agli sforzi sistematici per costruire, dall'alternativa tra violenza e minaccia nel § 240 una "sistematica" in modo tale che la "violenza" viene intesa come l' "aggiunta di un male sensibile" (così la metà che ha sostenuto la Corte costituzionale nella decisione "patta" BVerfGE 73, 206, 242 s.); v. in merito la

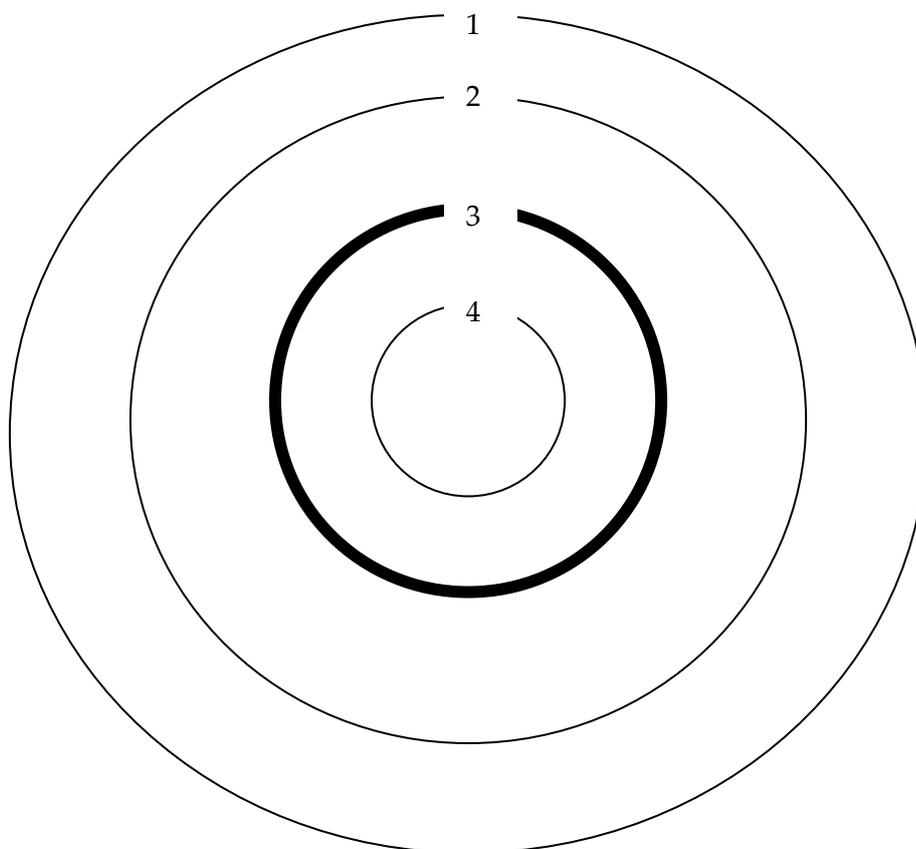
7) Lo stesso dicasi per l'argomentazione della sistematica legislativa – non nell'ambito della parte generale, dove essa introduce un elemento di garanzia per la libertà in quanto sia una sistematica *del diritto*¹³⁶ –, ma nell'ambito della parte speciale, soprattutto là dove si opera con un "sistema della tutela di beni giuridici"; infatti, tale prospettiva ha la tendenza a colmare presunte lacune¹³⁷.

In conclusione desidero relativizzare un po' il *résumé* della prima parte. Avevo detto che, in ogni caso sul piano sostanziale, non esisterebbe nessuna dogmatica propria di un diritto penale frammentario. Con l'approccio proposto, come io lo intendo, esiste pur sempre una dogmatica propria del diritto penale frammentario, anche se non sul terreno sostanziale, ma operativo.

critica di H.J. HIRSCH, in *Fest. Tröndle* (come nota 24), 21. Qui – nella parte speciale – la regola deve suonare: "la legge precede il sistema".

¹³⁶ Sul punto Rainer ZACZYK, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts*, cit., 691 ss.

¹³⁷ Qui potrebbe agganciarsi anche una critica dell'osservazione di Binding sopra citata. Si può censurare come un metodo di lavoro poco razionale che il legislatore "si lasci scorrere davanti ai piedi i casi della vita quotidiana che egli poi raccoglie con noncuranza"; là tuttavia, dove la critica di Binding si rivolge contro il modo di procedere "asistemico" del legislatore, essa stessa diviene problematica. Il legislatore del codice penale merita di essere in ogni modo decisamente lodato dove egli – diversamente per esempio dall'autore del progetto preliminare del 1909 – non ha assegnato alla parte speciale nessuna costruzione sistematica, ma ha piuttosto realizzato una successione di gruppi di fattispecie che, se anche non arbitraria, è nondimeno elastica.



1 Diritto penale frammentario, e rispettivamente giurisprudenza frammentaria, **in senso complessivo** (compreso l'*Entimema* come la frammentazione *esterna* e *interna*).

2 Diritto penale frammentario **in senso ampio** (compresi i meccanismi di selezione fattuale e processuale, come anche la non penalizzazione).

3 Diritto penale frammentario **in senso stretto**: frammentarietà esterna e interna nel senso della non criminalizzazione.

4 Diritto penale frammentario **in senso strettissimo** = solo la frammentarietà interna (dove è collocato il problema del principio *nullum crimen sine lege*).