



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
“DIRITTO PENALE ITALIANO, COMPARATO E INTERNAZIONALE”
(CICLO 23)

“LE TECNICHE DI REDAZIONE DELLA LEGGE PENALE
NEL QUADRO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI”

Tesi di Dottorato di
PIER PAOLO EMANUELE
Matr. n. R07781

Coordinatore
Chiar.mo prof. FRANCESCO VIGANO'

Relatore
Chiar.mo Prof. FABIO BASILE

Anno Accademico 2009-2010

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

La dimensione costituzionale del principio di determinatezza della legge penale

- 1.1. Premessa.
- 1.2. Le garanzie contenutistiche della legalità penale: precisione, determinatezza e tassatività.
- 1.3. Il principio di determinatezza nel contesto di un diritto penale costituzionalmente orientato.
- 1.4. Il principio di determinatezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale.
- 1.5. Determinatezza e norme penali favorevoli: il contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale.
- 1.6. Legalità penale e giusto processo: a) premessa.
 - 1.6.1. (Segue): b) la regola del contraddittorio per la prova quale ponte di collegamento tra il diritto penale e il processo.
 - 1.6.2. (Segue): c) la determinatezza della legge penale quale “condizione necessaria” alla formazione della prova nel contraddittorio.
 - 1.6.3. (Segue): d) la determinatezza orientata al contraddittorio quale “nuovo” parametro di costituzionalità della legalità penale.

CAPITOLO SECONDO

La dimensione internazionale del principio di determinatezza della legge penale

- 2.1. La determinatezza della legge penale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: a) l'ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu.
 - 2.1.1. (Segue): b) il binomio accessibilità/prevedibilità della "materia penale" quale garanzia di conoscibilità da parte dei suoi destinatari.
- 2.2. Il principio di chiarezza quale garanzia di struttura delle norme penali nel sistema della Corte penale internazionale.

CAPITOLO TERZO

Il diritto penale tra legalità e interpretazione

- 3.1. Impostazione e giustificazione dell'indagine.
- 3.2. L'impovertimento legislativo del diritto penale: il caso paradigmatico dei reati di pericolo astratto (o presunto).
- 3.3. Determinatezza della norma penale e giurisprudenza creativa:
 - a) la trasfigurazione strutturale dei criteri di imputazione psicologica del reato.
 - 3.3.1. (Segue): b) principio di precauzione e ricadute sulla tipicità oggettiva e soggettiva del reato.
 - 3.3.2. (Segue): c) delitto di corruzione propria tra astrazione del bene giuridico tutelato e svuotamento del dolo specifico.
- 3.4. Il ruolo della dottrina di fronte alla erosione legislativa e giurisprudenziale del principio di determinatezza, tra mediazioni ragionevoli e ortodossie ideologiche.

- 3.5. La replica del legislatore al fenomeno della supplenza giudiziaria: verso una determinatezza “di classe”.

CAPITOLO QUARTO

Principio di determinatezza e tecniche di redazione della legge penale tra diritto vigente, vivente e futuro

- 4.1. Presentazione dell'indagine.
- 4.2. Modalità e contenuti redazionali della legge penale: tecnica casistica e per clausole generali; elementi descrittivi e normativi; disvalore di evento, di condotta, di azione e di intenzione.
- 4.2.1. Il reato omissivo improprio tra clausola generale di incriminazione e tipizzazione delle posizioni di garanzia penalmente rilevanti.
- 4.2.2. Il concorso di persone nel reato tra modello unitario e modello differenziato.
- 4.2.3. Vizio di mente e concetto di “infermità” nel contesto della imputabilità.
- 4.3. Definizioni e pseudo-definizioni legali.
- 4.3.1. Definizioni legali e parte generale del codice penale: oggetto e forme del dolo, con particolare riguardo alla problematica regolamentazione del dolo eventuale.
- 4.4. Dalle definizioni alle denominazioni legali: il caso delle condizioni obiettive di punibilità.

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di ricerca si inserisce nell'ambito di quel particolare terreno del sapere giuridico che prende il nome di *scienza della legislazione*, segnatamente proponendosi di indagare sulle *tecniche di redazione della legge penale*.

Una indagine, questa, che sarà opportunamente condotta nel contesto dei principi costituzionali che ivi si prestano ad entrare in gioco, quindi principalmente alla luce del *principio di legalità* nelle sue declinazioni che direttamente concernono la definizione dei rapporti tra Parlamento e ordine giudiziario: la *precisione*, la *determinatezza* e la *tassatività*. La redazione di una fattispecie penale in ossequio al dettato costituzionale implica, infatti, una formulazione del precetto lessicalmente *chiara e precisa*, nonché una descrizione della condotta vietata in termini di *verificabilità empirica* e in guisa tale da impedire *estensioni analogiche*.

Sono trascorsi quasi venti anni ormai – correva, infatti, l'anno 1992 (anno di redazione del *progetto Pagliaro*) – dal primo tentativo organico di ricodificazione del diritto penale, senza che tuttavia abbia ancora visto la luce un nuovo codice penale. Plurimi i progetti di riforma approntati dalle diverse Commissioni ministeriali all'uopo nominate dal Governo, a far tempo, appunto, dal 1992 (*Commissione Pagliaro*, *Commissione Grosso*, *Commissione Nordio*, *Commissione Pisapia*), ma il potere politico ha sistematicamente vanificato ogni pregevole sforzo scientifico compiuto in tale direzione.

Una riforma organica del diritto penale sostanziale, giustappunto per il tramite di una nuova *codificazione* di esso, la quale seguita tuttavia ad essere reputata, all'interno della comunità scientifica, alla stregua di una operazione legislativa affatto indispensabile per allineare – così come è stato fatto nel dopoguerra dai legislatori penali di tutti i Paesi con una

cultura giuridica simile alla nostra – la nostra materia a una società ormai profondamente diversa da quella coeva alla codificazione del 1930, oltre che come una operazione necessaria per riproporre una idea di *centralità del codice penale* ormai di fatto smarrita e travolta dall'incessante proliferare di una legislazione complementare sempre più capillare, ma al tempo stesso, purtroppo, anche sempre più distante dagli *standard* redazionali prescritti da una moderna scienza della legislazione (penale). Eppure – per come già si avvertiva – nessuna delle diverse e pur autorevoli iniziative di riforma del codice è andata sinora in porto, lasciando così il diritto penale inevitabilmente esposto a novelle legislative *parziali, episodiche e contingenti*, sempre più raramente mediate dall'utilizzo di una tecnica redazionale corretta ed efficace, nonché da una seria ponderazione dei contrapposti interessi in gioco; insomma, modifiche attuate più che altro in rapsodica risposta ai *bisogni emotivi di punizione* provenienti dalla società civile.

Orbene, il nostro lavoro intende iscriversi proprio nel qui prefigurato contesto. Il dibattito penalistico degli ultimi decenni risulta, in effetti, quasi del tutto monopolizzato da discussioni incentrate sulla opportunità di dare vita a un nuovo codice penale. Ciò costituisce, con ogni evidenza, il riflesso di una ormai raggiunta consapevolezza in ordine alla inadeguatezza del codice penale del 1930 ad assicurare quegli equilibri tra potere legislativo e potere giudiziario prescritti dalla Costituzione in chiave di garanzia dei diritti di libertà del cittadino e di correlativa protezione dei beni giuridici della collettività e dei singoli.

Proprio in ciò risiede, dunque, la nostra scelta di incentrare la ricerca su di una ricognizione delle *tecniche di redazione* della legge penale, la conoscenza e il corretto utilizzo delle quali costituisce, a ben vedere, la precondizione indispensabile per il raggiungimento di quell'arduo e non ancora conseguito obiettivo riformistico di respiro generale.

Sicché, il presente lavoro prenderà le mosse da un inquadramento generale della suddetta tematica a livello costituzionale, evidentemente nel tentativo di gettare luce sul suo intrinseco *teleologismo*, consistente – come si è già detto – nella corretta *(ri)definizione* dei rapporti, oggi sempre più spesso conflittuali, tra potere legislativo e potere giudiziario, tra legalità penale e interpretazione della legge penale. E' infatti proprio dalla spiccata problematicità di un simile rapporto politico-istituzionale che deriva la necessità di una indagine approfondita e di un'applicazione oculata delle regole di una sin troppo trascurata scienza della legislazione.

Come si diceva, il punto di partenza obbligato di questa ricerca non potrà che essere costituito, allora, da una ricostruzione della *dimensione costituzionale* del principio di legalità in materia penale. A venire in rilievo saranno, quindi, il principio di *precisione*, quello di *determinatezza* e quello di *tassatività*, quest'ultimo inteso nella sua accezione di principio vincolante per il legislatore (non già per il giudice, per come invece tradizionalmente si ritiene).

Tuttavia, giunti a questo punto, si proverà ad *ampliare* la cornice costituzionale entro cui deve essere valutata l'attività legislativa di creazione del diritto penale. Infatti, l'indagine si sposterà opportunamente sul versante del *processo penale*, nel tentativo di lumeggiare la dimensione anche procedurale dei principi costituzionali sopra evocati e funzionali a presidiare i rapporti tra legislativo e giudiziario. In quest'ottica, anche e soprattutto per tentare di somministrare al principio di legalità contenuti ancora più pregnanti e quindi per provare a rinsaldarne la stessa struttura quale parametro di costituzionalità della legislazione ordinaria, detto principio sarà posto in stretta correlazione con il diverso principio (*rectius*: con la *regola*) del *contraddittorio per la prova*, espressamente sancito dall'art. 111 Cost.

In proposito, riteniamo infatti come la norma di diritto penale sostanziale si concretizzi in ogni caso all'interno del processo penale, dove assumerà le forme della c.d. "*norma penale reale*" (che è data, per l'appunto, dalla sommatoria della norma sostanziale con le norme processuali che ne scandiscono l'adattamento operativo al caso concreto). Il precetto penale assume dunque consistenza nel processo e ciò avviene attraverso la formulazione del capo di imputazione, il quale va a costituire, poi, il parametro sul quale sarà possibile modulare la formazione della prova in giudizio, nonché la base fattuale per la emanazione di una sentenza nel merito.

Orbene, il codice di rito esige che la contestazione dell'accusa rivesta una forma "*chiara e precisa*". Ciò significa che il reato, da quando viene previsto come tale dalla legge penale sino a quando trasmigra nel processo attraverso l'esercizio dell'azione penale, per poi andare a costituire la base per una sentenza dichiarativa della responsabilità penale, necessariamente fondata sul superamento "*di ogni ragionevole dubbio*", deve mantenere sempre le note della *chiarezza* e della *precisione*.

Ai fini che a noi qui interessano, ciò implica che la formulazione *chiara e precisa* delle norme penali costituisce una necessità imposta non soltanto dal principio di legalità, ma, dunque, anche dai principi del *giusto processo*, da ciò dipendendo il funzionamento stesso di un giudizio di tipo accusatorio, che si regge sul *contraddittorio* e sul *diritto di difendersi provando*. Una *norma penale* imprecisa, indeterminata e non tassativa si tramuta, infatti, del tutto inevitabilmente, in *un'accusa penale* imprecisa, indeterminata e non tassativa, come tale d'ostacolo a un accertamento probatorio realmente fondato sul *contraddittorio* e come tale foriera di sentenze di condanna *ingiuste*. Palese è la frustrazione delle garanzie costituzionalmente riconosciute all'imputato che così ne deriva, ma prima

ancora palese è la vanificazione dell'accertamento della verità (formale) "oltre ogni ragionevole dubbio".

In questa parte del lavoro si cercherà, in definitiva, di evidenziare le ragioni che inducono la necessità di un ampliamento della portata prescrittiva del principio di legalità in direzione del processo penale. Il che, tradotto in chiave costituzionale, implicherà il coinvolgimento del *contraddittorio* (art. 111 Cost.), ma anche della garanzia di *presunzione di non colpevolezza* (art. 27, comma 2), da ritenere a tutti gli effetti quali ulteriori e indefettibili corollari del principio di legalità (art. 25).

Ma non basta ancora, dal momento che, sempre allo scopo di individuare il complesso dei principi sovraordinati atti a costituire la cornice entro la quale l'attività legislativa di formazione del diritto penale deve iscriversi, non si mancherà di rivolgere lo sguardo anche alla *dimensione internazionale* del principio di legalità, ovviamente avuto riguardo sempre alle sue componenti deputate alla regolamentazione dei rapporti tra legislativo e giudiziario. E così, l'attenzione sarà dedicata, anzitutto, al sistema normativo e giurisprudenziale della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, quindi alla conformazione, *statica e dinamica*, ivi rivestita dal principio di legalità. L'analisi concernerà, dunque, sia la normativa convenzionale in sé, sia la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ben si comprende, invero, l'importanza di una siffatta estensione della indagine, ove solo si ponga a mente la recente interpretazione dell'art. 117 Cost. fatta propria dalla Consulta, come è noto finalizzata ad elevare detta disposizione costituzionale – per come novellata nel 2001 – al rango di norma, per così dire, "veicolante" la cogenza delle norme convenzionali nel nostro sistema giuridico, diritto penale incluso.

In questo stesso contesto di riflessioni, peraltro, nemmeno si trascurerà di analizzare lo *Statuto istitutivo della Corte penale internazionale*, all'interno

del quale il *principio di chiarezza* occupa senza dubbio un ruolo di assoluta centralità ai nostri fini di indagine.

Una volta delineato il quadro complessivo delle *Gründnormen* deputate a fungere da referenti sovraordinati dell'attività di redazione dei precetti penali, l'indagine sarà rivolta a quel punto ad accertare l'attuale *situazione spirituale* del diritto penale. Una indagine, questa, che varrà ad evidenziare la spiccata "*creatività*" che oggi contraddistingue, in misura sempre maggiore, l'attività della nostra giurisprudenza in sede di applicazione della legge penale.

Una "*creatività*" interpretativa che – beninteso – non si può fare a meno di ascrivere a una sorta di intenzionale "*supplenza*" che, molto spesso, la nostra magistratura esibisce attraverso la sua *sostituzione* al Parlamento. Con ciò si intende fare riferimento a un'attività interpretativa della giurisprudenza che non ha nulla a che vedere con eventuali deficienze del legislatore in sede di redazione della legge penale, la quale, in casi del genere, si presenta invece in tutto ossequiosa ai sovraordinati principi di precisione, determinatezza e tassatività.

Sarebbe, tuttavia, un grave errore credere che tutti i casi di *supplenza giudiziaria* evidenziati dal diritto penale, a maggior ragione tutte le volte in cui essi abbiano acquisito le note della stabilità applicativa, siano necessariamente dimostrativi di una intenzione *tout court* "*prevaricatrice*" della nostra giurisprudenza. Infatti, la sedimentazione di fenomeni di *supplenza giudiziaria* in relazione a questa o a quell'altra norma penale, incriminatrice o di parte generale, sfavorevole o favorevole che sia, deve fungere da monito per un legislatore il quale non può ritenersi, *sic et simpliciter*, esonerato da qualsiasi forma di autocritica per il solo fatto di avere agito in ossequio ai principi di precisione, determinatezza e tassatività. Con ciò si vuole dire, cioè, che un legislatore davvero attento alle garanzie costituzionali del diritto penale non può fermarsi alla

osservanza delle regole imposte in sede di redazione delle norme penali, se poi si trova di fronte a fenomeni così consolidati di *supplenza giudiziaria*. Questo perché essi ben potrebbero rivelare anche la scarsa o omessa considerazione, in sede di redazione del precetto penale, di talune necessità di tutela.

Quanto precede dimostra, insomma, la delicatezza dell'attività legislativa di formazione della norma penale, in ragione delle difficoltà che si incontrano nel contemperamento tra opposte esigenze confluenti nella medesima direzione e quindi parimenti meritevoli di essere prese in considerazione. In definitiva, è innegabile come anche una tecnica redazionale formalmente ossequiosa del principio di legalità potrebbe risultare *imperfetta*, nella misura in cui non tenga conto di esigenze di tutela di beni giuridici pur meritevoli di essere prese in considerazione. In questi casi, infatti, nonostante la ineccepibilità della norma sul piano della legalità formale e quindi quanto alla tecnica di redazione utilizzata, la giurisprudenza non mancherà tuttavia, attraverso la individuazione di beni giuridici "*sostitutivi*" o, per lo più, "*concorrenti*" (di) con quello *ictu oculi* emergente dal testo di legge, di dare vita a interpretazioni, per l'appunto, *creative*.

Da qui, la opportunità di una estensione della ricerca anche ai casi più rilevanti di trasformazione del diritto penale in via giurisprudenziale, *stricto sensu* non determinati da difetti di tecnica redazionale ascrivibili al legislatore, o meglio determinati da una tecnica redazionale poi sconfessata da un'applicazione pratica della norma penale più o meno distante dalla lettera della legge.

Fatta questa dovuta precisazione del campo di indagine, rimane in ogni caso evidente come la nostra attenzione sarà principalmente rivolta a quell'attività giurisprudenziale di "*creazione*" del diritto penale che risulta, per così dire, "*agevolata*", se non addirittura "*necessitata*" da

formulazioni delle norme penali deficitarie, difettose e/o compromissorie, in una parola sola da costruzioni legali *indeterminate*. Una *caduta* della tecnica legislativa di redazione delle norme penali, a dire il vero, oggi sempre più evidente e spiegabile, in fondo, con la profonda crisi della *politica* in generale.

In questo stesso contesto di riflessioni, tra l'altro, si avrà modo di gettare luce anche su tutte quelle "moderne" ed invalse tendenze interpretative finalizzate addirittura a giustificare, per vero assai discutibilmente, una sorta di cessione di una parte, più o meno consistente, della legalità penale in favore del potere giudiziario. Ciò sull'aderito presupposto della odierna *crisi del linguaggio* in generale e quindi della ontologica incapacità delle formule lessicali di riflettere, in tutto o in parte, la sostanza delle incriminazioni. Da qui l'asserita esigenza di un'adeguata valorizzazione del "*contesto*" in cui vive la norma penale, a discapito del "*testo*" nel quale invece essa si ritrova formalmente espressa, in guisa da postulare una sorta di *compartecipazione necessaria* del giudice nel momento stesso della formazione del precetto penale applicabile. Ne discende, a seguire simili tendenze dottrinali, una sorta di giustificazione costituzionale, per così dire, "*postuma*" delle interpretazioni *creative* di marca giurisprudenziale.

Una volta delineato il complessivo impianto teorico che fa necessariamente da sfondo ad ogni attività legislativa di creazione del diritto penale e verificazione l'odierno (invero assai basso) livello di tenuta applicativa sul terreno prasseologico, l'indagine potrà a quel punto proseguire verso l'approfondimento di quelle che costituiscono le principali modalità tecniche di legiferazione in materia. In questo contesto, occorrerà vagliare con estrema attenzione quali siano i vantaggi e quali, invece, gli svantaggi che ciascuna tecnica o modalità redazionale reca con sé.

E così, bisognerà tentare di comprendere, ad esempio, se le esigenze del diritto penale possano essere meglio soddisfatte dall'utilizzo di una tecnica *sintetica e per clausole generali* – la quale implica costruzioni normative asciutte e lineari, caratterizzate da formule linguistiche spiccatamente riassuntive – ovvero di una tecnica *casistica* – la quale si basa, viceversa, sul ricorso a disposizioni altamente esemplificative – là dove è evidente come una simile scelta resti pur sempre condizionata da variabili storico-politiche e spazio-temporali. Nemmeno si trascurerà di valutare se dare maggiore o minore spazio, in seno alla norma penale, a componenti di tipo *descrittivo* ovvero di tipo *normativo*, a loro volta di tipo *giuridico o extragiuridico*. Ancora, particolare attenzione sarà rivolta al delicato tema delle *definizioni legali*, in ordine alla utilità delle quali, in campo penale, si discute molto e da sempre. In questo stesso contesto di riflessioni, peraltro, l'indagine sarà rivolta anche al tema delle *denominazioni legali*, le quali risultano funzionali a *bloccare in radice* qualsivoglia attività *creativa* in sede di applicazione della legge penale.

Nel trattare delle principali tecniche di redazione delle norme penali, peraltro, ci si soffermerà, esemplificativamente, su talune tra le più eclatanti ipotesi codificate di *deficit* redazionale, con particolare riguardo alla parte generale del codice penale vigente. In altri termini, si proverà a tracciare un quadro delle applicazioni giurisprudenziali maggiormente dimostrative delle pesanti ricadute riconducibili alla inosservanza delle suddette garanzie implicate da un buon uso delle tecniche di formulazione del diritto penale. Per ogni istituto di parte generale, all'uopo selezionato, dopo averne evidenziato le principali distorsioni interpretative e applicative, sarà compiuto, dunque, un riferimento alle soluzioni che, nel tempo, sono state approntate dai vari progetti di riforma del codice che si sono succeduti nel nostro Paese a partire dal 1992.

In questo contesto esemplificativo l'indagine si appunterà, in particolare, sulla disposizione penale regolativa della responsabilità penale da *reato omissivo improprio*, la quale pone seri interrogativi in punto di determinatezza, obiettivamente sollecitando l'abbandono del vigente modello per clausole generali in favore di un modello casistico fondato sulla analitica tipizzazione delle posizioni di garanzia.

Si tratterà, poi, del *concorso di persone nel reato* onde provare a mettere in adeguata luce i vistosi effetti ampliativi riconducibili al modello legale di tipo unitario, su base causale, fatto proprio dall'art. 110 c.p. Al riguardo, occorrerà valutare se e in che misura un alternativo modello di tipo differenziato, imperniato cioè su di una analitica e casistica definizione delle singole forme di compartecipazione penalmente rilevanti, potrebbe meglio soddisfare le esigenze di determinatezza, quindi di materialità, offensività e personalizzazione della responsabilità penale, senza al contempo intaccare le pur ineliminabili finalità di prevenzione generale sottese a tale forma di responsabilità.

Ancora, la nostra analisi riguarderà il concetto normativo di "*infermità*", quale possibile causa di esclusione (o di diminuzione) della imputabilità, alla luce della nota sentenza della Suprema Corte a Sezioni unite del 2005 e quindi alla luce della evoluzione delle scienze psichiatriche in punto di estensione di tale categoria normativa ai c.d. "*disturbi della personalità*".

Si indagherà, inoltre, sulla disciplina codicistica in tema di struttura, oggetto e forme del dolo, al precipuo scopo di saggiare – atteso l'autentico abuso giurisprudenziale del dolo eventuale e la connessa incertezza applicativa in rapporto alla limitrofa categoria della colpa con previsione – se e in che modo una (*ri*)definizione legale di tale centrale criterio psicologico di imputazione potrebbe arginare la spiccata *creatività* giurisprudenziale in materia.

Uno sguardo sarà rivolto, infine, all'art. 44 c.p., che - a dispetto di un dato giurisprudenziale particolarmente *creativo* - trascura gravemente la necessità di una distinzione tra condizioni obiettive di punibilità ed elementi costitutivi del reato, in guisa da legittimare gravi aggiramenti del principio di colpevolezza.

CAPITOLO PRIMO

La dimensione costituzionale del principio di determinatezza della legge penale

Sommario: 1.1. *Premessa.* – 1.2. *Le garanzie contenutistiche della legalità penale: precisione, determinatezza e tassatività.* – 1.3. *Il principio di determinatezza nel contesto di un diritto penale costituzionalmente orientato.* – 1.4. *Il principio di determinatezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 1.5. *Determinatezza e norme penali favorevoli: il contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 1.6. *Legalità penale e giusto processo: a) premessa.* – 1.6.1. *(Segue): b) la regola del contraddittorio per la prova quale ponte di collegamento tra il diritto penale e il processo.* – 1.6.2. *(Segue): c) la determinatezza della legge penale quale “condizione necessaria” alla formazione della prova nel contraddittorio.* – 1.6.3. *(Segue): c) la determinatezza orientata al contraddittorio quale “nuovo” parametro di costituzionalità della legalità penale.*

1.1. *Premessa*

Sono trascorsi ormai più di venti anni dalla emanazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri di una nota circolare recante “*Criteri per la formulazione delle fattispecie penali*”, indirizzata agli Uffici legislativi di tutti i Ministeri. Con tale pregevole documento, il Governo si era prefisso il meritorio, ma anche assai arduo obiettivo di una razionalizzazione della legislazione penale futura, allo scopo di allinearla al dettame costituzionale della *determinatezza*. Infatti, in esso erano state indicate talune preziose direttive di tecnica legislativa: la preferenza per l'utilizzo di *norme definitorie* in relazione ai termini più ambigui o polisensibili, una certa prudenza nell'utilizzo di *clausole troppo ampie* ovvero

di *elementi normativi di derivazione etico-sociale*, l'opportunità di evitare l'impiego di *concetti di tipo sociologico, politico o economico*, così come l'utilizzo della tecnica dei *rinvii a catena, in blocco o generici*¹.

Ebbene, nonostante queste puntuali indicazioni governative, una disamina della legislazione penale successiva alla emanazione di tale documento legislativo non consente di discostarsi in alcun modo dall'idea che, a tutt'oggi, la normazione penale si mantenga caotica, asistemica, sempre più spesso di pessima qualità sul versante della tecnica redazionale. Anzi, sarebbe anche più corretto affermare che, dal 1986 ad oggi, la legislazione penale ha evidenziato un progressivo accrescimento delle appena segnalate patologie.

Nel tentativo di individuare le possibili cause del perdurare, se non – giustappunto – del degenerare di questo fenomeno, non vi è dubbio come il *fattore politico-istituzionale* stia essenzialmente alla base di detta, ormai "*cronica*" indeterminatezza legislativa. In effetti, la normazione penale costituisce sempre più spesso il risultato di una frenetica attività parlamentare animata unicamente da finalità *simboliche* ed *elettoralistiche*. Il risultato di tutto ciò è una legislazione penale composta da testi altamente compromissori e di natura meramente contingente, oltre che malamente redatti sotto il profilo tecnico, in quanto evidentemente pensati e approvati al solo e assorbente scopo di essere prontamente esibiti all'elettorato. In altre parole, il diritto penale sembra costituire ormai nulla più che una risposta estemporanea ai forti e sempre crescenti *desideri di criminalizzazione* di una data opinione pubblica in un dato momento storico – desideri di penalità, questi, spesso creati ad arte dalla

¹ Si tratta della circolare adottata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri il 5 febbraio 1986, il testo della quale è consultabile in *Cass. pen.*, 1986, p. 624 ss. Per un autorevole commento al riguardo, cfr. F.C. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ivi*, 1987, p. 230 ss.

classe politica, attraverso la mistificazione di notizie di cronaca e l'amplificazione *mediatica* di alcuni reati soltanto – ossia la ordinaria replica all'*allarme sociale* tipico della *modernità*², con l'effetto di un progressivo e inarrestabile allontanamento dai tradizionali postulati di un *diritto penale costituzionalmente orientato*, ovvero – per usare una coppia concettuale ancora invalsa in dottrina, ma che personalmente riteniamo non del tutto adeguata ad esprimere efficacemente i caratteri del diritto penale moderno – dai parametri di *meritevolezza* e *bisogno della pena*³.

Peraltro, nemmeno deve trascurarsi di considerare come la straordinaria *complessità* delle moderne società occidentali, sia sotto il profilo dello

² Sulle innegabili interazioni tra diritto penale e allarme sociale. cfr., di recente, le lucide riflessioni critiche di V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*, Reggio Calabria, 2008, p. 443 ss.

³ Questa coppia concettuale ricalca la tradizionale impostazione del tema dei rapporti tra reato e pena, tra elementi costitutivi del reato (*Strafwürdigkeit*) e cause che sovrintendono alla sua punibilità (*Strafbedürfnis*): al riguardo, cfr., soprattutto, H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 4 ed., Berlin, 1988, p. 912 ss.; G. STRATENWERTH, *Die Stufen des Verbrechensaufbaus*, in K. Lüderssen-F. Sack (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten. II Die gesellschaftliche Reaktion auf die Kriminalität*, Bd. I, Frankfurt a.M., 1975, p. 263 ss.; K. TIEDEMANN, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1975, p. 131 s.; R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, p. 242 ss.; J. WOLTER, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem. Zur Strukturgleichheit von Vorsatz und Fahrlässigkeitsdelikt*, in *140 Jahre Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 269 ss. Per una penetrante critica a questo approccio al tema in esame, che risulta in effetti ormai quasi del tutto abbandonato in dottrina, cfr. K. VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus*, in *ZStW*, Bd. 97, 1985, p. 871 ss., 897-899, 905-907, nonché LUZÓN PEÑA, *Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau*, in *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra Symposium für Claus Roxin*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, p. 97 ss, 100. In quest'ultimo senso, nella dottrina italiana, cfr., per tutti, M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 462 ss.; M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18- 20 maggio 1995)*, a cura di S. Canestrari, Torino, 1998, p. 419 (in particolare, nota 26), il quale osserva come le valutazioni legislative relative al "bisogno" di pena non siano di esclusiva pertinenza della categoria della punibilità, incidendo "trasversalmente" su "tutti i livelli delle categorie del reato". In argomento, cfr. anche E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 3.

*sviluppo tecnologico*⁴, che sotto il profilo del *pluralismo culturale*⁵, contribuisca senza dubbio alla produzione di una legislazione penale congenitamente instabile, indecisa e spesso altamente contraddittoria. E' chiaro, infatti, come la *modernità* spinga decisamente verso forme di intervento penale sempre più flessibili e dinamiche, anche ai fini di una maggiore semplificazione processuale, minando così le esigenze costituzionali di *determinatezza*, così come, per tale via, la cogenza di tutti gli altri principi costituzionali espressivi di uno Stato di diritto (offensività, materialità, colpevolezza, frammentarietà, ecc.). E', al contempo, innegabile la deprecabile tendenza a "scaricare" sempre e solo sul diritto penale, a cagione della sua elevatissima valenza *simbolica*, i problemi della odierna "società del rischio", dimenticando però come la gestione dei pur elevati pericoli connessi allo svolgimento di *attività complesse* (economiche, tecnologiche o scientifiche) richiederebbe, il più delle volte, una risoluzione anticipata dei problemi sul terreno politico-amministrativo. E ciò, invero, non soltanto per la senza dubbio maggiore *effettività* di tale ultima forma di tutela giuridica, ma, prima ancora, per la ben nota inadeguatezza in chiave preventiva e quindi per la inefficacia risolutiva – se non addirittura per la stessa efficacia in senso inverso – dell'intervento penale⁶.

⁴ In ordine ai nessi tra innovazione tecnologica e diritto penale, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, F. STELLA, *Giustizia e modernità, La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2 ed., Milano, 2002; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

⁵ Sulla complessa questione dei rapporti tra multiculturalismo e diritto penale, nell'ambito di una letteratura scientifica invero particolarmente copiosa, ci si limita qui a citare A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; F. BASILE, *Immigrazione e reati "culturalmente motivati"*, Milano, 2010; L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009. In argomento, volendo, si veda pure P.P. EMANUELE, *I reati culturalmente motivati tra personalizzazione della responsabilità penale e tutela delle vittime*, in *La Rivista Neldiritto*, 2010, p. 941 ss.

⁶ In argomento, oltre alla già ricordata opera fondamentale di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., di particolare interesse è anche il lavoro di S. ALEO, *Diritto penale e*

Stando così le cose, è di ogni evidenza, in questo prefigurato contesto, la necessità di recuperare la enorme valenza del *principio di determinatezza* della legge penale⁷, in vista di una equilibrata risoluzione delle tante e complesse questioni poste dal *diritto penale della modernità*.

1.2. *Le garanzie contenutistiche della legalità penale: precisione, determinatezza e tassatività*

Come è noto, la garanzia che la produzione del diritto penale sia prerogativa esclusiva del potere legislativo (c.d. principio della *riserva di legge*, ovvero di *stretta legalità*) serve unicamente a regolamentare i rapporti tra questo potere e quello esecutivo, in particolare nel senso di sottrarre a quest'ultimo – il quale non costituisce come il primo diretta espressione della sovranità popolare – le scelte di incriminazione e quindi, per tale via, la potestà di limitare le libertà fondamentali dei cittadini⁸.

E' noto tuttavia come una legalità penale così intesa assumerebbe le sembianze di un principio meramente formalistico, dal momento che il

complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica, Torino, 1999. Ancora, sulla "modernizzazione" del diritto penale, cfr., autorevolmente, C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1229 ss., nonché G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1040 ss.

⁷ Sul tema generale della determinatezza delle fattispecie penali, cfr. soprattutto F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; P.G. GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1972; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della legge penale*, Milano, 1989; S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

⁸ Sul fondamento politico-criminale del principio di riserva di legge in materia penale, cfr., M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 35 ss.; G. MARINI, voce "Nullum crimen, nulla poena sine lege" (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 1950 ss.; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993; M. TRAPANI, voce *Legge penale, I) Fonti*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1990, p. 2 ss.; G. VASSALLI, voce "Nullum crimen, nulla poena, sine lege", in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 278 ss.

riconoscimento di un monopolio nelle scelte punitive, non accompagnato però dalla contestuale fissazione di vincoli di tipo redazionale in capo al detentore di un simile potere esclusivo, significherebbe, in buona sostanza, devolvere all'arbitrio, più che alla discrezionalità del legislatore medesimo, e conseguentemente del singolo giudice, la definizione dei margini di libertà dei destinatari della legge penale. In uno Stato democratico di diritto, essenzialmente fondato sul principio illuministico della *separazione dei poteri*, la tutela delle garanzie di libertà dei cittadini può dirsi davvero realizzata, non già soltanto a mezzo dell'assegnazione al solo Parlamento – in quanto unica istituzione espressiva della volontà popolare – del potere di creare diritto penale, bensì, anche e soprattutto, mediante una seria disciplina dell'attività legislativa di produzione del diritto penale medesimo.

Sicché, è solo attraverso una equilibrata configurazione dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario che il principio di legalità è in grado di assumere una dimensione di garanzia effettiva, per così dire "sostanziale".

Orbene, della definizione dei predetti equilibri normativo-istituzionali in campo penale si incarica proprio il c.d. *principio di determinatezza* – una nomenclatura, questa, che, per le ragioni che si diranno appresso, si è prescelto di utilizzare perché da noi ritenuta maggiormente in grado di descrivere la complessiva essenza di garanzia recata da tale principio costituzionale – il quale si impone, infatti, al legislatore ordinario nel triplice senso: 1) di obbligarlo alla formulazione di leggi penali *chiare e precise*, ossia a descrivere con accuratezza il reato e le relative sanzioni stabilite per il caso della sua commissione (c.d. *principio di precisione*)⁹; 2)

⁹ In ambito filosofico, a proposito del principio di *precisione*, cfr., tra gli altri, A IACONA, *L'argomentazione*, Torino, 2005, p. 122 ss. Per qualche utile riflessione al riguardo, nella dottrina penalistica, cfr., ad esempio, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 74 ss.

di vincolarlo alla previsione di fatti empiricamente verificabili e quindi, come tali, suscettibili di essere provati nel processo (c.d. *principio di determinatezza tout court*); 3) di inibirgli la creazione di fattispecie “*ad analogia esplicita*”, così come, *a fortiori*, l’abrogazione delle vigenti norme che vietano il procedimento analogico *in malam partem* in materia penale (c.d. *principio di tassatività*, ovvero del *divieto di analogia per il legislatore*)¹⁰. Nondimeno, già a proposito di detta tripartizione analitica del principio costituzionale di determinatezza si impone una precisazione preliminare di ordine metodologico.

Deve infatti notarsi come, in seno alla prevalente dottrina, i concetti di *tassatività* e *determinatezza* siano comunemente intesi e impiegati alla stregua di sinonimi¹¹. Ciò, a ben vedere, quantomeno sul piano definitorio, se è vero che poi, sul terreno della loro spiegazione analitica, si registra una netta differenziazione tra i due predetti canoni. Se la *determinatezza* viene generalmente riferita al piano della redazione delle fattispecie penali, la *tassatività*, al contrario, viene comunemente ricondotta al momento “dinamico” della legalità, ossia al piano dell’applicazione della norma penale, identificandosi, quindi, con il divieto di analogia indirizzato al giudice (e non già al legislatore). Del resto, è innegabile come la tassatività presupponga la determinatezza, giacché dal livello descrittivo di una fattispecie dipende di fatto la delimitazione degli spazi di manovra del giudice¹².

¹⁰ Per questa tripartizione cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, Milano, III ed., 2001, p. 119 ss.

¹¹ Nel senso che i due concetti esprimerebbero lo stesso fenomeno, cfr., ad esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 97 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004, p. 40.

¹² Secondo alcuni Autori – cfr., ad esempio, F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 335 ss. e G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 158 ss. – in effetti, i due principi, in quanto concettualmente distinguibili, devono essere, di conseguenza, tenuti separati. Mentre, infatti, l’esigenza che la norma penale sia espressa in maniera precisa e contempri situazioni empiricamente verificabili esaurirebbe il concetto di *determinatezza*, la *tassatività* si porrebbe, per contro, quale

Orbene, lungi dal trattarsi di un mero problema didascalico, deve ammettersi come, a seguire fedelmente detta ultima, invalsa schematizzazione “sintetica” del principio di *determinatezza/tassatività*, non si riesca di fatto a cogliere la complessiva dimensione *prescrittiva* del principio di legalità nei confronti del legislatore stesso. Ciò perché, per un verso si finisce per risolvere il problema della tassatività sul solo terreno applicativo e quindi per riconoscerne cogenza soltanto rispetto al giudice, nonché, per altro verso, perché così si smarriscono l'autonomia concettuale e la stessa consequenzialità logico-operativa tra precisione e *determinatezza stricto sensu* intesa.

La nostra preferenza per la surriferita tripartizione della *determinatezza* penale - *lato sensu* intesa - fatta propria da minoritaria, benché assai autorevole, dottrina¹³, si giustifica sulla base di taluni rilievi ermeneutici assolutamente pregnanti.

Anzitutto, la differenziazione tra *precisione* e *determinatezza* si rinviene in maniera univoca all'interno della nostra stessa giurisprudenza costituzionale e si deve, in particolare, ad una delle più progredite sentenze della Consulta in tema di legalità¹⁴. In questa occasione, la Consulta ha avuto modo di distinguere con nettezza tra la *intelligibilità della norma* e la *corrispondenza alla realtà del precetto* contenuto nella norma medesima, quindi - per l'appunto - tra *precisione* del linguaggio legislativo e *determinatezza* della norma penale. Una distinzione ritagliata dunque all'interno del medesimo capoverso dell'art. 25 della Costituzione e talmente recisa da condurre la Corte medesima, per un verso, a ritenere la norma impugnata sufficientemente chiara e precisa nel suo significato e

principio rivolto soprattutto al giudice, sostanziandosi nel *divieto di applicazione analogica* delle norme penali.

¹³ V. *retro*, nota 10.

¹⁴ Si allude, evidentemente, alla nota pronuncia di incostituzionalità in tema di plagio: v. Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, I, 1981, p. 806 ss.

quindi *conforme* al principio di precisione, ma, per un altro verso, assolutamente sfornita di un precetto empiricamente verificabile e quindi *in contrasto* con il principio di determinatezza. In altre parole, alla Corte costituzionale si deve la riconduzione in capo al legislatore di un duplice vincolo di natura costituzionale, “formale” (la *precisione*) e “contenutistico” (la *determinatezza*), in sede di redazione delle norme penali. Allo stesso tempo, dalla Corte è stata posta in evidenza la insufficienza in sé, ai fini del doveroso rispetto del principio costituzionale di legalità, dell’utilizzo di un linguaggio preciso, tutte le volte in cui ad essere pur intelligibilmente descritti siano comunque condotte dalla incerta riscontrabilità in concreto, quindi dalla palese insuscettibilità a formare oggetto di prova nel processo penale. Del resto, non vi è dubbio come una descrizione puntuale della fattispecie astratta non si riveli ancora in grado di salvaguardare i cittadini dall’arbitrio giudiziale, dal momento che, senza la previsione di fatti che abbiano anche una corrispondenza con la realtà, il procedimento di sussunzione del caso concreto all’interno del paradigma legale rimane inevitabilmente esposto alle opzioni contingenti del giudice¹⁵.

Quanto, poi, alla individuazione della *tassatività* quale terza articolazione del principio di determinatezza, ci pare assolutamente corretto il rilievo secondo il quale detta garanzia, una volta elevata al rango di principio costituzionale (per effetto del capoverso dell’art. 25 Cost.), abbia cessato di costituire un vincolo per il solo giudice, per come invece è stato fin tanto che una tale prescrizione ha mantenuto il rango di legge ordinaria

¹⁵ D'altronde, una tale divaricazione concettuale “interna” al principio di determinatezza era ben presente già nella speculazione teorica dello stesso padre fondatore del *nullum crimen sine lege*, ossia il giurista e filosofo tedesco Anselm Feuerbach, il quale, a tal proposito, non aveva ommesso di rilevare che “*il legislatore non può punire nessun fatto che non può essere compiutamente provato in concreto*”: cfr. dell’AUTORE, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz, 1800, p. 12 s.

(ex artt. 1 c.p. e 14 preleggi). Una volta costituzionalizzato, dunque, deve riconoscersi come il divieto di analogia si indirizzi anche al legislatore¹⁶.

Traendo le fila del nostro discorso, può ben dirsi pertanto che il principio costituzionale di *determinatezza* della legge penale, quale corollario “contenutistico” del principio della riserva di legge, ricomprende concettualmente al suo interno sia la necessità di una forma linguistica chiara e precisa, sia la necessità di un contenuto empiricamente e processualmente verificabile, sia, infine, il divieto di coniare fattispecie intessute di locuzioni generiche “di chiusura”, quali “*altri simili*” o “*altri analoghi*”, in quanto suscettibili di arbitrario riempimento ad opera dell’autorità giudiziaria¹⁷.

Certezza del diritto da un lato, supremazia della legge e limitazione dell’arbitrio giudiziario dall’altro lato: queste, in estrema sintesi, le funzioni di politica del diritto assegnabili al principio di determinatezza in uno Stato democratico di diritto. Solo una formulazione determinata è in grado di assicurare “certezza” alle norme penali. Non meno rilevante la funzione di garanzia dei cittadini assolta dal principio di determinatezza nei riguardi del potere giudiziario, dal momento che i rischi di “straripamento” di quest’ultimo risultano intrinsecamente sottesi al suo stesso normale

¹⁶ Per queste fondamentali osservazioni, cfr., ancora una volta, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 169.

¹⁷ Del resto, è stato proprio il principio di determinatezza, per come globalmente sin qui ricostruito, a costituire il momento centrale della legalità penale nell’ambito delle teorizzazioni dei massimi pensatori liberali. Basterebbe rileggere un Gaetano Filangieri, ad esempio, per apprendere che “*se le azioni sono molto più difficili a determinarsi che non lo sono i dritti; se bisogna descriver quelle, nel mentre che basta a diffinir questi; le leggi criminali debbono dunque entrare in quei dettagli, che le leggi civili debbono evitare, se non si vuol lasciare un perniciosissimo arbitrio tra le mani del giudice*”: v. dell’AUTORE, *La scienza della legislazione (1780-88)*, Paris, 1853, libro II, parte II, cap. XXV, p. 189. Parafrasando Cesare Beccaria, d’altronde, si ricava l’avvertita indispensabilità che le norme penali siano enunciate utilizzando il linguaggio del comune cittadino e non già secondo i postulati di una data teoria o secondo il linguaggio di un determinato ceto professionale, vale a dire con parole chiare e facilmente comprensibili dalla moltitudine dei soggetti che sono tenuti a obbedirvi: v. C. BECCARIA, *De’ delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano, 1839, V, p. 13 ss.

operare, a cagione della nota sensibilità dei giudici rispetto alle esigenze di tutela che, di volta in volta, si manifestano nel caso concreto, con la conseguente, costante tentazione a una modificazione, soprattutto in senso ampliativo ma anche in senso riduttivo, dell'ambito di operatività delle norme penali. E' tra l'altro evidente come una legislazione penale rispettosa del principio di determinatezza contribuisca in maniera decisiva alla neutralizzazione o quantomeno al sensibile contenimento dei rischi di disequaglianze tipici del momento applicativo della legge penale. Ciò in conseguenza della maggiore semplicità e controllabilità del procedimento interpretativo di sussunzione dei casi concreti all'interno di fattispecie astratta descritte in ossequio ai crismi della determinatezza.

1.3. *Il principio di determinatezza nel contesto di un diritto penale costituzionalmente orientato*

Il *principio di determinatezza* della legge penale, peraltro, oltre a detenere un così spiccato *teleologismo politico-criminale*, funzionale – come si è appena detto – alla realizzazione dei postulati propri dello Stato democratico di diritto, costituisce, a ben vedere, anche una sorta di *profilo contenutistico necessario* rispetto a tutti gli altri principi che entrano a comporre il complessivo statuto costituzionale del reato, nel senso cioè di sostanziarne il significato di *garanzia* e al tempo stesso di accrescerne il livello di *effettività*¹⁸.

Infatti, una simile funzionalità è anzitutto evidente con riguardo alle *finalità della pena*. Né si tratta, a meglio riflettere, di un'acquisizione dommatica così recente, se è vero che, nel contesto di una ricostruzione del finalismo della sanzione penale unicamente in chiave di prevenzione generale "*intimidatrice*", già A. Feuerbach – muovendo dal presupposto

¹⁸ In tal senso, v. già V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, p. 326 ss.

che soltanto la previa determinazione legale di un fatto come reato valesse a rendere credibile la minaccia legale della pena, per l'effetto di intimidazione così esercitato sui consociati - aveva compiutamente teorizzato che la pena, intanto può operare come contropinta all'agire criminoso, in quanto sia determinata e correlata a fatti che siano *precisamente* descritti in una norma¹⁹. In altre parole, nel pensiero illuministico, era l'idea stessa della "*coazione psicologica*" ad essere inscindibilmente connessa a quella della certezza e della conoscibilità del diritto penale.

Peraltro, nonostante la teoria ottocentesca della *coazione psicologica* possa dirsi oggi superata, la suesposta intima correlazione tra determinatezza e finalismo della pena séguita tuttora a costituire un dato inconfutabile. Una norma penale indeterminata, infatti, è incapace di produrre un qualsivoglia effetto di tipo *generalpreventivo*. E ciò è riferibile non solo all'effetto di intimidazione, ma anche a quello di *orientamento culturale*, individuale e collettivo, dal momento che, in assenza di un precetto penale riconoscibile e quindi comprensibile, i suoi destinatari non si ritrovano nelle condizioni, per l'appunto, di *orientarsi* efficacemente tra il consentito e il vietato²⁰.

Ma le considerazioni che precedono sono altresì riferibili al *finalismo rieducativo* della sanzione penale, dal momento che l'avvio di un progetto di *risocializzazione* del condannato costituirebbe per lo Stato una pretesa dai tratti inevitabilmente autoritari, rischiando così di non essere mai accettata, là dove al condannato medesimo non sia stata offerta la

¹⁹ Cfr. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, cit., p. 56 ss.

²⁰ Sulla funzione generalpreventiva della pena, si veda *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati* (a cura di M. Romano e F. Stella), Bologna, 1980, *passim*.

possibilità di comprendere il disvalore della propria condotta²¹. Una comprensione, questa, evidentemente preclusa dalla pronuncia di una condanna per un reato previsto da una norma penale talmente indeterminata da impedire al suo trasgressore la identificazione della sua condotta con il precetto.

Peraltro, il generale tema dei nessi tra legalità e teleologismo sanzionatorio introduce l'ulteriore e connessa questione relativa al grado di precisione e determinatezza richiesto alla norma penale in funzione della conoscibilità, da parte dei suoi potenziali destinatari, anche del tipo, del contenuto e della misura della risposta sanzionatoria appositamente statuita per il caso della sua violazione. Infatti, mirare alla precisione e alla determinatezza dei precetti, ma rinunciare poi al raggiungimento dei medesimi obiettivi garantistici a proposito delle correlative sanzioni, significherebbe dimenticare che la violazione di quelli importa la limitazione della sfera di libertà dell'individuo proprio per effetto della irrogazione di queste. E' chiaro, in effetti, come una rinuncia alle istanze della legalità in relazione alla pena depotenzierebbe la pena stessa di ogni funzionalità generalpreventiva e specialpreventiva, per il fatto di renderla incapace di dissuadere, di orientare e di rieducare. Nondimeno, sul punto deve notarsi come, avuto specifico riguardo alla determinazione del *quantum* della sanzione, il principio costituzionale di legalità della pena debba armonizzarsi con le esigenze di "individualizzazione" che

²¹ Sulla funzione rieducativa della pena, cfr., per tutti, C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 148 ss.; G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca-A. Pizzorusso, *Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991, p. 286 ss. e p. 331 ss.; M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, p. 356 ss. Per una trattazione della evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di rieducazione della pena, ci si permette di rinviare, altresì, a P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando-L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale* (Atti del Seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008), Giappichelli, Torino, 2009, p. 73 ss.

discendono dalla necessaria osservanza dei concorrenti e contrapposti principi, anch'essi di rango costituzionale, di personalità della responsabilità penale, di rieducazione e di eguaglianza (nello specifico senso di obbligo di un trattamento differenziato per situazioni diverse). Stando al nostro sistema costituzionale, pertanto, non solo la totale rinuncia a un sistema legale di predeterminazione quantitativa della sanzione, ma anche la eventuale adozione di un sistema di pene fisse, contrasterebbe senza dubbio con la Carta fondamentale. Il punto di equilibrio tra le sopraindicate istanze costituzionali di diverso segno potrà dirsi, invero, raggiunto solamente attraverso la previsione per ogni reato di un'apposita cornice edittale, ossia di un minimo e di un massimo sanzionatorio (secondo un modello, cioè, di *discrezionalità giudiziale vincolata*). Sicché, in presenza di previsioni legali che si limitassero a stabilire il solo minimo edittale, ovvero di forbici sanzionatorie troppo dilatate o comunque imprecise, così come in assenza di criteri legali di commisurazione della pena teleologicamente connotati, sarà del tutto evidente la violazione del principio di legalità della pena, *sub specie* determinatezza. Ciò in quanto il singolo giudice, lungi dal completare così l'opera del legislatore, *individualizzando* un disvalore pre-dato, in tutti questi casi sarà chiamato, egli stesso, a compiere una valutazione di disvalore del fatto, del tutto autonoma dalla legge²².

²² Sul punto cfr., approfonditamente, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 224 ss.; analogamente, sullo specifico tema della commisurazione della pena e quindi circa la predetta necessità di bilanciamento tra legalità e individualizzazione della sanzione, cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338 ss.; ID., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, *passim*; ID., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 34 ss.; ID., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 271 ss.; C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 267 ss.; C.F. GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir.*

Peraltro, se si muove dal presupposto – come noi crediamo – che la determinatezza debba operare per le norme penali favorevoli allo stesso modo di quanto pacificamente si riconosca già a proposito di quelle sfavorevoli²³, è evidente che istituti come le circostanze attenuanti generiche (art. 62 *bis* c.p.) o come la continuazione (art. 81 cpv c.p.), soprattutto se si tiene conto della loro attuale dimensione prasseologica, contrastino apertamente con il principio costituzionale di determinatezza²⁴.

Tornando adesso al tema della *circolarità* del principio di determinatezza sul terreno dei principi costituzionali e ragionando su di un piano ancora più generale di quello analizzato sinora, non può certamente disconoscersi come la determinatezza costituisca lo strumento ideale anche per la piena realizzazione del principio di *frammentarietà* del diritto penale, a sua volta espressione delle superiori esigenze di *proporzione* e di *sussidiarietà* tipiche di un diritto penale liberale²⁵. E' del tutto ovvio,

proc. pen., 1992, p. 1474 ss.; S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 148 ss.

²³ Al riguardo v., *postea*, 1.5.

²⁴ Di recente, nel senso della necessità che anche gli istituti che comportano modificazioni o estinzioni della punibilità si conformino al principio di legalità, allo scopo di “orientare la discrezionalità del giudice”, cfr. S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 126.

²⁵ Sul punto deve notarsi come l'obiettivo politico-criminale di un “diritto penale minimo”, ossia di un sistema penale informato al principio della *extrema ratio*, costituisca ormai (in evidente controtendenza con gli odierni indirizzi legislativi nazionali e internazionali) l'autentico *leit-motiv* dei contributi dottrinali più autorevoli degli ultimi decenni: in argomento, cfr., anzitutto, A. BARATTA, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Id.*, (a cura di), *Il diritto penale minimo*, Napoli, 1986, p. 443 ss., nonché, senza alcuna pretesa di esaustività, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 215 ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984, p. 99 ss.; S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984, p. 13 ss., *Id.*, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 30 ss.; G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 338 ss.; C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca.*, cit., p. 1220 ss.; N. MAZZACUVA, *Il futuro del diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 122 ss.; M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla carta costituzionale. L'insegnamento della esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V,

infatti, che una formulazione indeterminata della fattispecie penale contraddice in radice proprio la necessità di un intervento penale di tipo frammentario.

Va segnalato ancora come, senza un fatto di reato descritto nelle sue componenti costitutive ed essenziali in modo percepibile dai consociati, il principio di *colpevolezza* dismetterebbe la sua moderna funzione di categoria dogmatica *normativizzata*²⁶, degradando al rango di mera componente psicologica del reato, oltretutto ineffettiva in quanto priva di un fatto naturalistico chiaramente determinato nel quale riflettersi. Senza un oggetto ben definito ed empiricamente afferrabile, infatti, sfuma la possibilità di costruire un autentico nesso di condizionamento tra il fatto e il suo autore. E ciò vale, in fondo, non soltanto per la *causalità psicologica*, ma anche per quella *materiale*.

D'altronde, la stessa *conoscibilità del precetto* – che entra a comporre lo statuto della *colpevolezza* in senso normativo – costituisce una precondizione necessaria per la funzionalità dell'intero sistema delle incriminazioni, dal momento che leggi penali così indeterminate da risultare "*assolutamente oscure*" impediscono la formulazione di un rimprovero di *colpevolezza* a carico dell'agente. Sul punto è noto, del resto, come il principio di determinatezza abbia costituito uno snodo essenziale del complessivo ragionamento che ha permesso alla Corte costituzionale di giungere alla declaratoria di parziale incostituzionalità

c. 43 ss.; C.F. GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 35 ss. Analogamente, nella dottrina tedesca, cfr., per tutti, W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 378 ss.; W. NAUCKE, *Schwerpunktoerlagerungen im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, p. 125 ss.

²⁶ Sulla *concezione normativa* della *colpevolezza* cfr., nell'ambito di una letteratura scientifica assai copiosa, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpa*, Milano, 1951; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 79 ss.; M. DONINI, *Illiceità e colpa nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 554 ss.; nonché, più di recente, E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 864 ss.

dell'art. 5 c.p.²⁷. In particolare – come si ricorderà – la predetta interazione tra determinatezza e colpevolezza, secondo la Corte, sarebbe “*indispensabile (...) per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere personalmente solo per azioni da lui controllabili*”²⁸.

Identiche considerazioni a quelle sin qui compiute devono farsi, inoltre, con riguardo al principio di *offensività*, dal momento che la individuazione del bene giuridico tutelato da una norma incriminatrice resta inevitabilmente preclusa o comunque risulta sfalsata, in presenza di un fatto descritto in maniera indeterminata, empiricamente impalpabile²⁹. Ma, a ben vedere, la determinatezza concorre decisamente a spiegare e sostanziare anche il principio costituzionale della *irretroattività sfavorevole delle norme penali*³⁰. Un fatto indeterminato, invero, non esita certo ad essere sussunto in una “nuova” norma incriminatrice, con l'effetto di

²⁷ Cfr. Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro It.*, 1988, p. 1385. In dottrina, per un commento a questa sentenza, cfr., tra gli altri, D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88*, in *Foro It.*, 1988, p. 1385 ss.; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c. p.*, in *Leg. pen.*, 1988, p. 447 ss.; F. PALAZZO, *“Ignorantia legis”: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920 ss.; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1313 ss.

²⁸ Cfr. Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, *loc. ult. cit.*

²⁹ D'altronde, al pari di quanto si è appena visto per la colpevolezza (v. note precedenti), ancora una volta si deve alla Corte Costituzionale il merito di avere messo in luce l'intima connessione che salda determinatezza e offensività. In tal senso, cfr. soprattutto Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2646 ss. (in tema di sostanze stupefacenti), allorché la Corte evidenziò, per l'appunto, lo strettissimo legame tra il principio di legalità, le scelte di incriminazione e l'esigenza che la legge penale tenga comunque conto della esperienza sociale e criminologica su cui l'intervento penale va ad insistere.

³⁰ Sulla dimensione costituzionale del principio di irretroattività della legge penale, con particolare riguardo all'attività della Corte costituzionale, cfr. G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 77 ss.

comportare una drastica limitazione dell'ambito operativo della retroattività favorevole³¹.

Ci sembra parimenti evidente, poi, come il principio di determinatezza si presti a riempire di autentici contenuti anche il basilare principio del divieto di analogia delle norme penali, nella sua ulteriore dimensione di limite per il giudice, poiché è innegabile come un fatto descritto in maniera indeterminata apra al giudice incontrollate e incontrollabili possibilità di applicazione ben al di là di quanto la logica della norma gli permetterebbe³². Sotto quest'aspetto, insomma, ci sembra corretto affermare che la determinatezza in un certo senso "prevale" sul divieto di analogia, nella misura in cui essa vale ad assicurare l'effettivo rispetto di quest'ultimo divieto attraverso la previa eliminazione di ogni eventuale

³¹ Per un'analitica esposizione dei vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali elaborati per la risoluzione delle vicende successive in materia penale, cfr., in particolare, E.M. AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in M. Ronco (a cura di), *La legge penale*, Bologna, 2006, p. 246 ss.

³² Sul tema dell'analogia in generale, per la dottrina italiana, cfr., soprattutto, G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Milano, 1936, p. 136 ss., e G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Milano, 1942, nonché dello stesso AUTORE, voce *Analogia nel diritto penale*, cit., p. 158 ss. (ai quali due Autori, in particolare, si deve la "sistemazione" del problema dell'analogia in materia penale nei termini "relativi" dei quali sopra si è detto e che si è vista costituire, ancora oggi, il punto di vista generalmente accolto in dottrina); per contro, per un disconoscimento "integrale" della validità dogmatica del divieto di analogia in materia penale, cfr., in particolare, N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, p. 601 ss.; M. BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955; L. CAIANI, voce *Analogia. b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 348 ss. Quanto alla dottrina tedesca, nel senso che divieto di analogia equivarrebbe a divieto di interpretazione, cfr. ART. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965. In una posizione analoga, si veda già W. SAX, *Das strafrechtliche Analogieverbot. Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht*, Göttingen, 1953; nonché, in seguito, anche G. STRATENWERTH, *Zum Streit der Auslegungstheorien*, in *Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag*, Bern, 1969, p. 257 ss.; ancora più radicalmente, cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1975, p. 112 ss.; per converso, in difesa del divieto di analogia in materia penale, cfr., tra gli altri, R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971, p. 108 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristische Methodenlehre*, in *Festschrift für Klug*, Köln, 1983, p. 173 ss.

ambiguità interpretativa che, in seconda battuta, sarebbe invece eliminabile solo con limitato riferimento al caso concreto.

Ma non basta. A meglio riflettere, infatti, il principio di determinatezza finisce per rivelare un *teleologismo politico-criminale* che non si arresta al diritto penale sostanziale, riverberandosi piuttosto anche *sul terreno del processo penale*. Pur rinviando sul punto all'immediato prosieguo del presente lavoro, è comunque il caso di anticipare come la esistenza di norme incriminatrici vaghe e indeterminate vanifichi di fatto il principio costituzionale della *obbligatorietà nell'esercizio dell'azione penale*. E infatti, se obbligatorietà dell'azione penale significa che il pubblico ministero ha il dovere di richiedere il rinvio a giudizio solo allorquando, secondo canoni logico-empirici e quindi al di fuori di valutazioni di mera opportunità, riscontri che un fatto previsto dalla legge come reato è stato commesso, è chiaro allora che se la fattispecie incriminatrice di riferimento è di per sé indeterminata, sfumerà il parametro stesso in relazione al quale la verifica della osservanza di quell'obbligo deve essere compiuta. Ciò a totale discapito, peraltro, della garanzia di *eguaglianza* che costituisce il fondamento primario di tale precetto costituzionale. D'altronde, guardando al recente passato, è noto come fattispecie penali formulate in maniera palesemente indeterminata, come ad esempio la previgente norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio - una indeterminatezza strutturale evidenziata dalla previsione di una condotta non descritta per note interne e dalla mancata previsione di un evento naturalistico, data l'adozione del modello criminoso dei reati di mera condotta e di pericolo - abbiano costituito, in ultima analisi, nulla più che il mero pretesto "ufficiale" per avviare il compimento di indagini penali "a tutto campo"

sull'attività di taluni uffici pubblici, alla ricerca di elementi indiziari utili per la contestazione di reati ben più gravi³³.

Ancora, è analogamente evidente come, in assenza di norme incriminatrici determinate, il *diritto di difesa* si svuoterebbe di ogni precettività, visto che verrebbe meno per il pubblico ministero l'obbligo di una contestazione del fatto di reato in maniera "*chiara e precisa*", per come prescritto invece dal codice di rito³⁴. Per come si avrà modo di approfondire più avanti, risulta chiaro, infatti, come la indeterminatezza del paradigma normativo di un illecito penale abbia delle sensibili ricadute negative sulla formulazione del capo di imputazione.

In mancanza di una contestazione specifica e circostanziata, poi, il diritto costituzionale di difesa, o meglio il *diritto di difendersi provando*, rimane una mera affermazione di principio. E' ovvio, infatti, che il *contraddittorio*, sul quale si regge il vigente processo (sia pure "tendenzialmente") accusatorio, è destinato a funzionare quale metodo di accertamento della responsabilità penale solo in presenza di componenti costitutive sulle quali si possa esercitare il diritto alla prova³⁵.

Tra le altre cose, è lo stesso principio processuale di *correlazione tra accusa e sentenza* a esigere che la imputazione processuale del reato sia sin dall'inizio "*chiara e precisa*", quindi determinata³⁶.

³³ Per un approfondimento al riguardo v., *postea*, 3.5.

³⁴ Sul punto v., *amplius, infra*: par. 1.6.1.

³⁵ Sui nessi tra il principio processuale del contraddittorio e il principio sostanziale di determinatezza, cfr. F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 317 ss.; V. MAIELLO, *Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 206 ss.; P. FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 13 ss.; V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento, cit.*, p. 470 ss. e *passim*.

³⁶ In argomento, si veda, ancora una volta, V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento, cit.*, p. 487 ss. nota 54.

Parimenti, la garanzia costituita dall'*obbligo di motivazione delle sentenze* esige norme penali determinate, altrimenti potendo dirsi assolto anche mediante il ricorso a mere clausole di stile³⁷.

1.4. *Il principio di determinatezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Dopo avere provato a delineare essenza e contenuti del principio di determinatezza della legge penale e dopo averne di conseguenza valorizzata la innegabile centralità all'interno di un sistema penale che voglia davvero definirsi *costituzionalmente orientato*, una ricognizione della normazione penale vigente ci costringe, tuttavia, a prendere atto della scarsa coerenza del principio medesimo nei riguardi del legislatore ordinario.

Se - come si avrà modo di vedere più analiticamente in seguito - quanto precede risponde al vero, la nostra ricerca deve evidentemente proseguire nel tentativo di recuperare indicazioni ermeneutiche utili per dotare di maggiore pregnanza il suddetto principio costituzionale.

Invero, guardando alla elaborazione dogmatica ed agli sviluppi applicativi del principio di determinatezza, ci si avvede della necessità di fare maggiore chiarezza già su un punto evidentemente preliminare.

La determinatezza non costituisce un *concetto di tipo quantitativo* (non numerico), per come invece talune teorizzazioni, mediante l'utilizzo dell'aggettivazione "*sufficiente*", lasciano intendere³⁸. Infatti, una qualificazione in termini quantitativi, per quanto non numerici, si mostra incompatibile con un principio chiamato a esprimere, viceversa, una

³⁷ Sul complesso tema della motivazione della sentenza penale, si veda, per tutti, F.M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Agg., Milano, 2000, p. 750 ss.

³⁸ Si pensi, tra le altre, alla nomenclatura impiegata in proposito da G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, p. 65 ss.

esigenza di garanzia netta, costituita dalla riserva al solo legislatore delle scelte di politica criminale attraverso disposizioni precise e in grado di delineare con esattezza il loro campo di applicazione. Sicché, siamo personalmente dell'avviso che l'aggettivazione "*necessaria*" sia la sola compatibile con la *ratio* politico-garantista del principio di determinatezza, dal momento che essa esprime una invariabile e ferma esigenza di tipo qualitativo, ossia che la legge penale abbia un contenuto idoneo a delimitare con certezza il terreno legislativo da quello giudiziario, oltre che la sfera del lecito da quella dell'illecito, rispettivamente in attuazione del principio di *separazione dei poteri* e degli obiettivi di *prevenzione generale* e di *personalizzazione della responsabilità penale*.

Nonostante i chiarimenti che precedono, deve comunque riconoscersi come sia proprio a cagione di tale sua fisionomia preta di forti implicazioni politico-ideologiche che il principio di determinatezza - o meglio la ricostruzione della sua portata - si esponga a inevitabili apprezzamenti di valore. In buona sostanza, a noi pare che, in mancanza di un referente costituzionale strettamente normativo atto a fungere da parametro di raffronto dello *standard* contenutistico delle singole disposizioni incriminatrici che si reputa necessario per il raggiungimento degli scopi di garanzia ai quali il principio medesimo risulta preposto, la determinatezza tende ad acquisire una dimensione inevitabilmente *instabile*. Ciò - si intende - ovviamente al di là della fisiologica singolarità del singolo processo penale all'interno del quale la norma incriminatrice "vive", oltre che tenendo conto pur sempre dell'astrattezza e della generalità delle norme giuridiche.

A essenziale riprova di quanto precede, un'analisi della nostra giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza della legge penale evidenzia, in effetti, una massiccia predominanza di decisioni di

rigetto delle questioni che hanno costituito oggetto di sindacato del Giudice delle leggi per la sospettata violazione di tale principio costituzionale³⁹.

Ecco dunque che, nel contesto di una ricerca finalizzata alla ricognizione e alla valutazione delle complessive ragioni che stanno alla base del sin qui denunciato fenomeno di diffusa incostituzionalità della legislazione penale ordinaria, una ricognizione delle principali pronunce rese dalla Corte costituzionale in argomento si profila come una operazione indispensabile per cercare di trarne utili spunti interpretativi in vista della delineazione di una futura scienza della legislazione rispettosa del sovraordinato canone della determinatezza.

Orbene, pur dovendosi ammettere come la Corte costituzionale (se si eccettua la fase di avvio della sua attività come Giudice delle leggi, invero caratterizzata da un atteggiamento “moderato” con riguardo al livello di coerenza riconosciuto ai valori costituzionali, ancorché riferibile a tutti i settori dell’ordinamento giuridico) non abbia mai realmente dubitato del rango costituzionale del principio di determinatezza – proprio perché inteso quale diretta espressione del principio della riserva di legge nei confronti del potere giudiziario – è pur vero, però, che la Corte stessa si è storicamente mostrata piuttosto insensibile nei confronti delle questioni che in proposito sono state sottoposte, nel corso degli anni, al suo vaglio di legittimità costituzionale. Deve peraltro notarsi come il complessivo atteggiamento della Corte sia sostanzialmente mutato nel tempo, allo stesso modo di quanto è avvenuto con riguardo ad altri principi

³⁹ Per un *excursus* della giurisprudenza costituzionale in relazione al principio di determinatezza della legge penale, cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale*, cit., p. 57 ss.

costituzionali di rilievo penalistico, come la *personalità colpevole della responsabilità penale* e la *offensività*⁴⁰.

Più in particolare, è possibile distinguere una *prima fase* temporale – di fatto perdurata sino a tutti gli anni sessanta del secolo appena trascorso –

⁴⁰ Quanto alla evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito alla essenza del principio di personalità della responsabilità penale di cui al primo comma dell'art. 27 della Carta fondamentale, è noto come la lettura di tale disposizione nel limitato senso di esprimere un divieto di responsabilità per il fatto altrui abbia caratterizzato l'interpretazione di tale principio per almeno un trentennio, a far data dal 1957 (v. Corte cost. 8 luglio 1957, n. 107, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1008). In argomento cfr. G. FLORA, *La "responsabilità penale personale" nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Temì*, 1974, p. 264 ss. Uno stato giurisprudenziale rimasto immutato sino al 1988, allorché la Corte costituzionale, in ciò ampiamente sollecitata dalla prevalente dottrina – v., per tutti, M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 71 ss. – ebbe modo di riconoscere nel principio di personalità della responsabilità penale la consacrazione del principio di responsabilità *colpevole*. Per questo *excursus* interpretativo, cfr., in particolare, A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1987, p. 1293 ss.; C.F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale*, cit., p. 3 ss.; S. CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 116 ss.; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 468 ss. Come si diceva l'esito conclusivo di tale faticoso *iter* è rintracciabile nell'anno 1988, contrassegnato dalle emanazione di due "storiche" pronunce volte ad assegnare rango costituzionale al principio di colpevolezza, quale principio scaturente dal collegamento tra la natura personale della responsabilità penale e il teleologismo rieducativo della sanzione. Più in particolare, la Corte ha sancito la incostituzionalità dell'art. 5 c.p. a causa della illegittimità della inderogabilità della regola della inescusabilità dell'errore di diritto, nonché dell'art. 626 c.p. quanto alla sua illegittima operatività in tutti i casi in cui la mancata restituzione della cosa mobile sottratta fosse dipesa da caso fortuito o da forza maggiore. Rispettivamente si vedano Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, cit.; Corte Cost. 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Cass. pen.*, 1989, p. 758. Quanto alla sentenza n. 1085 del 1988, si veda, per tutti, P. VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 299 ss. Per contrassegnare, invece, le tappe della evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di offensività, cfr., in particolare, C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale*, cit.. Tra le pronunce maggiormente dimostrative di detta evoluzione interpretativa cfr. Corte cost. 26 marzo 1986, n. 62, in *Giur. cost.*, 1986, p. 408 ss.; Corte cost. 10 luglio 1991, n. 333, cit.; Corte cost. 24 luglio 1995, n. 360, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2668 ss.; Corte cost. 11 luglio 2000, n. 263, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2951 ss.; Corte cost. 21 novembre 2000, n. 519, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2015 ss. E' indubitabile, in definitiva, la odierna accezione "integrata" del principio di legalità, per come disegnata dalla giurisprudenza costituzionale più recente. Una legalità, cioè, la quale, per continuare a esprimere i propri contenuti "storici" di garanzia e di certezza, abbisogna necessariamente della contestuale osservanza e attuazione dei principi di colpevolezza e di offensività: in quest'ottica si veda, in particolare, M. RONCO, *Il principio di legalità*, in Id. (a cura di), *La legge penale*, cit., p. 7.

contrassegnata dalla preoccupazione per la conservazione dell'esistente, nonché, proprio a questo fine, dall'uso di argomentazioni spesso connotate dalla palese inversione metodologica secondo la quale la effettiva portata della norma costituzionale si sarebbe dovuta ricostruire e misurare sulla base degli *standards* della legislazione ordinaria esistente.

Emblematica in tal senso una pronuncia con la quale il Giudice delle leggi respingeva una eccezione di incostituzionalità a mezzo del seguente ragionamento: *"è noto che il principio in virtù del quale nessuno può essere punito se non per un fatto che sia espressamente preveduto dalla legge come reato (...) non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto (...); spesso le norme penali si limitano ad una descrizione sommaria o all'uso di espressioni meramente indicative"*⁴¹.

Detto in altri termini, era proprio la constatata frequenza di imprecisione delle norme penali a fondare il rigetto delle questioni incentrate sull'asserita violazione del principio di determinatezza.

A far tempo dall'inizio degli anni settanta si apriva, tuttavia, una *seconda fase* nella quale la Corte costituzionale, pur rigettando sistematicamente le eccezioni di incostituzionalità fondate sulla violazione del principio di determinatezza, non mancava di assegnare esplicitamente rango costituzionale al principio medesimo.

Anche se deve notarsi come, in questa fase, la Corte non si sia mai spinta al di là dell'apodittico riconoscimento che le espressioni utilizzate dal legislatore rispondessero al canone della precisione/determinatezza in quanto *"diffuse e generalmente comprese nella collettività in cui il giudice opera"* (criterio del c.d. *"significato linguistico"*). Così facendo, ad esempio, la Corte ha avuto buon gioco nel "salvare" le disposizioni in materia di

⁴¹ V. Corte cost. 27 maggio 1961, n. 27, in *Giur. cost.*, 1961, p. 537 ss.

osceno e di morale familiare, corredate da concetti normativi etico-sociali quali il “*comune sentimento del pudore*” e la “*morale delle famiglie*”⁴².

Nondimeno, è di tutta evidenza come, per mezzo del criterio del *significato linguistico*, le questioni di costituzionalità finissero per essere sistematicamente rigettate, dal momento che, ragionando su di un piano di pura logica, tutte le norme giuridiche sono in grado di esprimere un significato, teoricamente anche quelle male formulate.

Ma è proprio dietro simili approcci al tema della determinatezza che risiede l'autentico snodo critico del problema del quale si diceva. In sede di scrutinio di legittimità delle norme penali in punto di determinatezza, invero, la Corte costituzionale ha finito e finisce, in buona sostanza, per conservare una libertà d'azione *solo politicamente* sindacabile. Ecco perché più sopra si parlava di un intrinseco relativismo e della cogenza conseguentemente debole di un principio costituzionale come la determinatezza, nella perdurante assenza di un referente normativo e di pari rango gerarchico realmente in grado di sostanziarne in qualche misura, pur sempre solo sul terreno qualitativo, la portata.

Ad ogni modo, ritornando alla giurisprudenza costituzionale, deve aggiungersi come, sempre nel periodo ora in considerazione, la Consulta abbia altre volte fondato le proprie decisioni di rigetto utilizzando l'argomento del c.d. “*diritto vivente*”, alla stregua del quale le eccezioni di incostituzionalità venivano rigettate sul presupposto della preesistente *uniformità interpretativa* delle norme sospettate di indeterminatezza in seno alla giurisprudenza ordinaria. In particolare, al cospetto di una interpretazione *consolidata* in giurisprudenza, l'eccezione di incostituzionalità veniva respinta alla stregua di un'asseritamente ormai

⁴² Al riguardo v. Corte cost. 16 dicembre 1970, n. 191, in *Giur. cost.*, 1970, p. 2199 ss., nonché Corte cost. 3 marzo 1972, n. 42, in *Giur. cost.*, 1972, p. 187 ss.

raggiunta *precettività* della norma penale⁴³. Quando veniva riscontrata la esistenza di un contrasto giurisprudenziale intorno a una data norma penale, l'eccezione veniva comunque respinta, argomentando sul presupposto della *fisiologicità* delle instabilità interpretative delle norme giuridiche. In questo secondo caso, perciò, la Corte si attestava su di una considerazione *quantitativa* della intensità della disomogeneità riscontrata, utilizzando così un criterio non controllabile, oltre che di dubbia concettualizzazione⁴⁴.

In definitiva, può dirsi che l'impiego dell'argomento del *diritto vivente* ha permesso, in un certo senso, alla Corte costituzionale di eludere l'esame stesso della norma sospettata di indeterminatezza, finendo per conferire alla giurisprudenza ordinaria compiti e responsabilità autenticamente *surrogatori* dell'obbligo legislativo di precisione e determinatezza. D'altronde, il fatto stesso che si facesse appello al *diritto vivente* costituiva la più nitida riprova della inosservanza da parte del legislatore del principio costituzionale di determinatezza. Ma di ciò la Corte non intendeva evidentemente farsi carico, propendendo verso il rigetto della questione di costituzionalità per violazione dell'art. 25 cpv. della Carta fondamentale.

In questa stessa fase temporale, infine, la Corte costituzionale ha fatto sovente ricorso anche allo strumento delle *sentenze interpretative di rigetto*, dichiarando non fondate le questioni di legittimità ma nella misura in cui le norme impugnate fossero interpretate "*nei sensi di cui in motivazione*". E' stato questo, ad esempio, il criterio utilizzato per affermare la legittimità costituzionale della connotazione "*sediziosa*" di grida,

⁴³ Cfr., ad esempio, Corte cost. 18 gennaio 1989, in *Giur. cost.* 1989, I, p. 26.

⁴⁴ V., ad esempio, Corte cost. 27 luglio 1989, n. 456, in *Giust. pen.*, 1990, I, c. 108.

manifestazioni e adunate di cui agli artt. 654 e 655 c.p.⁴⁵, così come del concetto di “vilipendio” di cui all’art. 290 c.p.⁴⁶.

Sicché, nelle occasioni da ultimo citate, la Corte costituzionale, lungi dal limitarsi a invocare i canoni del *significato linguistico* o del *diritto vivente*, ha provveduto essa stessa a definire quanto il legislatore originariamente non aveva definito; ponendosi così in aperta contraddizione con il principio della riserva di legge in materia penale, atteso che, in questo modo, la Corte ha di fatto assunto il ruolo di legislatore illustrando il significato *autentico* della norma penale sospettata di indeterminatezza.

In definitiva, quindi, analizzando questa seconda fase della nostra giurisprudenza costituzionale con riguardo ai canoni impiegati per verificare la osservanza (o meno) da parte del legislatore penale del principio di determinatezza, ci si avvede facilmente della *inversione metodologica* intrinseca a simili modi di procedere. Infatti, in una maniera o nell’altra, alla fine dei conti era sempre la interpretazione giurisprudenziale a segnalare il livello necessario di determinatezza delle norme incriminatrici. Vuoi perché comunque “*interpretabile*” (criterio del significato linguistico) – e ciò, si badi, talora anche a mezzo di interpretazioni di stampo teleologico – vuoi perché “*già interpretata*” (criterio del diritto vivente), vuoi infine perché “*ex post (re)interpretata*” (è questo il caso delle sentenze interpretative di rigetto), in ultima analisi, a decidere in merito alla osservanza del principio sarebbe stato sempre il potere giudiziario (eventualmente in concorso con la Corte costituzionale). Rimaneva assolutamente fuori discussione la così perpetrata violazione della *ratio* liberal-garantista che sta alla base del principio di legalità in materia penale. Ragionando nei modi sin qui illustrati, infatti, certamente non poteva dirsi rispettata la garanzia

⁴⁵ V. Corte cost. 27 febbraio 1973, n. 15, in *Giur. cost.*, 1973, p. 85.

⁴⁶ Cfr. Corte cost. 30 gennaio 1974, n. 20, in *Giur. cost.*, 1974, p. 73 ss.

costituzionale consistente nel riservare al solo Parlamento, senza compartecipazione alcuna dell'ordine giudiziario, le scelte di politica criminale.

Per tutte queste ragioni si diceva poc'anzi della inversione metodologica rinvenibile in questa seconda stagione giurisprudenziale della Corte costituzionale, analogamente a quanto si è già visto a proposito della prima fase di attività della Consulta. In riferimento a detta prima fase applicativa si era riferito, infatti, della improprietà concettuale di un ragionamento basato sulla individuazione del parametro di controllo della osservanza del principio di determinatezza nella stessa legislazione penale, a cagione dell'affatto assiomatico esito, così generato, di una sistematica copertura di costituzionalità in favore di ogni disposizione penale sottoposta al controllo medesimo. Ma, *mutatis mutandis*, invero, le stesse riflessioni appena compiute possono farsi anche a proposito di questo secondo blocco di sentenze appena scrutinato. Infatti, l'osservanza del principio di determinatezza viene qui, ancora una volta, controllata guardando a uno dei due "protagonisti" della vicenda, questa volta il potere giudiziario. In altri termini, la esatta definizione dell'essenza di un principio per sua natura deputato a disciplinare i rapporti e i confini tra due ordini di poteri, quello legislativo e quello giudiziario, viene di fatto demandata al potere giudiziario, dimenticando però che quel principio dovrebbe servire proprio a individuare e fissare gli equilibri tra i due poteri dello Stato. Insomma, così come costituiva una improprietà logico-concettuale la pretesa di sostanziare il principio di determinatezza facendo leva unicamente sul preesistente operato del potere legislativo, ad analoga conclusione deve giungersi anche con riguardo alla eguale e contraria pretesa di dare corpo al predetto principio facendo esclusivo affidamento sul preesistente (o contestuale) operato del potere giudiziario. Ciò perché - si ripete - lo scopo da raggiungere sarebbe

dovuto essere quello di fornire contenuti reali – sì da renderlo idoneo a funzionare quale effettivo parametro di costituzionalità – a un principio, quello di determinatezza della legge penale, incaricato proprio di definire le aree di legittimità dell'intervento redazionale del Parlamento da un lato e dell'intervento applicativo della magistratura dall'altro lato. Una definizione di competenze, questa, che di conseguenza non potrà certo dirsi correttamente operata, assegnando esclusivo rilievo all'operato dell'una ovvero dell'altra parte istituzionale in gioco.

Tanto chiarito, è invero soltanto a partire dagli anni ottanta che ha preso avvio una *terza fase* della giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza, contrassegnata finalmente da talune *decisioni di accoglimento*. Pronunce, queste, che, pur seguitando a mantenersi in numero di molto inferiore rispetto a quelle di rigetto, costituiscono certamente il punto di partenza per lo sviluppo di una interpretazione utile a restituire concretezza ed effettività a un principio destinato, altrimenti, a conservare una connotazione soltanto politica e simbolica.

In particolare, la prima pronuncia di incostituzionalità ascrivibile a tale *revirement* interpretativo ha riguardato il settore delle misure di prevenzione. La norma impugnata veniva dichiarata incostituzionale proprio perché *“la formula legale non svolge la funzione di una autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei casi (come vogliono sia l'art. 13 che l'art. 25 comma 3 Cost.), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità”*⁴⁷. In altri termini, la norma incriminatrice veniva dichiarata incostituzionale a causa della eccessiva discrezionalità che la legge attribuiva al giudice nell'applicazione della misura di prevenzione. Seguiva in ordine di tempo la notissima e già ricordata pronuncia di incostituzionalità della norma incriminatrice del plagio (art. 603 c.p.), nell'ambito della quale si rinviene quella ricostruzione *“differenziata”*

⁴⁷ V. Corte cost. 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1535 ss.

della determinatezza della quale si è già discusso⁴⁸. Come si ricorderà, infatti, a questa sentenza si deve l'isolamento tecnico-concettuale della garanzia di precisione della legge penale, intesa quale intelligibilità della disposizione, da quella di determinatezza, da intendersi, per l'appunto, come riscontrabilità sul piano empirico-fattuale della condotta vietata.

Una volta poste queste premesse, invero, il passo verso la dotazione di una maggiore pregnanza al principio di determinatezza sembrava ormai breve.

Eppure così non è stato, giacché sarebbe stato necessario attendere più di un decennio per rinvenire un qualche significativo sviluppo del tema in seno alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Negli anni che seguono a queste due pronunce, infatti, nel corpo della pur sterminata giurisprudenza della Consulta in materia di legalità penale, non vi è alcuna traccia di quegli intuibili sviluppi tecnico-giuridici che la inaugurazione dell'appena divisato indirizzo interpretativo aveva legittimamente lasciato immaginare.

Nondimeno, siamo dell'opinione che una rilettura della motivazione resa a sostegno della pronuncia di incostituzionalità in materia di delitto di plagio sia di elevato ausilio per provare a comprendere il perché di detto mancato seguito delle riflessioni ivi svolte dalla Corte. Una lettura di questa sentenza, in effetti, lascia intuire il fraintendimento stante nell'aver la Corte medesima ritenuto del tutto "singolare" la norma incriminatrice *de qua* nel più generale contesto legislativo penale. Si vuole segnalare, cioè, come la Corte costituzionale, in detta occasione, avesse in effetti indugiato parecchio sulla storia legislativa dell'art. 603 c.p., in particolare rimarcandone l'affatto immotivata introduzione, per così dire "di imperio", ad opera del Ministro di Grazia e Giustizia dell'epoca. In altre parole, nell'ottica motivazionale seguita dal Giudice delle leggi era

⁴⁸ V. *retro*: par. 1.2.

come se il delitto di plagio figurasse come una sorta di *caso estremo* nel sistema penale vigente⁴⁹. La lettura di questa motivazione – a nostro parere – induce, in sostanza, la fondata sensazione che ciò che si mancò allora di cogliere fu proprio la circostanza che la palese *soggettivizzazione* della condotta tipica di cui all'art. 603 c.p. – segnalata dall'elemento di fattispecie del "*totale stato di soggezione*" – costituiva un caso tutt'altro che *isolato* nel panorama penalistico vigente già in quel dato periodo storico. Da qui, con ogni probabilità, la rinuncia a trarre, in quella stessa sede, quei corollari dogmatici di ordine generale che sarebbero verosimilmente valsi a *condizionare* gli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale in materia.

Ma – per come già si accennava – un decennio più tardi la Corte costituzionale sembrava riacquistare piena consapevolezza del problema in esame. Le censure di incostituzionalità si abbattevano, in particolare, su una fattispecie incriminatrice dettata in materia di inquinamenti atmosferici – norma, questa, che veniva bocciata per la sua non intelligibilità, a causa di un "*errore materiale di redazione del testo legislativo*"⁵⁰ – nonché e soprattutto su una norma incriminatrice che sanzionava lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che "*non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente*"⁵¹.

In quest'ultima occasione, in particolare, la Corte metteva in risalto la intrinseca indeterminatezza di una formula legislativa – "*l'adoperarsi*" – assolutamente priva di parametri oggettivi di riferimento in grado di

⁴⁹ Secondo F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 61 s., le cose starebbero invece proprio nei termini da noi criticati, nel senso che la questione di costituzionalità della norma incriminatrice del plagio possedeva realmente un "*carattere estremo*", nel senso appunto di vertere su di un "*caso estremo*" del diritto penale, al punto che alla relativa sentenza di accoglimento della Corte non dovrebbe a ragione assegnarsi poi un significato così importante, per come invece si vorrebbe.

⁵⁰ V. Corte cost. 22 aprile 1992, n. 185, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1338.

⁵¹ V. Corte cost. 13 febbraio 1995, n. 34, in *Giur. cost.*, 1995, p. 362 ss.

precisare sia “il grado della inerzia punibile”, sia “il tempo entro il quale la condotta doverosa ipotizzata dal legislatore debba essere compiuta”. Dunque, una fattispecie omissiva propria di natura contravvenzionale, legalmente formulata non soltanto in spregio al principio di precisione, ma anche e soprattutto in guisa tale da non consentire, proprio perché imprecisa, all'imputato di difendersi in giudizio, quindi in contrasto anche con il principio di determinatezza.

In relazione alla tematica qui in esame, è fondamentale ricordare, infine, le sempre preziose direttive in tema di determinatezza contenute nella pronuncia costituzionale n. 364 del 1988, autentica pietra angolare degli sviluppi presenti e futuri del principio in questione. Ivi si legge, infatti, che “nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve trovare cosa gli è lecito e cosa gli è vietato, ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento”⁵².

1.5. *Determinatezza e norme penali favorevoli: il contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale*

Prima di ritenere conclusa la presente rassegna relativa alla nostra giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza della legge penale e proprio al fine di potere reputare realmente completo il discorso sul punto, si profila la opportunità di concentrare adesso la nostra attenzione anche sul versante della non punibilità *lato sensu* intesa. Ciò allo scopo di verificare il complessivo livello di cogenza del principio costituzionale di determinatezza, ossia la sua effettività rispetto a tutte le norme penali, siano esse incriminatrici ovvero *lato sensu* di favore.

Invero, la categoria della punibilità si presta, in sé, a sottrarsi alla cornice costituzionale predisposta per il diritto penale, rappresentando ormai, nel contesto di una moderna teoria del reato, una sorta di ricettacolo di

⁵² V. *retro*: nota 27.

esigenze le più svariate ed eterogenee, in guisa da segnare un solco incolmabile con il diritto penale e il suo intransigente statuto disegnato dalla Costituzione e dalla dogmatica.

D'altronde, una conclusione del genere risulta convalidata proprio da una disamina della giurisprudenza costituzionale più recente in argomento, ormai stabilmente consolidata intorno alla definizione della punibilità come una categoria autonoma, ossia dotata di "*una consistenza autonoma, un valore autonomo rispetto al reato*", di talché "*la medesima può essere usata per ottenere dall'autore dell'illecito prestazioni utili a fini spesso estranei alla tutela del bene offeso dal reato*"⁵³. Una giurisprudenza, questa appena citata, la quale risulta peraltro anche sensibilmente dilatata da altri, successivi e fondamentali arresti della Corte costituzionale⁵⁴ diretti ad affermare che la funzione della pena può essere bilanciata con interessi *eccentrici*, eventualmente di natura anche extrapenale, rispetto alle sue stesse tradizionali finalità⁵⁵.

In dottrina, nondimeno, si registra una tendenziale opposizione a uno sganciamento così reciso della punibilità dal reato, o meglio a un integrale isolamento dogmatico della prima dal diritto penale, giacché si fa notare che se lo sganciamento della punibilità dal reato ha in sé il vantaggio di consentire una qualificazione di liceità o di illiceità indipendente dalla pena, non per questo risulta una operazione dogmatica appagante, dato che il fenomeno moderno della mancata irrogazione della sanzione si spiega con ragioni politiche di opportunità che nulla hanno a che vedere con il reato. Sicché, stando così le cose, la punibilità dovrebbe essere tenuta sì separata dal reato, ma ciò al precipuo scopo di ricondurla nell'ambito della teoria della pena, onde potere

⁵³ Così Corte cost. 23 marzo 1988, n. 369, in *Foro it.*, 1989, I, c. 3383.

⁵⁴ V., per tutte, Corte cost. 12 settembre 1995, n. 427, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3333.

⁵⁵ Per una analisi di questa giurisprudenza costituzionale, si veda, per tutti, M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 367.

realmente contribuire a “spiegare” il diritto penale e il reato⁵⁶. Sulla stessa lunghezza d’onda si colloca, altresì, altra autorevole dottrina la quale rimarca, in effetti, la connotazione marcatamente “assiologica” della punibilità, di talché la sua autonomia dogmatica – non già quindi la sua estromissione integrale dallo statuto del diritto penale – si rende indispensabile al fine di comprendere entrambi i poli che essa ricollega: il reato e la pena, ossia l’offesa e la sua conseguenza giuridica⁵⁷.

Una volta delineato il quadro problematico di riferimento e ritornando così adesso alla giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza del diritto penale, per così dire, *di favore*, una prima, fondamentale tappa interpretativa ci sembra segnata dalla sentenza costituzionale n. 247 del 1989⁵⁸. Per come già si accennava, l’importanza di tale pronuncia si stima

⁵⁶ In tal senso, si veda L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 406 ss.

⁵⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 399 e ss. Per la necessità di una riconduzione nell’ambito del diritto penale, ossia all’interno degli schemi della prevenzione generale e speciale, di tutte le valutazioni legislative di rinuncia della pena, abbandonando così la invalsa distinzione tra interessi penali ed extrapenali, cfr. D. PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 73 ss. In seguito, per una opinione simile a questa, si veda anche F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 24, il quale aveva sottolineato tale necessità di ricostruire la “non punibilità” su basi di politica criminale, ancora una volta insistendo sull’aggancio delle valutazioni di necessità della pena al teleologismo segnatamente preventivo, generale e speciale, del diritto penale. Per una profonda “revisione” del tema dei nessi intercorrenti tra reato e punibilità, si veda M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nella imputazione del reato*, cit., p. 127 ss., dove l’Autore critica la concezione tradizionale (*id est*: reato = fatto punibile), giustappunto, per la sua innegabile matrice kelseniana e, quindi, per il suo distacco dal fondamento sostanziale della norma penale, ossia dalla dimensione contenutistico-offensiva dell’illecito penale. Dello stesso AUTORE, si veda anche *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 410 e ss., dove la negazione della separazione tra reato e punibilità viene definita come “una ingenuità politica, prima che teorica”. In perfetta sintonia con la dottrina appena citata si dimostra anche l’analisi di A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 16 ss. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema della punibilità e dei suoi rapporti con il reato, cfr. F. PATERNITI, *Appunti sulla non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 148 ss.

⁵⁸ Cfr. Corte cost. 16 maggio 1989, n. 247, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1133 ss. Su questa sentenza cfr. F.C. PALAZZO, *Elementi quantitativi e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1194 ss.; G. VISMARA,

per l'ampliamento del campo di indagine, atteso che essa si era posto il problema della esatta portata del principio di determinatezza anche rispetto all'area della punibilità. In effetti, non deve trascurarsi di considerare come, in conseguenza della funzione di garanzia svolta dalla categoria dogmatica della tipicità, oggettiva e soggettiva, il problema della determinatezza della legge penale viene di norma riferito solo agli elementi di fattispecie espressivi del disvalore penale.

La sentenza appena citata aveva ritenuto di individuare *due diversi livelli* di determinatezza nella descrizione degli elementi costitutivi di una fattispecie penale. Si era asserito, infatti, che mentre gli elementi destinati a delimitare la tipicità, proprio perché decisivi per la distinzione tra il lecito e l'illecito, avrebbero dovuto essere indicati con la precisione massima, per contro tutti i diversi elementi inerenti alla sola punibilità, proprio perché privi dell'appena riferita funzione di garanzia, sarebbero potuti sottostare a un differente e più blando regime di determinatezza. In particolare, tali ultimi elementi avrebbero avuto soltanto la funzione di assicurare la parità di trattamento tra i destinatari del beneficio penale. Da qui la prefigurazione del surriferito doppio livello di determinatezza, con l'effetto che le ipotesi legali di non punibilità sarebbero state censurabili solo se ritenute produttive di una disparità di trattamento. Così facendo, la Corte chiudeva di fatto al controllo di costituzionalità in

Frode fiscale ex art. 4 n. 7 l. n. 516 del 1982, "misura rilevante" dell'alterazione e dubbi di incostituzionalità, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p. 867 ss.; G. INSOLERA-M. ZANOTTI, L'intervento interpretativo della Corte costituzionale sulle ipotesi di frode fiscale ex art. 4, n. 7), della l. 516 del 1982, in Foro it., 1989, I, c. 1685 ss.; F. LEMME, Riflessioni sulla sentenza n. 247/89 della Corte Costituzionale in materia di frode fiscale, in Studi in onore di P. Nuvolone, vol. I, Milano, 1991, p. 589 ss. Mette conto rilevare come, a seguito di una successiva sentenza di accoglimento della Corte costituzionale - v. Corte cost. 28 gennaio 1991, n. 35 (in Foro it., I, 1991, c. 1353 ss.) - l'art. 4 della legge n. 516 del 1982, che aveva costituito l'oggetto delle questioni di costituzionalità decise dalla sentenza qui in commento e da quella da ultimo citata, è stato riformulato dall'art. 6 del D.L. 16 marzo 1991, n. 83, convertito in legge 15 maggio 1991, n. 154, con l'abolizione della "misura rilevante".

ordine alla descrizione precisa e determinata delle componenti incidenti sulla sola punibilità.

Orbene, è chiaro come una simile ricostruzione *differenziata* del principio di determinatezza non possa essere accolta, essendo per contro innegabile che tanto la illiceità, quanto la punibilità mirano alla tutela della libertà personale, con l'unica differenza – per come è stato esattamente notato in dottrina⁵⁹ – che mentre la prima coinvolge la libertà “*in astratto*” dei cittadini, nel senso che la norma serve a indicare loro i confini della libertà individuale di azione, la seconda incide invece sulla libertà “*in concreto*” dei cittadini in quanto imputati, nel senso che le componenti della norma relative alla punibilità determinano “*concretamente*” l'applicazione di una sanzione penale e quindi, del tutto analogamente, una perdita della libertà personale.

Per questa condivisibile ragione una divaricazione della determinatezza fondata sulla diversità degli elementi che compongono la fattispecie si presenta come una operazione interpretativa affatto scorretta e arbitraria. Piuttosto, ci sembra chiaro come una simile diversificazione sarebbe postulabile solo partendo dalla inaccettabile idea che la *ratio* del principio di legalità sarebbe quella di assicurare la certezza del diritto penale e non la tutela del *favor libertatis*. Del resto, la individuazione di due diversi livelli di determinatezza, nel senso prefigurato dalla Corte costituzionale, deve poi fare i conti con la impossibilità di una graduazione di tipo quantitativo in assenza della indicazione di una unità di misura rintracciabile al riguardo. Peraltro – per come abbiamo già ampiamente osservato all'inizio di questo paragrafo – una differenziazione di tipo quantitativo riferita a un concetto come la determinatezza risulta impraticabile anche per il fatto che quest'ultima è deputata a esprimere una esigenza di garanzia in termini assoluti.

⁵⁹ Cfr. F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*

Del resto, è indubitabile come la qualificazione giuridica da parte della Consulta della *“misura rilevante”* – ossia della soglia legale di rilevanza penale/punibilità apposta nel contesto della fattispecie delittuosa di frode fiscale oggetto dello scrutinio di costituzionalità che qui ci occupa – alla stregua di una condizione di punibilità abbia costituito unicamente la conseguenza della necessità di *“salvare”* la fattispecie legale *“centrale”* in materia di frode fiscale. Il ricorso alla categoria delle condizioni di punibilità è servito, cioè, alla Corte per salvaguardare la costituzionalità di una intera fattispecie, giacché la opposta qualificazione come elemento costitutivo del reato avrebbe obbligato a una declaratoria di incostituzionalità. In altre parole, la sussunzione della *“misura rilevante”* nel novero delle condizioni di punibilità mascherava senza alcun dubbio la consapevolezza della Corte medesima in ordine alla improprietà dogmatica di una siffatta qualificazione, tanto è vero che, in motivazione, non veniva fatto alcun cenno ai criteri che avrebbero dovuto guidare l’interprete nella ricognizione dei casi, per l’appunto, di *“rilevanza”* dell’alterazione fiscale. Ne discende, in definitiva, l’assoluta originalità di tale teorizzazione *“in chiave differenziata”* del principio di determinatezza. Una soluzione dogmatica, questa, che, in effetti, non è stata mai più riproposta dal Giudice delle leggi.

In definitiva, è lecito concludere nel senso che l’osservanza del principio di determinatezza si impone per l’area della (non) punibilità esattamente negli stessi rigorosi termini di quanto avviene per quella della illiceità. Al riguardo va scongiurata pertanto la superficiale, ma, per vero, molto diffusa tendenza a credere che tutto ciò che si risolve in un trattamento penale favorevole (o più favorevole) non sollevi, per ciò solo, problemi di garanzia legislativa. Infatti, è qui sufficiente ricordare che la eventuale devoluzione al giudice di una dilatata discrezionalità in ordine all’applicazione delle norme penali di favore finirebbe per legittimare

ingiustificate disparità di trattamento tra i diversi destinatari del beneficio. In un ordinamento caratterizzato dalla soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), quindi dalla indipendenza e dall'autonomia del singolo magistrato rispetto al suo potere di appartenenza, niente è in grado di assicurare che una stessa situazione venga rilevata in giudizio in maniera eguale, quindi in direzione favorevole all'imputato, da tutti i giudici chiamati a una simile verifica.

Peraltro, è appena il caso di ricordare come la Corte costituzionale sia ritornata anche in seguito sul tema della determinatezza in chiave favorevole all'agente⁶⁰. In particolare, si trattava di valutare la costituzionalità di una formula normativa - "*senza giustificato motivo*" - impiegata dal legislatore per escludere la rilevanza penale della inottemperanza da parte dello straniero all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato nei cinque giorni successivi all'adozione dello stesso⁶¹. Orbene, la Corte ha dichiarato non fondata la questione, escludendo quindi la esistenza di una violazione del principio di determinatezza, attraverso una lettura della componente sospettata di indeterminatezza nel contesto degli altri elementi della fattispecie, in tal modo postulando la necessità di un'assimilazione sul terreno della necessaria determinatezza di tutte le componenti del reato, anche se favorevoli all'agente, proprio al fine di evitare che il giudice addivenga ad applicazioni arbitrarie, oltre che al fine di permettere consentire ai destinatari della norma una esatta comprensione del suo contenuto precettivo.

Proseguendo ulteriormente nel solco tracciato dalla nostra giurisprudenza costituzionale sul tema che adesso che ci occupa, deve

⁶⁰ Cfr. Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 5, in *Guida dir.*, 2004, p. 66 ss.

⁶¹ V. comma 5 *ter* dell'art. 14 del D.lgs. 286 del 1998, per come modificato dalla legge n. 189 del 2002.

osservarsi come una effettiva messa a punto della questione si debba a una sentenza del 2004 pronunciata in merito all'art. 2621 c.c., per come novellato dal decreto legislativo del 2002, avuto particolare riguardo alle soglie percentuali di punibilità da esso introdotte⁶².

Invero, il tema del controllo di costituzionalità in punto di determinatezza delle norme o degli elementi di fattispecie di segno favorevole si intreccia inevitabilmente con la connessa questione della c.d. incostituzionalità *in malam partem*, nella misura in cui è di ogni evidenza come l'accoglimento di una questione di costituzionalità avente ad oggetto disposizioni o componenti penalistiche siffatte espliciti sia destinata ad esplicare effetti sfavorevoli all'agente, in guisa da entrare potenzialmente in conflitto con il principio di stretta legalità.

Ebbene, nell'occasione appena rammentata, il Giudice delle leggi, pur dichiarando la inammissibilità delle relative questioni prospettate dal giudice *a quo*, ha colto l'occasione per fornire una ricostruzione organica di tutta la sua precedente giurisprudenza in materia di sindacabilità *in malam partem*. Nello specifico, la Corte è giunta a siffatta pronuncia di segno negativo, in forza dell'assunto secondo il quale un eventuale accoglimento di questioni di tal fatta, traducendosi nella rimozione delle predette soglie, avrebbe comportato, all'atto pratico, una reviviscenza del vecchio art. 2621 c.c., in palese contrasto con la volontà espressa del legislatore e, quindi, contravvenendo al principio costituzionale di stretta legalità.

Ciò premesso, quanto alla risistemazione organica della quale si diceva, la Consulta, a confutazione delle argomentazioni di segno inverso addotte sul punto dal giudice rimettente, ha ritenuto opportunamente di procedere a una netta distinzione delle questioni di costituzionalità *in malam partem*, a seconda che esse vertano su norme penali di favore *tout*

⁶² Cfr. Corte cost. 1 giugno 2004, n. 161, in *Guida dir.*, 2004, p. 73 ss.

court – questioni, queste, di per sé pienamente ammesse – ovvero, più specificatamente, su elementi di fattispecie aventi funzione selettiva, le quali questioni rimangono, viceversa, del tutto sottratte al suo giudizio. Differenza, questa, che – secondo la Corte – si coglierebbe appieno nel fatto che le norme penali di favore si caratterizzano per la circostanza di “sottrarre” determinate ipotesi o soggetti al campo applicativo di una data norma generale – diversa da quella derogatoria – instaurando un autentico regime, alternativo e speciale, di favore. Di talché il sindacato di legittimità costituzionale dovrà necessariamente estendersi anche a tali norme, all’evidente scopo di scongiurare la istituzione di trattamenti penalistici diseguali. In questo contesto, quindi, una pronuncia di incostituzionalità di segno positivo si limiterà, in fondo, a ricondurre tutte quelle ipotesi “impropriamente” disciplinate dalla norma derogatoria nell’alveo della norma generale, senza che ciò integri una violazione del principio di stretta legalità, dal momento che detta norma generale esiste già e non viene, pertanto, né introdotta, ma nemmeno additivamente manipolata dal Giudice delle leggi. Il che, fermo restando, ovviamente, il divieto di retroattività della norma generale rispetto ai fatti commessi precedentemente all’intervento caducatorio della Corte, ossia sotto la vigenza della norma di favore espunta. Per converso, la inammissibilità delle questioni aventi ad oggetto le soglie di punibilità discende dal rilievo secondo il quale, lungi dal trattarsi in questo caso di vere e proprie norme penali di favore, ci si trovi, piuttosto, dinanzi a meri “elementi di favore”, ossia ad elementi che assolvono la diversa funzione di “delimitare” la portata applicativa della medesima norma all’interno della quale si ritrovano formalmente inserite – e non, quindi, la portata di una diversa e preesistente norma di natura generale – riflettendo una ben delineata scelta di politica criminale, per l’appunto esplicitata dal legislatore a mezzo di quella determinata e specifica configurazione della

fattispecie penale astratta. Ne consegue che la loro eventuale soppressione, direttamente ad opera della Corte costituzionale, stravolgerebbe, di fatto, la specifica strategia di criminalizzazione adottata dal legislatore, introducendone una del tutto nuova e alternativa, o comunque non coincidente con quella discrezionalmente descritta in origine dalla legge. Operazione, questa, che si porrebbe in contrasto con il principio di stretta legalità in materia penale. Il che, beninteso, anche a prescindere dalla esatta qualificazione dogmatica da assegnarsi alle predette soglie nel contesto della fattispecie penale - soggiunge la Corte - dal momento che, a seguire sino in fondo l'assunto del giudice rimettente, allora anche tutti gli altri elementi di fattispecie che - non importa sotto quale veste giuridica - contribuiscono in qualche misura a conformare l'art. 2621 c.c. in senso favorevole (si pensi, ad esempio, al dolo specifico), dovrebbero assurgere al rango di norme penali di favore e ricadere, di conseguenza, nell'orizzonte valutativo della Corte. Con l'inevitabile risultato di potere anche eventualmente scomparire dalla fattispecie, in tal modo vanificando *in toto* le scelte di politica criminale discrezionalmente operate dal legislatore, nonché, per tale via, la valenza dello stesso principio di stretta legalità penale.

Orbene, ancorché questa giurisprudenza costituzionale da ultimo citata sia intervenuta a fare chiarezza in vista della risoluzione dell'annosa questione dei limiti di ammissibilità delle questioni di incostituzionalità *in malam partem*, al fine di sgomberare il campo da residui equivoci e di delimitare al meglio l'area di intervento della Corte in questa materia, a noi pare che, alla distinzione tra norme di favore (sindacabili) e meri elementi di favore (insindacabili), debba comunque affiancarsi il rilievo della preesistenza o meno di un fenomeno legislativo di segno abrogativo o anche solo modificativo della fattispecie penale di volta in volta sottoposta al giudizio di costituzionalità. Con ciò si vuole dire che la

Corte, ove sia richiesta di pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale di trattamenti penali favorevoli, dovrebbe andare, altresì, a verificare quale portata “riespansiva” rivestirebbe un suo eventuale intervento caducatorio. L’avvertenza che precede riveste fondamentale importanza in relazione alla sindacabilità dei c.d. “elementi di favore”. Infatti, ferma restando la sindacabilità delle norme penali di favore *tout court*, ossia di quelle disposizioni stabilite in relazione a una serie indeterminata di fattispecie incriminatrici, quanto agli “elementi di favore”, che si ritrovano innestati all’interno di una determinata fattispecie penale, non v’è motivo di ritenere precluso in via assoluta un giudizio costituzionale di sindacabilità, dato che quel che conta è se quella determinata conformazione strutturale della norma in esame sia stata o meno interessata da vicende *lato sensu* modificative di natura legislativa. Solo in caso positivo, infatti, un intervento caducatorio della Corte si convertirebbe necessariamente in una usurpazione della riserva di legge parlamentare. Altrimenti, a venire meno sarà l’intera fattispecie penale e, quindi, nemmeno si porrà un problema di “riespansione”, visto che la sentenza di accoglimento spiegherà, in fin dei conti, una efficacia *in bonam partem*. Ed è questo certamente il caso del giudizio di costituzionalità ricadente su una fattispecie condizionale, il quale non è, pertanto, in grado di suscitare alcuna perplessità in termini di garanzia, dal momento che una eventuale pronuncia di accoglimento della relativa questione di legittimità si traduce, pur sempre, in una ipotesi di disapplicazione di una norma penale incriminatrice, ancorché condizionata. Di talché, eccezion fatta per quelle fattispecie condizionali che fossero eventualmente divenute tali (ossia “condizionate”) solo in conseguenza di un intervento legislativo successivo di segno “modificativo”, è evidente che le questioni di costituzionalità aventi ad

oggetto le condizioni di punibilità mantengono le note delle questioni *in bonam partem*.

Si noti, peraltro, come la Corte costituzionale, nell'ambito di questo stesso giudizio di costituzionalità appena passato in rassegna, abbia anche rinviato a nuovo ruolo la trattazione di quelle questioni di costituzionalità fondate, in particolare, sull'asserita violazione del diritto comunitario – stante la rilevanza anche “comunitaria” degli interessi sottesi alle incriminazioni in materia societaria – e, come tali, rimesse alla Corte di giustizia di Lussemburgo. A dire dei giudici rimettenti, infatti, la modifica normativa del 2002 in tema di false comunicazioni sociali aveva cagionato un “abbassamento” eccessivo della soglia di tutela penalistica, “depenalizzando”, di fatto, la criminalità d'affari e, così facendo, contravvenendo agli obblighi comunitari di tutela “adeguata” dettati sul punto dalle direttive CE. Ne è seguita la sentenza della Corte di giustizia CE del 3 maggio 2005⁶³, la quale, però, contrariamente a quanto sostenuto dai giudici rimettenti e ribadito in udienza anche dall'Avvocato generale della Corte di giustizia, ha espressamente negato il potere del giudice nazionale di disapplicare la normativa interna vigente, ancorché comunitariamente illegittima, a cagione della efficacia palesemente *in malam partem* che ne sarebbe in tal modo scaturita per l'imputato. Infatti, una simile operazione applicativa in altro non si sarebbe sostanziata se non nella reviviscenza della disciplina anteriore al 2002, in aperta violazione, quindi, del principio della riserva di legge e della irretroattività. Pertanto – a giudizio della Corte di Lussemburgo – se il potere legislativo di uno Stato non ha mai garantito o, come nel caso di specie, ha cessato in seguito di garantire a un determinato bene giuridico

⁶³ Il testo di questa sentenza è consultabile in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 911 ss., con nota di S. RIONDATO, *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di giustizia CE: un accoglimento travestito da rigetto*, in *op. loc. ult. cit.*

di rilievo comunitario quello *standard* di tutela richiesto, per l'appunto, dal diritto comunitario, la sola via per ovviarvi rimane quella della procedura di infrazione contro lo Stato. Beninteso, una procedura, questa, la quale, trattandosi di direttive (bisognevole, come tali, della interposizione attuativa del legislatore interno), può unicamente sfociare nella condanna "politica" dello Stato inadempiente, senza generare, cioè, obblighi disapplicativi del giudice interno, né, tantomeno, obblighi di penalizzazione per il legislatore nazionale.

Senonché, al di là della specifica vicenda in esame, ciò che qui interessa rilevare è la evidente traslazione sul terreno del diritto comunitario della tradizionale tematica degli obblighi di incriminazione. Infatti, tra i principi generali del diritto comunitario trova posto anche l'obbligo per gli Stati - membri di prevedere, a tutela dei beni giuridici di rilevanza comunitaria, una tutela interna "adeguata", ossia sanzioni "*effettive, proporzionate e dissuasive*". Sicché, ove il legislatore interno abbia deciso che quel dato bene giuridico comunitario debba essere tutelato penalmente, l'orientamento della giurisprudenza europea è nel senso della incoercibilità, legislativa e applicativa, delle scelte di incriminazione fatte proprie dalla legge penale nazionale.

Nondimeno, le cose evidentemente si complicano, ove si rifletta, piuttosto, sulla recentemente attribuita potestà al legislatore comunitario di imporre ai vari legislatori nazionali, non già più una tutela semplicemente "adeguata", bensì e direttamente la tutela in via penale di taluni interessi comunitari. Il fenomeno si è palesato, in particolare, in materia di ambiente⁶⁴. E' di tutta evidenza, in questi casi, il *vulnus* arrecato da decisioni del genere ai classici principi della sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale, dato il "preconfezionamento" in via

⁶⁴ Cfr. Corte di giustizia 13 settembre 2005, Commissione CE c/ Consiglio UE, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1312.

comunitaria dello stesso giudizio di meritevolezza e di necessità della sanzione penale⁶⁵.

In conclusione, di fronte a una legislazione penale sempre meno meditata e puntuale, nonché ad una giurisprudenza costituzionale che fatica a rinvenire nell'art. 25 della Carta fondamentale una regola dotata di immediata precettività, non si può che convenire con quella invalsa opinione secondo la quale soltanto un nuovo codice penale, redatto secondo le più evolute acquisizioni della scienza della legislazione, potrà restituire davvero vitalità e pregnanza all'ormai sin troppo vituperato principio costituzionale di determinatezza. Quantomeno a far tempo dal 1992 – anno di redazione del c.d. progetto di riforma Pagliaro – la strada intrapresa è ormai questa, nella speranza tuttavia che gli intenti codificatori non rimangano, come è avvenuto sinora, frustrati dalla fine, anticipata o meno, della relativa legislatura.

⁶⁵ Per un interessante approfondimento di tutta questa questione, cfr., in particolare, C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 ss.; V. MANES, *Il nuovo "falso in bilancio" al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1316 ss.; G. SALCUNI, *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 843 ss.; A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 895 ss.; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, p. 13 ss.; E. DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 50 ss. Più in generale, sul tema dei controversi rapporti tra diritto penale e diritto comunitario, ossia della delicata composizione del conflitto tra riserva di legge, assoluta e statale, in materia penale e prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, cfr., tra gli altri, C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466 ss.; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim dir. pen. econ.*, 1993, p. 209 ss.

1.6. *Legalità penale e giusto processo: a) premessa*

Ciò nondimeno, in attesa del predetto intervento “risolutivo” del legislatore, l’interprete è chiamato a profondere il massimo sforzo, provando a prospettare soluzioni in grado di apportare maggiore consistenza a un principio, quello di determinatezza, dalla puntuale osservanza del quale – per come si è già ripetutamente detto – dipendono in definitiva la delimitazione del lecito dall’illecito e la definizione degli equilibri istituzionali tra legge e giudice.

Invero, ponendoci in questa appena segnalata prospettiva, a noi sembra che l’analisi che precede apra il varco a una reinterpretazione *costituzionalmente orientata* del principio in questione e segnatamente a una (re)interpretazione (costituzionalmente orientata) *di tipo sistematico*, ma che guardi al di là dei principi costituzionali immediatamente riferibili al diritto penale sostanziale. In una parola sola, a una (re)interpretazione in grado di coniugare detti ultimi principi con le regole e i principi costituzionali dettati espressamente per il processo penale. Del resto, il processo è il luogo istituzionale dove ciascuna disposizione generale e astratta diviene norma particolare e concreta, dove il giudice è chiamato, cioè, a sussumere il fatto storico singolarmente preso all’interno dello schema legale precostituito.

Guardando alla giurisprudenza costituzionale sin qui passata in rassegna, in particolar modo alle pronunce dei primi anni ottanta e soprattutto a quelle degli anni novanta, il terreno per una integrazione di livello costituzionale del diritto penale sostanziale e di quello processuale penale si rivela una operazione interpretativa possibile.

Il punto di partenza, sulla scorta delle considerazioni appena svolte, è infatti costituito proprio da quegli arresti della nostra giurisprudenza costituzionale diretti a valorizzare la determinatezza *in senso stretto*, in considerazione del fatto che la richiesta necessità di una *verificabilità*

empirica della norma implica concettualmente la necessità di una *dimostrabilità in giudizio* del fatto cristallizzato all'interno della norma medesima.

1.6.1. (Segue): *b) la regola del contraddittorio per la prova quale ponte di collegamento tra il diritto penale e il processo*

Per come si è appena avvertito, l'ipotesi alla quale stiamo lavorando è quella della configurazione di un diritto penale sostanziale *teleologicamente orientato* al processo penale, o meglio, attesa la necessità di fornire alla teorica una base costituzionale, al "*giusto processo*" penale⁶⁶. Una rete di incriminazioni, dunque, ma anche un parte generale del diritto penale da modulare adesso sui sovraordinati canoni che regolano l'accertamento in giudizio della responsabilità penale.

La nostra ricostruzione del principio costituzionale di determinatezza su basi nuove e più ampie di quelle specificamente - *ex art. 25, comma 2, Cost.* - o sistematicamente - *ex art. 25, comma 2, Cost.*, in combinato disposto con gli altri principi costituzionali che contrassegnano il volto dell'illecito penale - assegnategli, intende prendere le mosse proprio dagli sviluppi ermeneutici del principio medesimo rinvenibili nelle più progredite sentenze di accoglimento più sopra citate. Pronunce, queste, tutte tese a fare risaltare la proiezione *dinamica*, per così dire "*vivente*", del principio di determinatezza attraverso la valorizzazione della necessaria dimostrabilità empirico-fattuale e quindi giudiziale del fatto di reato.

In particolare, siamo del parere che la costituzionalizzazione espressa della *regola* del contraddittorio, quale metodica processuale ordinaria in

⁶⁶ Di recente, per un'approfondita ricostruzione del reato alla luce dei canoni informativi del giusto processo, in particolare del contraddittorio per la formazione della prova, cfr. V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento*, cit., *passim*. Analogamente, per utili spunti in questa direzione, cfr. pure S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, *passim*.

funzione dell'accertamento della responsabilità penale, potrebbe valere a dotare finalmente il suddetto principio di determinatezza di quell'auspicato *livello di coerenza* sinora irrintracciabile nel sistema costituzionale, evidentemente salvaguardandone al contempo la vocazione *politico-garantista*.

Ma procediamo con ordine. Come è noto, con un'apposita legge costituzionale – la n. 2 del 23 novembre 1999 – il nostro Parlamento ha provveduto a innestare i principi del c.d. “*giusto processo*” all'interno dell'art. 111 della Carta fondamentale, mutuando in sostanza il contenuto dell'art. 6 della Convenzione europea di Roma del 1950 e dell'art. 14 del Patto internazionale di New York del 1966. Al di là dei principi-cardine statuiti in relazione ad “*ogni processo*” – ed inseriti ai commi primo e secondo della norma costituzionale citata – si è opportunamente ritenuto di codificare talune disposizioni con specifico riguardo al processo penale. Tra queste spicca senza dubbio per importanza quella che individua il contraddittorio quale *regola* elettiva per la formazione della prova della responsabilità nel contesto di un processo penale che voglia dirsi “*giusto*”. A ben vedere, una simile scelta equivale alla indicazione del processo di tipo accusatorio quale unico archetipo procedurale in grado di assicurare la celebrazione di un processo penale davvero rispettoso delle garanzie oggettive della giurisdizione e di quelle soggettive recate dall'imputato e dalle altre parti del processo. Un metodo di accertamento dei fatti, quello del contraddittorio, che, in effetti, riflette le più moderne acquisizioni della filosofia della scienza, se è vero che esso costituisce il solo sistema davvero compatibile con una ricostruzione *popperiana* della verità. Solo infatti attraverso un procedimento dimostrativo di tipo induttivo e sperimentale – non più quindi secondo metodiche accertative di tipo nomologico-deduttivo – saldamente agganciato al caso concreto e che passi attraverso congetture

e confutazioni, verificazioni e falsificazioni, correttamente si reputa possibile giungere a un accertamento dei fatti storici maggiormente aderente alla realtà, oltre che, al tempo stesso, esente da prevaricazioni delle garanzie individuali dell'imputato anzitutto, ma anche delle altre parti processuali.

In estrema sintesi, dunque, il contraddittorio, che viene riferito alla stregua di *principio* a ogni tipo di processo, assurge invece al rango di *regola* solo per il processo penale, connotandone immancabilmente la fisionomia.

A proposito della introdotta divaricazione tra regole e principi⁶⁷, deve osservarsi che, mentre le regole si ritrovano all'interno di un testo giuridico nella forma del "*tutto o niente*", al contrario i principi assumono i crismi del "*più o meno*". Trasferito il discorso a livello di norme costituzionali e rievocando in tal guisa la tradizionale suddivisione di esse in norme *prescrittive* e norme *programmatiche*, ne discenderà che mentre le regole costituzionali necessitano di una interposizione legislativa meramente ricognitiva, i principi, invece, abbisognano di una mediazione del legislatore ordinario in termini di bilanciamento, alla ricerca di un punto di equilibrio in grado di mediare le contrapposte esigenze implicate dalla norma che li prevede. Quanto alle disposizioni relative al "*giusto processo*", invero, la tecnica redazionale concretamente adottata dal legislatore induce a ritenere che il comma quarto dell'art. 111 Cost. abbia inteso introdurre delle vere e proprie regole solo per il processo penale, là dove tra queste quella principale è costituita senza dubbio dal contraddittorio, *sub specie* di contraddittorio per la formazione della prova. Infatti, questa stessa prescrizione figura anche nel secondo

⁶⁷ Per una classificazione delle norme giuridiche in *regole* e *principi*, cfr., per tutti, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it.. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 90 ss.

comma dell'art. 111 Cost. ed è riferita ad ogni processo, ma con la formulazione propria dei principi. Il contraddittorio è pertanto un principio, come tale assoggettato a una costante opera di bilanciamento con altri principi da parte del legislatore ordinario, in relazione ad ogni processo, mentre assurge al rango di regola, come tale non bilanciabile ma derogabile unicamente nelle ipotesi parimenti stabilite dall'art. 111 Cost. (al comma quinto), in relazione al processo penale e quale metodo di formazione della prova al suo interno⁶⁸.

E' chiaro, d'altronde, come la *regola del contraddittorio* valga quale canone esplicativo del diritto di difesa, nel senso di porsi come una sorta di completamento della laconica garanzia costituzionale già prevista dall'art. 24 Cost. In questo senso, si intende dire, cioè, che, dopo la introduzione dei canoni del "*giusto processo*", la Costituzione prefigura un sistema di garanzie oggettive della giurisdizione, per così dire, *scalare*, che segnatamente muove dalla garanzia di *inviolabilità* del diritto di difesa, per passare dal contraddittorio limitatamente inteso come *principio*, sino a giungere al contraddittorio medesimo ma adesso nelle stringenti vesti di *regola* indirizzata soltanto al processo penale. Sicché, a questo punto ben si comprende come, con un impianto costituzionale siffatto, il diritto di difesa troverà piena realizzazione all'interno del processo penale solo se assicurato in chiave di *diritto di difendersi provando*, dal momento che, solo in tal guisa, la precettività della regola costituzionale del contraddittorio potrà dirsi realmente assicurata.

Ma allora, se il contraddittorio, in quanto *regola*, impone che la prova del reato e della responsabilità penale scaturisca da esso, conseguentemente la prova medesima potrà avere ad oggetto esclusivamente fatti materiali e

⁶⁸ Per questa chiave di lettura "differenziata" del precetto costituzionale in esame, cfr. V.N. D'ASCOLA, *op. ult. cit.*, p. 227 ss., nonché P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, p. 25 s. e p. 58 s.

non già stati soggettivi, dal momento che soltanto ciò che è dotato di una consistenza materiale ed oggettiva potrà evidentemente entrare nel fuoco di un accertamento di tipo induttivo e sperimentale. La prova, in altri termini, dovendosi formare nel contraddittorio, deve possedere spessore fattuale, non già congetturale, altrimenti rimanendo “tagliata fuori”, con conseguente violazione dell’art. 111 della Costituzione.

Orbene, partendo da queste premesse, siamo del parere che una simile impostazione sia foriera di forti ricadute anche sul terreno del diritto penale sostanziale⁶⁹.

In particolare, infatti, se il processo penale, per essere “giusto” a norma dell’art. 111 Cost., deve caratterizzarsi per un accertamento dei fatti secondo la regola del contraddittorio e se quest’ultimo, per potere correttamente funzionare, abbisogna di svolgersi su prove aventi natura rappresentativa, aventi ad oggetto, cioè, fatti dotati di spessore materiale, la logica conseguenza di ciò è che le norme incriminatrici devono punire fatti materiali descritti in maniera chiara e precisa, in una parola sola la conseguenza di questo ragionamento è che tali norme devono essere determinate. In effetti, soltanto una norma diretta a punire comportamenti la contestazione in giudizio dei quali, all’interno di un capo di imputazione, permetta all’imputato di difendersi provando e a tutte le parti processuali di instaurare un contraddittorio per la prova davanti a un giudice terzo e imparziale chiamato a pronunciare sentenza, potrà dirsi una norma davvero conforme allo statuto costituzionale del “giusto processo”. In altre parole, poiché su tale norma penale dovrà instaurarsi il contraddittorio, mediante cioè la predisposizione di prove e controprove, ecco allora come essa dovrà caratterizzarsi per una puntuale

⁶⁹ Per una più approfondita e completa esposizione della teorica che ci si accinge a illustrare nelle pagine che seguono, si rinvia, opportunamente, a V.N. D’ASCOLA, *Impoverimento*, cit., p. 510 ss. e *passim*.

descrizione del comportamento vietato in chiave empirico-fattuale. In caso contrario, la norma penale si porrebbe, infatti, decisamente al di fuori del sistema costituzionale vigente che, viceversa, ammette la derogabilità del contraddittorio soltanto allorquando sia l'imputato stesso a rinunciarvi, ovvero allorquando subentrino condotte illecite o situazioni oggettivamente imprevedibili che rendano impossibile la formazione in giudizio della prova. Si intende dire, cioè, che la Costituzione prevede anche la possibilità di un contraddittorio soltanto "*sulla prova*", ossia un confronto tra le parti ma su di una piattaforma di dati acquisiti unilateralmente da ciascuna parte e ciononostante avente già dignità di prova, ma ciò può avvenire soltanto in ipotesi-limite di carattere - per così dire - "*patologico*", di per sé non riferibili quindi alla "*fisiologia*" del sistema penale, sostanziale e processuale.

In definitiva, siamo dunque del parere che la regola del contraddittorio detenga una valenza anche "*sostanziale*", nel senso di condizionare necessariamente anche la struttura delle norme incriminatrici e le relative forme di tutela per esse stabilite. Peraltro, le stesse considerazioni devono a fortiori essere estese anche alle norme della parte generale del diritto penale, dal momento che l'ambito di applicazione processuale delle norme incriminatrici di parte speciale dipende in maniera decisiva dall'operare degli istituti di parte generale. Il che, nell'ottica del nostro ragionamento, equivale a dire che la determinatezza delle norme penali della parte generale del codice penale condiziona trasversalmente l'area applicativa di ogni norma incriminatrice, di tal che la indeterminatezza delle norme penali che regolano lo statuto del reato e della pena costituisce un fattore di alterazione della chiarezza e precisione della contestazione in giudizio del reato, con conseguente alterazione del procedimento di individuazione delle prove a discarico in grado di conformarsi al requisito della pertinenza e della rilevanza, sì da essere

ammesse nel giudizio e con l'effetto finale della vanificazione della formazione della prova nel contraddittorio, per come invece prescritto dal comma 4 dell'art. 111 della Costituzione. Da questo punto di vista, si può agevolmente notare pertanto come la indefettibile connessione di determinatezza e contraddittorio si colga in relazione all'intero diritto penale sostanziale.

1.6.2. (Segue): c) *la determinatezza della legge penale quale "condizione necessaria" alla formazione della prova nel contraddittorio*

Tutto ciò chiarito, ci preme a questo punto segnalare come la nostra reinterpretazione costituzionalmente orientata del principio di determinatezza sia destinata ad assumere dignità e consistenza, anche e soprattutto attraverso quello che noi riteniamo possa costituire una sorta di aggancio esegetico, ovviamente sempre di livello costituzionale. Intendiamo in particolare riferirci all'espresso richiamo, nel corpo dell'art. 111 Cost. (al terzo comma) delle *"condizioni necessarie ad assicurare la difesa"*.

In effetti, ponendoci alla ricerca del significato che la predetta locuzione può assumere nel contesto delle garanzie del *"giusto processo"* e tenuto conto altresì del fatto che la titolarità di tali *"condizioni"* risulta espressamente attribuita all'imputato, la prima operazione consiste nella esclusione di talune, pur astrattamente sostenibili, esegesi di tale formula normativa per il fatto di condurre a risultati interpretativi privi di quelle note di originalità viceversa richieste all'interprete. Per essere più chiari, è sufficiente notare infatti come alla formula linguistica che adesso ci occupa potrebbe, ad esempio, intuitivamente attribuirsi anche il limitato significato di *"condizioni economiche"*, così come quello di *"necessaria conoscenza/conoscibilità"* della contestazione, quali *"condizioni"* per l'appunto entrambe *"necessarie"* affinché l'imputato possa effettivamente

difendersi nel processo penale intentato a suo carico. Sennonché, per quanto entrambe sostenibili su di un piano logico, interpretazioni del genere difetterebbero – come già si diceva – di originalità, nel senso di non apportare alcunché di nuovo e di diverso rispetto a quanto risulta già previsto e assicurato dallo stesso testo costituzionale. E infatti, già il comma terzo dell'art. 24 della Costituzione si incarica di assicurare il diritto di difesa anche ai cittadini non abbienti. Parimenti, già lo stesso comma terzo dell'art. 111 della Costituzione riconosce all'imputato il diritto di *“essere informato della natura e dei motivi dell'accusa”*, quale preconditione indispensabile per *“ottenere l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova”*.

Ma allora, salvo volersi a questo punto rassegnare all'idea che il riconoscimento all'imputato delle *“condizioni necessarie”* a difendersi nel processo penale costituirebbe una formula vuota, non aggiungendo nulla sul terreno delle garanzie che la Carta fondamentale assegna a questi in attuazione dell'inviolabile diritto di difesa, ecco che una interpretazione della locuzione de qua in linea con la nostra complessiva ridefinizione della tematica in esame, si dimostra una operazione possibile e del tutto lecita.

Per colui il quale veste il ruolo di imputato in un processo penale, in effetti, vedersi riconosciute le *“condizioni necessarie”* per allestire la sua difesa potrebbe significare anche essere messo realmente nelle *“condizioni”* di fare valere tale suo diritto inviolabile. E poiché una delle *“condizioni”* essenziali perché ciò avvenga, anzi diremmo quasi la madre di tutte le ipotizzabili *“condizioni”* in questa direzione, è sicuramente la presenza di un capo di imputazione in relazione al quale egli possa *“difendersi provando”*, in maniera tale da gettare le basi per un accertamento della sua responsabilità penale nel contraddittorio, del tutto conseguentemente, invero, transitando dal processo al diritto sostanziale,

la “*condizione*” indispensabile perché il processo segua il corso costituzionalmente segnato per esso è che le norme del diritto penale siano chiare, precise e determinate. In caso contrario, infatti, la imputazione presterà il fianco a formulazioni vaghe e impalpabili, sì da complicare, se non addirittura da vanificare del tutto, un accertamento del fatto di reato secondo la regola del contraddittorio.

Sicché, una volta recuperato quello che potrebbe, a nostro parere, rappresentare il referente di natura normativa e di livello costituzionale idoneo a confortare la nostra opinione intorno alla coesistenzialità della determinatezza e del contraddittorio nel contesto di un *sistema penale unitario*, quindi di una *teoria integrata* del reato e del processo penale, è appena il caso di aggiungere come il diritto processuale penale vigente posseda al suo interno alcune norme-chiave che obiettivamente fungono da preziosi elementi di riscontro della nostra appena illustrata interpretazione della locuzione “*condizioni*” di cui al terzo comma dell’art. 111 della Costituzione.

Si allude, in particolare, alle disposizioni processuali stabilite in tema di contestazione all’imputato del fatto di reato, nonché, in successione logico-temporale, a quelle dettate in materia di ammissibilità ed utilizzabilità della prova nel processo penale.

A seguito dell’intervento novellistico del 1999 – il riferimento è compiuto qui alla legge n. 479 del 1999 – sia la richiesta di rinvio a giudizio (art. 417, comma 1, lett. b, c.p.p.), sia il decreto che dispone il giudizio (art. 429, comma 1, lett. c, c.p.p.) devono recare “*l’enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l’applicazione di misure di sicurezza (...)*”. Deve notarsi, inoltre, come “*la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto*” figuri quale profilo contenutistico necessario anche del ricorso immediato al giudice di pace presentato dalla persona offesa di un reato procedibile a querela

rientrante nella competenza penale di tale giudice onorario (v. art. 21, comma 2, lett. f, D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274).

Orbene, è di ogni evidenza come, in conseguenza delle appena segnalate riforme processuali, quel nesso, da noi postulato, tra principio di determinatezza della norma penale e principio del contraddittorio in sede processuale, tra diritto penale e processo, ne esca ulteriormente convalidato. Ciò perché – come si è appena visto – lo stesso codice di rito, muovendo dal presupposto che la mancata o difettosa conoscenza dei fatti contestati all'imputato è d'ostacolo all'esercizio da parte di questi del diritto di difendersi provando, impone, a pena di nullità, che il pubblico ministero e il giudice per le indagini preliminari formulino il capo di imputazione in maniera *"chiara e precisa"*. *"Condizione"* processuale, questa, la puntuale realizzazione della quale presuppone evidentemente che le norme incriminatrici che si assumono violate siano, a loro volta, formulate in maniera *"chiara e precisa"*, siano cioè *determinate*, non potendo altrimenti tradursi in una contestazione *"chiara e precisa"*. In definitiva, dunque, la *"condizione"* processuale *"necessaria"* per l'effettivo esercizio del diritto di difesa dell'imputato nel processo penale non è che la *proiezione*, perfettamente *simmetrica*, della *"condizione"* sostanziale costituita dalla determinatezza della materia penale.

Proseguendo logicamente e anche cronologicamente lungo questa linea direttrice, poi, è parimenti innegabile che il prosieguo di un giudizio penale avviato da una contestazione dell'accusa *"chiara e precisa"* deve essere coerente e consequenziale.

Al riguardo, il codice di procedura penale descrive l'area di ammissibilità dei mezzi di prova mediante il duplice requisito della *pertinenza* e della *rilevanza*. Le prove devono essere dunque *"pertinenti"*, nel senso di doversi riferire all'imputazione e quindi risultare finalizzate alla dimostrazione di quanto è specificamente contestato all'imputato, nonché

“rilevanti”, nel senso di dovere possedere un adeguato livello di capacità dimostrativa. La “rilevanza”, quindi, figura quale criterio di ammissibilità delle prove complementare alla “pertinenza”, nel senso di rappresentarne semplicemente la proiezione in termini quantitativi. La “pertinenza” della prova alla imputazione assurge, di conseguenza, al rango di canone regolatore della formazione della prova medesima nel processo penale. Ciò significa, allora, che le sole prove ammissibili e quindi utilizzabili ai fini della decisione sono quelle in grado di rapportarsi a una contestazione accusatoria espressa “*in forma chiara e precisa*”. Quanto precede equivale, in definitiva, ad affermare che la “*condizione (processuale) necessaria*” per la formazione della prova nel contraddittorio delle parti – così come prescritto dal comma quarto dell’art. 111 Cost. – è una contestazione del reato “*in forma chiara e precisa*”, dal momento che da ciò dipende la definizione della piattaforma probatoria che il processo può avere. Se anche ciò è vero, è possibile ribadire, allora, che la “*condizione necessaria*” per l’esercizio del diritto alla prova e per la formazione della stessa nel contraddittorio è parimenti costituita dalla determinatezza della materia penale, giacché soltanto ciò è in grado di assicurare la formulazione di un capo di imputazione rispettoso del disposto di cui agli artt. 417 e 429 c.p.p., il susseguente, pieno esercizio del diritto di difendersi provando, nonché, infine – e per tale via – una corretta formazione della prova secondo il metodo del contraddittorio.

1.6.3. (Segue): *d) la determinatezza orientata al contraddittorio quale “nuovo” parametro di costituzionalità della legalità penale*

In forza delle considerazioni svolte sino a questo momento, è possibile ora provare a spiegare meglio il significato del già preannunciato *ampliamento* della base di fondazione costituzionale del principio di determinatezza della legge penale, così come il significato

dell'analogamente segnalato *rafforzamento*, proprio per tale via, del suo effettivo livello di prescrittività.

Giacché la regola del contraddittorio è in grado di condizionare la descrizione dell'illecito penale, nel senso cioè di orientare il legislatore penale sostanziale verso la incriminazione soltanto di fatti conformati e descritti in guisa tale da potere transitare in un processo penale regolato da tale metodica di accertamento dei fatti medesimi, il riscontro di una simile interazione autorizza il nostro tentativo di una ridefinizione dogmatica del principio costituzionale di determinatezza.

In particolare, nel solco della ricostruzione che precede, si potrebbe teorizzare la ricostruzione della garanzia di determinatezza della legge penale alla stregua di un principio, per così dire, "*a doppia pelle*", perché di rango sostanziale e processuale insieme. In questa "rinnovata" veste tale principio costituzionale rappresenterebbe, infatti, sia la necessaria appendice "*processuale*" delle garanzie di precisione, tassatività e materialità delle fattispecie penali, sia l'altrettanto necessario risvolto "*sostanziale*" del contraddittorio per la prova. In questo prefigurato contesto, cioè, la regola "*processuale*" del contraddittorio servirebbe, in un certo senso, a completare il principio "*sostanziale*" della determinatezza, vincolando il legislatore alla formazione di norme penali descrittive di fenomenologie, non solo verificabili nella realtà, né genericamente accertabili nel processo, ma adesso e più specificamente *dimostrabili nel contraddittorio tra le parti*.

All'appena descritto ampliamento della base costituzionale del principio di determinatezza si accompagna peraltro - per come poc'anzi si accennava - un simmetrico rafforzamento del suo livello di cogenza e quindi della sua idoneità a funzionare efficacemente quale parametro di costituzionalità delle norme penali indiziate della violazione di detta "nuova" e "più ampia" dimensione contenutistica del principio di legalità.

Infatti, grazie a una operazione interpretativa come quella sin qui esperita, sono senza dubbio notevoli i passi in avanti rispetto ai risultati viceversa ricavabili dalle pronunce costituzionali di accoglimento più sopra commentate. Ciò lo si apprezza immediatamente ove solo si osservi come, d'ora in avanti, la determinatezza potrebbe reputarsi dotata finalmente di un referente normativo di pari rango costituzionale, giustappunto la regola del contraddittorio per la prova, in grado di funzionare quale parametro di commisurazione della concreta osservanza di essa da parte della normazione penale ordinaria.

Un referente normativo - il contraddittorio per la formazione della prova - in grado tra l'altro di spiegare benefici effetti anche sul terreno più strettamente applicativo. A quest'ultimo proposito, deve notarsi infatti come il principio di determinatezza, grazie alla sin qui compiuta "rilettura" di esso attraverso il prisma della regola del contraddittorio, oltre ad atteggiarsi quale limite per il legislatore penale sostanziale in sede di redazione delle norme, evidenzia un analogo teleologismo anche nei confronti del giudice penale. Ciò sta a significare che, tutte le volte in cui la previsione incriminatrice astratta, ancorché *ex ante* "orientata al contraddittorio", dovesse tuttavia denotare, in ragione di eventuali peculiarità proprie del singolo processo all'interno del quale si ritrova contestata, quindi proprie del fatto storico da provare, concrete difficoltà di adattamento al metodo del contraddittorio, il giudice sarà evidentemente chiamato a fare tutto ciò che è in suo potere per tentare di rimediarvi. In questo contesto spicca senza dubbio l'utilità nel senso indicato dei poteri integrativi del giudice in materia di prove riconosciutigli dal codice di rito in chiave di formula di chiusura di un sistema processuale che si è scelto di mantenere comunque "solo tendenzialmente" accusatorio. Conseguentemente, allorché il giudice penale dovesse registrare la impossibilità oggettiva di veicolare la

formazione della prova attraverso il contraddittorio, ferma restando l'assoluzione dell'imputato, potrebbe anche reputare opportuno sollevare apposita questione di costituzionalità per (sospetta) violazione del combinato disposto di cui agli artt. 25, comma secondo e 111, commi terzo e quarto, della Costituzione.

Nel tentativo di saggiare più da vicino i benefici insiti nella dotazione di tale duplice livello operativo al principio di determinatezza, un banco di prova importante potrebbe essere costituito, ad esempio, dalle c.d. *fattispecie causalmente orientate*, le quali scontano un intrinseco *deficit* di determinatezza per il fatto stesso che il loro disvalore risulta incentrato esclusivamente sull'evento-conseguenza della condotta (la quale non risulta, appunto, tipicizzata). Peraltro, deve immediatamente precisarsi come una simile indeterminatezza non rappresenti necessariamente una patologia, come tale censurabile sul piano costituzionale. Infatti, prima di concludere *sic et simpliciter* nel senso che il ricorso a questa nota tecnica di redazione sarebbe unicamente espressione di ragioni di difesa sociale - in virtù della entrata in gioco di un bene giuridico di preminenza tale da esigere una protezione totale contro ogni possibile forma di aggressione, come tale in spregio alle esigenze di frammentarietà tipiche del diritto penale e quindi a quelle di determinatezza della legge penale - non deve trascurarsi come le fattispecie causali pure potrebbero anche riflettere una sorta di necessità di ordine redazionale. Ciò per il fatto che una elencazione tassativa e dettagliata delle condotte eziologicamente stimate come idonee a produrre un dato evento, potrebbe rivelarsi, il più delle volte, impossibile già su di un piano segnatamente ontologico. Peraltro, a una simile necessità propriamente *ontologica* si affianca solitamente una simmetrica necessità questa volta di stampo *assiologico*, ossia quella di offrire a taluni interessi una tutela del tutto svincolata dal dogma della frammentarietà allo scopo di non lasciare impunte condotte che non

risultino espressamente previste dalla legge. In buona sostanza, allora, il rango particolarmente elevato di taluni beni giuridici, in una con la impossibilità di una descrizione casistica delle relative modalità di lesione, finiscono, in molti casi, per condurre necessariamente il legislatore penale a una significativa rinuncia alla selezione delle forme di aggressione e al conseguente accentramento della tutela penale sul solo evento naturalistico⁷⁰.

Ebbene, tornando al punto dal quale siamo partiti, a noi pare come proprio in situazioni del genere si possa cogliere la preziosa funzionalità del principio di determinatezza anche sul terreno più propriamente applicativo, dal momento che la rinuncia alla sua osservanza in sede legislativa – innanzitutto e ovviamente se “patologica”, ma, a maggior ragione e soprattutto, se “fisiologica” – dovrà immancabilmente essere compensata in sede processuale. In casi del genere risalta, cioè, con ogni evidenza la essenzialità delle più sopra già ricordate norme processuali in tema di contestazione dell'accusa e di ammissione della prova in giudizio. Infatti, norme penali congegnate secondo il modello astratto dei reati causali puri sono suscettibili di acquisire in giudizio una conformazione realmente rispettosa della regola del contraddittorio e quindi del principio di determinatezza per come da noi inteso, solo se sapientemente dettagliate dall'autorità giudiziaria. In caso contrario, infatti, il procedimento probatorio figurerebbe alterato al punto da accrescere in maniera decisiva le possibilità di condanne non fondate su un processo “giusto”.

In aggiunta a quanto si è appena notato, per il momento è sufficiente aggiungere come, in linea generale, le ricadute positive sul sistema penale ingenerate dalla sin qui prospettata riformulazione del principio di determinatezza, siano certamente superiori rispetto a quelle ricavabili

⁷⁰ In argomento cfr., soprattutto, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 530 ss.

dalla citata pronuncia di incostituzionalità del delitto di plagio. In quella occasione, infatti, la censura si era appuntata sulla *totale soggettivizzazione* dell'illecito penale. Ora, il postulato innesto della regola di cui all'art. 111 Cost. in seno al principio di cui all'art. 25 Cost. ci consente per contro di espandere senza dubbio l'area di incostituzionalità per violazione del principio di determinatezza ad ogni altra ipotesi di *sommarizzazione* del precetto penale sul terreno dei suoi contenuti, ossia anche al di là dei casi costituiti da incriminazioni imperniate su di un *disvalore d'autore*. Si pensi in proposito, solo per fare qualche esempio, ai reati di pericolo astratto (o presunto), ovvero ai reati omissivi propri "artificiali", ossia privi in tutto o in larghissima parte di una puntuale indicazione della condotta doverosa da compiersi.

Giunti a questo punto, una volta evidenziati i progressi che la legalità penale è in grado di compiere se letta attraverso il prisma dell'art. 111 della Costituzione, l'ultima operazione consiste evidentemente nel saggiare se e come questo "nuovo" principio di determinatezza si coordini realmente con il complessivo statuto costituzionale del reato e del processo penale.

Il punto di avvio di questa indagine è senz'altro costituito dallo stesso capoverso dell'art. 25 Cost., in particolare da quel segmento concettuale di esso tradizionalmente deputato a regolamentare i rapporti tra legislativo e giudiziario. L'assegnazione di una dimensione anche "processuale" alla determinatezza - in particolare per il tramite della dotazione di un livello anche "sostanziale" al contraddittorio di cui all'art. 111 Cost. - condiziona indubbiamente la portata, anzitutto, del *principio di precisione*, dal momento che è indubitabile come il linguaggio adoperato dal legislatore debba detenere i crismi della chiarezza non già per soddisfare finalità meramente estetiche di purezza linguistica, bensì soprattutto in funzione della trasferibilità dei suoi contenuti punitivi

all'interno del processo penale. Il principio di precisione, in effetti, viene correttamente teorizzato quale principio dotato di una propria autonomia concettuale nel contesto delle garanzie costituzionali relative alla legge penale, proprio perché reputato funzionale all'orientamento dei cittadini nell'opera di discernimento del lecito dall'illecito, ossia funzionale alla instaurazione di una corretta comunicazione tra lo Stato e i cittadini stessi⁷¹. Innegabile, quindi, la elevata quota di effettività che una determinatezza orientata al contraddittorio è in grado di offrire alla garanzia della precisione della legge penale.

Quanto alla *tassatività* della legge penale, intesa qui come divieto di analogia rivolto al giudice, valgono le stesse conclusioni appena rassegnate, poiché è evidente come la costruzione non tassativa di una disposizione penale impedisca la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, nuocendo peraltro all'imputato stesso per il fatto di non consentirgli di organizzare le eventuali prove a discarico da sottoporre al contraddittorio. A tale ultimo proposito, si è già osservato infatti come il contraddittorio costituisca la regola costituzionalmente prescritta per l'accertamento dei fatti penali in generale, quindi anche di quelli favorevoli all'imputato. Di conseguenza, una costruzione non tassativa di una norma penale favorevole o di un elemento di fattispecie favorevole è senza dubbio d'ostacolo alla predisposizione di una effettiva difesa proprio perché impedisce la pre-individuazione dei mezzi di prova necessari per la dimostrazione in giudizio di dette situazioni favorevoli.

Ne discende che, riletto attraverso il prisma del contraddittorio, il principio di tassatività assume senza dubbio la connotazione del *divieto*

⁷¹ Per un'autorevole conferma al riguardo, è sufficiente richiamare taluni passaggi motivazionali della "storica" sentenza costituzionale del 1988 (v. Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, cit.): "*leggi precise e chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento*" sono, secondo la Corte, le sole leggi nelle quali il cittadino può "*trovare in ogni momento cosa gli è lecito e cosa gli è vietato*".

assoluto di analogia, ossia di un divieto esteso anche alle norme penali favorevoli, per la semplice ragione che l'applicazione di una disposizione penale siffatta, là dove non costruita in ossequio al principio di tassatività, resta condizionata dal tasso di discrezionalità utilizzato dal giudice⁷². Ciò perché la sua indeterminatezza non permetterà all'imputato di veicolare l'ingresso nel contraddittorio e quindi di condizionarne il riconoscimento in suo favore⁷³.

In definitiva, il principio della *determinatezza* (“*orientata al contraddittorio*”) assume il ruolo di *profilo dominante* rispetto ai restanti corollari della legalità penale (*id est*: la precisione e la tassatività). Si tratta di vedere adesso se e come questo principio si armonizzi con tutti gli altri principi costituzionali dettati per il reato e per il processo penale.

⁷² Per un'accezione del divieto di analogia in materia penale *in senso relativo*, con conseguente legittimazione della interpretazione analogica *in bonam partem* – ferma restando la esclusione delle norme favorevoli di natura eccezionale, stante il disposto di cui all'art. 14 delle c.d. preleggi – cfr., tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1989, p. 271 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, p. 359 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 96 ss., G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 139, M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale*, cit., p. 82 ss. Analogamente, nella dottrina d'oltralpe, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, München, 1992, p. 82; H.H. JESCHECK-T. WEIGEND *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin, 1996. Al contrario, nel senso che l'applicazione in via analogica delle norme di favore violi “*la ratio di certezza che è anch'essa presente nel principio della riserva di legge in materia penale, il quale è valido non solo nel senso che è rimessa alla legge la previsione in positivo dei fatti che costituiscono reati, ma anche nel senso che è rimessa alla legge la delimitazione in negativo dell'ambito di operatività di una norma incriminatrice, che non può essere disapplicata soltanto per un atto di volontà dell'interprete*”, v. F. RAMACCI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1992, p. 153. Per un'analoga qualificazione *in termini assoluti* del divieto di analogia in materia penale, cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I., cit., p. 104 ss.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, p. 407; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998, p. 415 ss.

⁷³ E' dunque l'esigenza di rispettare il contraddittorio che impone adesso al legislatore di costruire in ossequio al principio di determinatezza tutte le norme penali, siano esse sfavorevoli o meno, così come tutti gli elementi di fattispecie, anche quelli di natura favorevole. Per questa ragione non ci sembra condivisibile l'opinione tradizionale dei Classici, secondo la quale “*per analogia non si può estendere la pena da caso a caso; per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa*” (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, p. 376).

Orbene, la determinatezza *in chiave sostanziale-processuale* si rivela anzitutto in grado di segnare con efficacia i margini operativi del principio di *offensività*, nella sua duplice connotazione di vincolo per il legislatore e per il giudice⁷⁴. Per un verso, esso si imporrebbe infatti nel senso di vincolare il legislatore alla tipizzazione esclusivamente di condotte empiricamente verificabili nel contraddittorio, impedendo per tale via il ricorso a (pseudo)beni giuridici, in quanto astratti, spiritualizzati, in una parola sola privi di consistenza fattuale; per un altro verso, poi, esso varrebbe a circoscrivere adeguatamente anche l'attività interpretativa del giudice in sede di individuazione del bene giuridico tutelato da una norma incriminatrice, nel senso di precludergli ricostruzioni assiologiche incompatibili con una dimostrazione probatoria nell'ambito di un contraddittorio.

Identiche considerazioni devono farsi, inoltre, con riguardo al principio di *personalità colpevole della responsabilità penale*, atteso che il dolo e la colpa possono essere accertati in giudizio e fungere quindi davvero quali filtri selettivi della tipicità penale, solo se ed in quanto ricollegabili a un fatto dotato di consistenza materiale e correttamente descritto per note interne. In caso contrario, infatti, dolo e colpa degraderebbero a meri stati interiori, finendo così per ricadere in comodi e invalsi schemi presuntivi, o comunque per essere pretermessi sul piano dell'accertamento. Sicché, soltanto un fatto di reato suscettibile di essere provato nel contraddittorio può aprire il varco a un accertamento reale anche delle sue componenti psicologiche⁷⁵.

Su di un piano ancora più generale, poi, è di ogni evidenza come una determinatezza orientata al contraddittorio contribuisca anche alla realizzazione delle tradizionali istanze garantistiche di *sussidiarietà* e

⁷⁴ Sul punto, v. già V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento*, cit., p. 494 s.

⁷⁵ In proposito, cfr., ancora una volta, V.N. D'ASCOLA, *op. ult. cit.*, p. 497 s. e p. 413 ss.

frammentarietà dell'intervento penale. Quanto in particolare a quest'ultima garanzia, è sufficiente del resto riportarsi a quanto si è poc'anzi osservato a proposito delle fattispecie causalmente orientate.

Per completare questa cursoria rassegna delle garanzie costituzionali proprie dell'illecito penale, un cenno va fatto infine al composito teleologismo della sanzione penale. Invero, deve riconoscersi come alla realizzazione della funzione *generalpreventiva* della pena concorrano precipuamente la precisione e la tassatività, dal momento che la minaccia sanzionatoria è realmente in grado di distogliere i cittadini dal commettere reati (*prevenzione generale negativa*), ovvero di orientarne fattivamente le condotte future (*prevenzione generale positiva*) solo allorché il messaggio normativo risulti ai cittadini medesimi innanzitutto "comprensibile".

Per contro, il vero contributo della determinatezza (*orientata al contraddittorio*) sul terreno dogmatico del finalismo sanzionatorio si apprezza segnatamente in relazione alla funzione *retributiva* e a quella *specialpreventiva* della pena. Per un verso, infatti, una pena potrà dirsi *proporzionata* rispetto al fatto commesso, anzitutto nella misura in cui questo stesso fatto sia stato oggetto nel processo di un approfondimento probatorio nel contraddittorio. Ma ancora di più, potrà realmente dirsi che la pena è in grado di adempiere a una *finalità rieducativa* solo sin tanto che la stessa venga irrogata in esito a un processo nel quale l'imputato ha avuto la possibilità di difendersi provando nel confronto con le altre parti. Solo in questo caso, infatti, l'ordinamento potrà verosimilmente fare affidamento sul condannato in vista della sua disponibilità a intraprendere un percorso rieducativo, poiché esso potrà contare sul

fatto che il reo ha potuto realmente *comprendere* il significato della condanna inflittagli⁷⁶.

Il tema del finalismo sanzionatorio è strettamente connesso a quello della *libertà personale*, la quale – come è noto – è definita dal primo comma dell'art. 13 Cost. "*inviolabile*", sebbene poi i commi successivi a questo aprano il varco alla sua limitabilità, sia pure "*nei soli casi e modi previsti dalla legge*"⁷⁷. Ora, la libertà personale, in un sistema penale come quello vigente nel quale la pena detentiva figura come la conseguenza sanzionatoria *ordinaria*⁷⁸, rappresenta pertanto il bene giuridico che la previsione di un fatto come reato prende in considerazione quale interesse da sacrificare in esito a una condanna irrogata per la commissione di un reato, dopo la celebrazione di un processo penale.

In questo contesto è dato apprezzare di conseguenza il ruolo che una garanzia di *determinatezza sostanziale-processuale* è in grado di occupare. Come si diceva poco fa, infatti, la libertà personale può essere sacrificata non già semplicemente per effetto di una legge ordinaria (c.d. *riserva di legge semplice*), ma più specificamente per effetto di una legge ordinaria dotata di taluni contenuti, segnatamente da una legge capace di indicare puntualmente le ipotesi e le modalità della sua limitazione (c.d. *riserva di legge rinforzata*). Orbene, la previsione di una riserva di legge così stringente a tutela della *inviolabilità* della libertà personale sembra

⁷⁶ Cfr. V.N. D'ASCOLA, *op. ult. cit.*, p. 505 ss.

⁷⁷ Secondo F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, p. 47, il fondamento costituzionale implicito della legalità penale sarebbe da rintracciare già nell'art. 13.

⁷⁸ Per una ampia trattazione della moderna crisi del sistema penale sanzionatorio di tipo detentivo-centrico, cfr., per tutti, F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 337 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.; C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510 ss.; L. MONACO-C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421 ss.; G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160 ss.; S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, cit., p. 86 ss.; S. LARIZZA, *op. ult. cit.*, p. 122 ss.; M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., p. 66 ss.

obiettivamente indurre l'interprete a postulare la necessità che la sanzione penale origini da un accertamento che abbia ad oggetto un fatto *determinato*, poiché è innegabile come soltanto in tale caso un sacrificio della libertà personale medesima, prima semplicemente minacciato ma a quel punto anche concretizzatosi in una condanna alla espiazione di una pena detentiva, potrebbe dirsi costituzionalmente giustificato. In altri termini, solo se l'imputato avrà avuto realmente la possibilità di difendersi provando nel merito della contestazione formulata a suo carico e quindi solo se la prova del fatto di reato fatto si sarà formata nel contraddittorio, la *ratio* di quella *riserva costituzionale di legge rinforzata* (di cui al secondo comma dell'art. 13) e in tal guisa la *inviolabilità della libertà personale* (di cui al primo comma della medesima disposizione) potranno dirsi davvero rispettate.

Peraltro, proprio muovendo dalle osservazioni appena svolte, è appena il caso di notare come, a differenza della pena detentiva, la *pena pecuniaria* sembrerebbe non armonizzarsi con il diritto penale. E infatti, nonostante la sua pari fondazione costituzionale, per la precisione nell'art. 23 della Carta (a mente del quale "*nessuna prestazione ... patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*")⁷⁹, la pena di natura pecuniaria risulta assicurata da una *riserva di legge (soltanto) semplice*. Da qui, la plausibilità logica di una conclusione secondo la quale la suddetta garanzia di *determinatezza sostanziale-processuale* concernerebbe la sola pena detentiva, nel senso di operare soltanto per quelle fattispecie penali che risultano presidiate da una pena di questa natura⁸⁰.

Sin qui l'insieme delle garanzie costituzionali direttamente stabilite per il reato. Poiché si sta tentando, però, di fornire una giustificazione

⁷⁹ In tal senso, cfr. ancora F. RAMACCI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ Per tutte queste riflessioni intorno ai rapporti tra sistema sanzionatorio penale e regola del contraddittorio, cfr. già V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento*, cit., p. 507 ss.

costituzionale adeguata a un principio in grado di saldare il reato e il processo penale, occorre coerentemente provare ad estendere la nostra indagine anche alle garanzie costituzionali dettate per quest'ultimo, evidentemente potendo tralasciare in questa sede quelle che attengono, più che altro, a profili ordinamentali della giustizia penale (come, ad esempio, gli artt. 102, 103, 104, ecc. della Costituzione). Si tratta di verificare, quindi, come tale "nuova" *determinatezza*, ricavata dalla proficua interazione del capoverso dell'art. 25 con i commi terzo e quarto dell'art. 111 Cost., si raccordi con i principi costituzionali relativi al processo penale.

Orbene, prendendo le mosse dalla fondamentale garanzia della *presunzione di non colpevolezza* di cui al capoverso dell'art. 27 Cost., ben si comprende come la esistenza di norme penali indeterminate, per il fatto stesso di sottrarre all'imputato la possibilità di individuare le prove in grado di spiegare effetti a proprio scarico in guisa da preconstituire un effettivo contraddittorio sul merito della contestazione elevatagli, legittimi la prefigurazione di una condizione processuale esattamente inversa a quella costituzionalmente prescritta, ossia quella di un imputato "*presunto colpevole*". A ben vedere, peraltro, la indeterminatezza delle fattispecie penali è causa di una surrettizia inversione dell'onere della prova anche nella misura in cui permette al pubblico ministero contestazioni generiche e quindi autoreferenziali sul terreno della loro dimostrazione probatoria, di tal che il compito di provare la non colpevolezza dell'imputato si trasferisce inopinatamente dalla pubblica accusa all'imputato medesimo⁸¹.

⁸¹ Per un'approfondita indagine sui nessi tra contraddittorio e accertamento della responsabilità penale "*oltre ogni ragionevole dubbio*" v., in particolare, V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento*, cit., p. 347 ss.

Guardando adesso alla garanzia costituzionale della *obbligatorietà nell'esercizio dell'azione penale*, è parimenti agevole riscontrarne la violazione ad opera di un diritto penale dal volto indeterminato. Se, infatti, il pubblico ministero è obbligato all'esercizio dell'azione penale, il perseguimento di fatti di reato che si sappiano già inidonei ad essere provati nel contraddittorio si risolverà sistematicamente in contestazioni incapaci di soddisfare le necessità di *chiarezza* e di *precisione* inderogabilmente richieste dall'art. 417 c.p.p. Ne discende che le descrizioni legali indeterminate rendono inevitabilmente *discrezionale* l'esercizio dell'azione penale, vanificando in tal modo quelle esigenze di legalità e di eguaglianza alla base del principio di obbligatorietà della stessa.

Per completare questa sintetica rassegna costituzionale dedicata al processo penale, ci sembra abbastanza intuitivo aggiungere come una garanzia di *determinatezza in chiave sostanziale-processuale* valga, altresì, a riempire di effettivi contenuti la ulteriore garanzia dell'*obbligo di motivazione* delle sentenze penali (di cui è parola al comma settimo dell'art. 111 Cost.), così come la più generale garanzia della *soggezione dei giudici soltanto alla legge* (di cui parla il comma secondo dell'art. 101 Cost.). A ben vedere, infatti, il rispetto del principio della dimostrabilità del reato nel contraddittorio è una garanzia affinché le sentenze pronunciate in esito a un processo penale si allontanino il più possibile dal tuttora radicato paradigma, tipicamente inquisitorio, del *libero convincimento*.

In conclusione, a noi pare che la legittimazione su basi costituzionali del postulato innesto della regola del contraddittorio sul principio di legalità renda a tutt'oggi indispensabile l'abbandono di ogni pregiudiziale indifferenza della dogmatica penalistica nei riguardi della scienza del processo penale. La constatata interconnessione armonica dei principi costituzionali dettati per il reato e per il processo penale sembra spingere

decisamente verso la costruzione di una *teoria generale del reato orientata al (giusto) processo*.

L'analisi che segue si propone essenzialmente di mettere a confronto taluni istituti di parte generale (dolo, colpa, causalità, ecc.), taluni modelli criminosi sistematicamente ricavabili dalla parte speciale (reati di pericolo, reati a dolo specifico, ecc.) e, infine, talune specifiche fattispecie incriminatrici di parte speciale (associazione per delinquere, usura, favoreggiamento, ecc.), solitamente sospettati di entrare in conflitto con il principio di legalità, con tale "nuovo" *modello integrato* di determinatezza. Prima di concludere, peraltro, è appena il caso di anticipare come il metodo epistemologico di accertamento della verità costituito dal contraddittorio, che nella sua dimensione strettamente processuale detiene sicuramente una vocazione *inflazionistica* sul terreno dei tempi e delle risorse necessarie alla sua piena realizzazione, al contrario, una volta innestato sul versante sostanziale - quindi nel contesto della sin qui prefigurata interazione con la legalità penale sostanziale - riveli una vocazione esattamente opposta, dal momento che esso funziona indiscutibilmente da *filtro selettivo* della normazione penale, autorizzando a dubitare decisamente della legittimità costituzionale di una nutrita schiera di fattispecie penali, a quel punto *indeterminate* proprio perché inadeguate ad essere dimostrate secondo le regole del *giusto processo*.

CAPITOLO SECONDO

La dimensione internazionale del principio di determinatezza della legge penale

Sommario: 2.1. *La determinatezza della legge penale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: a) l'ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu. – 2.1.1. (Segue): b) il binomio accessibilità/prevedibilità della "materia penale" quale garanzia di conoscibilità da parte dei suoi destinatari. – 2.2. Il principio di chiarezza quale garanzia di struttura delle norme penali nel sistema della Corte penale internazionale.*

2.1. La determinatezza della legge penale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: a) l'ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu

Dopo avere analizzato il principio di determinatezza della legge penale attraverso il prisma della nostra Carta costituzionale e dopo avere, di conseguenza, apprezzato le potenzialità *ampliative* e *rafforzative* del principio medesimo che una *reinterpretazione sistematica* della Costituzione stessa è in grado di offrire – segnatamente attraverso una valorizzazione della *regola costituzionale del contraddittorio per la formazione della prova* dettata nel quadro dei principi del *giusto processo*, riteniamo a questo punto opportuno uno spostamento della nostra indagine verso il *diritto penale internazionale*.

Procedendo in questa appena indicata direzione, l'attenzione si concentrerà, in particolare, sui principali sistemi normativi di livello internazionale che, in misura diversa, fanno ormai parte integrante del nostro diritto penale interno, condizionando sia il legislatore, che i giudici nazionali. L'analisi che segue avrà ad oggetto principalmente il *sistema normativo convenzionale*, quale risulta dalla Convenzione europea di Roma

del 1950 e dall'attività giurisprudenziale della Corte europea di Strasburgo (oltre che dal contributo in veste giurisdizionale offerto dalla Commissione europea di Bruxelles sino a un certo periodo)⁸². In questo contesto il fuoco dell'indagine sarà precipuamente incentrato sull'art. 7 della Convenzione di Roma. Seguirà una cursoria disamina del sistema normativo della Corte penale internazionale, con particolare riguardo alle possibili indicazioni desumibili da quel fondamentale *principio di chiarezza* che si trova testualmente sancito all'interno del capoverso dell'art. 22 dello Statuto istitutivo di detto organo giurisdizionale internazionale.

Seguendo l'ordine appena indicato, il punto d'avvio dell'indagine è – come si è appena detto – segnato, dunque, dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante la significativa rubrica “*Nessuna pena senza legge*”⁸³. Al riguardo va immediatamente segnalato come la previsione in parola rivesta carattere *assoluto*, nella misura in cui essa non risulta assoggettata al regime di derogabilità ai sensi dell'art. 15, par. 2, della Convenzione. Deve peraltro osservarsi come la legalità penale trovi spazio all'interno della Convenzione anche in altre specifiche disposizioni, ulteriori rispetto al citato art. 7, tra cui rilevano, in particolare, i capoversi degli artt. 8-11, dove si stabilisce che le limitazioni dei diritti fondamentali ivi garantiti “*devono essere previste dalla legge*”. Per questa ragione, infatti, la

⁸² Sulla complessa questione dei rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale sostanziale italiano, sia con riguardo all'attività del legislatore interno, che con riguardo al terreno giudiziario, cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in C. Ruga Riva (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 13 ss.

⁸³ L'articolo 7 Cedu risulta così formulato: “*Nessuna pena senza legge. 1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituissero reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato fu commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole d'una azione o d'una omissione che, al momento in cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*”.

ricostruzione giurisprudenziale del concetto di legalità penale convenzionale discende da una lettura integrata delle pronunce intervenute, sia “direttamente” sull’art. 7 Cedu, sia “indirettamente” sugli artt. 8, 9, 10 e 11 Cedu⁸⁴.

L’art. 7 Cedu rimane, ad ogni modo, la disposizione che si incarica espressamente di statuire il principio di legalità ed è abbastanza noto come, nonostante al suo interno si trovi formalmente enunciato il solo principio di *irretroattività sfavorevole* – nella forma del *divieto di retroattività sfavorevole* – la giurisprudenza della Corte europea, sulla base di un’attività ermeneutica ormai affatto consolidata, sia approdata alla conclusione che la disposizione medesima è deputata alla disciplina di tutte le ulteriori implicazioni della legalità penale⁸⁵.

Sul punto, però, prima ancora di passare all’analisi dei contenuti ormai pacificamente ricondotti all’art. 7 Cedu, si rende indispensabile fornire qualche chiarimento di ordine preliminare in merito al concetto stesso di *diritto penale* fatto proprio dal sistema convenzionale. Un chiarimento,

⁸⁴ Anzi, per è stato come correttamente osservato da G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. De Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, p. 19 s., è proprio in sede di definizione dei limiti apponibili alle libertà fondamentali sancite nei predetti articoli della Convenzione, quindi in sede di specificazione delle clausole che rinviano alla “*previsione per legge*” di simili limitazioni, che può cogliersi il “*più ampio dispiegamento del potenziale garantista dell’istanza di determinatezza*”.

⁸⁵ Quanto alla garanzia di *precisione*, cfr., in particolare, Corte eur., 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito, in *Foro it.*, 1977, IV, c. 113, dove si legge che il reato deve essere “*chiaramente definito dalla legge (...) in modo che sia possibile definire, partendo dalla disposizione legale interessata, quale atto od omissione causano la responsabilità penale*”. In merito alla *tassatività*, poi, cfr., ad esempio, Corte eur., 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia, in *Riv. int. diritti uomo*, 1993, p. 513, secondo la quale la portata prescrittiva dell’art. 7 Cedu non si esaurisce nel divieto di retroattività sfavorevole delle norme penali, ricomprendendo altresì “*in modo generale, anche il principio di legalità dei delitti e delle pene e, più in particolare, il divieto di applicazione analogica in malam partem della norma penale*”. Guardando alla dottrina, invero, mentre secondo G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 11, l’art. 7 Cedu farebbe unicamente riferimento al principio di irretroattività, secondo altri Autori – v., ad esempio, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, vol. I, cit., p. 29 – esso consacrerrebbe, viceversa, il principio di legalità nel suo complesso. In questo stesso senso cfr., autorevolmente, anche K. VOLK, *Struttura del reato e diritti dell’uomo*, in *Crit. dir.* 1999, p. 150 s.

questo, che si rende invero indispensabile per comprendere, attraverso la esatta definizione della sua latitudine operativa, la reale essenza della legalità penale di marca convenzionale, oltre che particolarmente utile – così come vedremo – per apprezzarne le rilevanti ricadute sul terreno della sin qui propugnata teorizzazione della garanzia costituzionale di determinatezza della legge penale in termini *sostanziali e processuali insieme*.

Orbene, è noto come la giurisprudenza di Strasburgo sia ormai attestata intorno a un'accezione del diritto penale ben più estesa rispetto a quella invalsa nel nostro ordinamento penale, così come in tutti i sistemi penalistici continentali. In proposito deve notarsi, infatti, come, in ambito convenzionale, vi sia assoluta concordia nel ricostruire l'ambito del diritto penale muovendo dalla definizione di cui all'art. 6 Cedu, quindi alla luce del concetto di "*accusa penale*", *rectius* di "*accusa in materia penale*"⁸⁶. In altre parole, per il diritto della Cedu, la nozione di *legge penale* va necessariamente sostituita con quella di "*materia penale*", la quale, a sua volta, deve trarsi da quella fondamentale disposizione della Carta di Roma – l'art. 6, appunto – deputata alla disciplina dei canoni regolatori del "*giusto processo*". In tal guisa, il controllo giurisdizionale delle normative penali nazionali, esperito dalla Corte europea, non si arresterà alle sole disposizioni penali in senso stretto, in quanto così qualificate dal diritto interno, dal momento che la "*materia penale*", proprio perché guardata attraverso il prisma dell'accusa e non già solo alla luce del paradigma legale astratto, comprenderà anche le sanzioni e soprattutto le procedure che conducono all'applicazione di una sanzione⁸⁷. Più in

⁸⁶ Così, per tutte, Commissione eur., 24 luglio 1974, X c. Repubblica federale tedesca, in www.echr.coe.int/hudoc.

⁸⁷ Per la indicazione dei canoni da utilizzare ai fini dell'inquadramento di un illecito, di una sanzione o di una procedura nella "*materia penale*", si veda, per tutte, la "*storica*" sentenza della Corte europea pronunciata l'8 giugno 1976 relativamente al caso "Engel

particolare - seguendo le indicazioni rese da una tuttora insuperata giurisprudenza della Corte europea risalente agli anni settanta del secolo scorso - per decidere in merito all'appartenenza di una disposizione nazionale alla "*materia penale*" e quindi in merito alla sua sussumibilità nel quadro del sindacato di legittimità convenzionale di cui all'art. 7 Cedu, la normativa interna dovrà essere valutata alla luce di taluni consolidati canoni. Canoni, questi, ordinati *in sequenza sussidiaria* e costituiti, in particolare, dalla "*qualificazione giuridico-formale*" utilizzata dall'ordinamento nazionale cui fa capo il rimettente, dalla "*natura intrinseca del fatto o del comportamento vietato*" - che va, a sua volta, determinata guardando all'ambito di applicazione della norma impugnata (un ambito applicativo che deve essere generale) e allo scopo della sanzione prevista per il caso della violazione del precetto (uno scopo sanzionatorio che deve essere repressivo e generalpreventivo) - e dalla "*gravità (o severità) della sanzione*".

Orbene, quanto precede comporta che il controllo di legittimità convenzionale sulle legislazioni penali nazionali, avuto riguardo al rispetto del principio di legalità nel suo complesso (*sub* art. 7 Cedu), non ricalca quello tradizionalmente esercitato dai Giudici delle leggi in ambito statuale, in particolare risultando esteso anche a norme di carattere procedurale. Beninteso, in quest'ultimo senso non si intende fare certo riferimento alle norme procedurali che regolano il processo penale, dal momento che il controllo di legittimità convenzionale di queste ultime seguita ad essere esercitato alla stregua del paradigma offerto dall'art. 6 Cedu, oltre che alla stregua delle altre disposizioni convenzionali di

ed altri c. Paesi Bassi" (in *Foro it.*, 1977, IV, c. 1). Sulla definizione di "*materia penale*" nel sistema convenzionale, cfr., in particolare, C.E. PALIERO, "*Materia penale*" e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.; nonché F. CONSULICH, "*Materia penale*" e *tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen., econ.*, 2006, p. 72 ss.

valenza propriamente processuale. Piuttosto, si vuole dire che la Corte di Strasburgo, ogniqualvolta ravvisa in una procedura nazionale, giurisdizionale o non, una connotazione di afflittività per le garanzie dei cittadini che vi sono sottoposti, conseguentemente attrae la questione sotto l'egida dell'art. 7 Cedu, qualificando come "*materia penale*" tutte quelle disposizioni che regolano l'infrazione e le conseguenze sanzionatorie riconnesse all'applicazione di quelle procedure.

Ma allora, se quanto precede è vero, non può sottacersi il rilevante contributo interpretativo che un simile approccio *dinamico* al diritto penale da parte della giurisprudenza di Strasburgo è idoneo ad offrire ai nostri precipui fini di ricerca. In particolare, è la evidente *funzionalizzazione* della interpretazione della "*materia penale*" all'assicurazione delle garanzie del "*giusto processo*" di cui all'art. 6 Cedu, ad avvicinare sensibilmente il *diritto penale in senso convenzionale* al *diritto penale costituzionalmente orientato* da noi sin qui propugnato. Tanto è vero che la Corte europea - come si è appena detto - guarda anche ai "*procedimenti*" per risalire alla nozione di *diritto penale* suscettibile di ricadere nell'alveo di garanzia segnato dall'art. 7 Cedu. In altre parole, dall'approccio dei giudici europei alla legalità penale *convenzionalmente rilevante*, ci sembra di potere evincere che, in ultima analisi, ciò che primariamente interessa in questo ambito normativo è la *proiezione dinamica* del diritto penale, campeggiando l'obiettivo di offrire la massima tutela possibile ai ricorrenti per mezzo dell'art. 6 Cedu. Del resto, guardando a questa giurisprudenza europea, si ricava agevolmente come la giustificazione teorica sottesa alla segnalata opzione estensiva della legalità penale sia da individuarsi nella necessità di tutelare i diritti umani contro ogni forma di *diritto punitivo*. Dove sarà da considerare tale ogni infrazione, sanzione o procedura che risultino connotate da modalità preventive e/o repressive, a prescindere cioè da qualificazioni

formalistiche di sorta⁸⁸. Detto in altri termini, per la Corte europea, la “*materia penale*” deve costituire un concetto che va oltre quello tradizionale di *diritto penale*, all’evidente scopo di assicurare piena ed effettiva protezione alle prerogative di libertà degli individui, contro qualsiasi possibile forma di abuso delle autorità statali. E infatti, i tre surriferiti criteri impiegati per la identificazione della “*materia penale*” sono ovviamente *alternativi* e non già cumulativi, nel senso che è sufficiente che uno soltanto qualifichi la materia oggetto del ricorso individuale come “*penale*” affinché trovino applicazione l’art. 7 e tutte le connesse garanzie dettate dalla Convenzione europea. Ecco, dunque, perché è possibile affermare che una siffatta interpretazione “*autonoma*” (ossia *differenziata* quanto ai canoni viceversa invalsi all’interno della comunità degli Stati membri del Consiglio d’Europa) da parte della giurisprudenza europea funziona soltanto *in chiave di garanzia*. E’ sufficiente, infatti, che la predetta sussunzione sia possibile a seguito della utilizzazione anche di uno soltanto dei criteri suindicati, perché il relativo procedimento interpretativo si arresti. Tra l’altro, se, ad esempio, la natura penalistica della violazione denunciata dovesse emergere già dalla qualificazione giuridico-formale offertane dall’ordinamento dello Stato cui appartiene il ricorrente, a quel punto nemmeno avrà luogo una *interpretazione autonoma* nel senso dianzi precisato.

In buona sostanza, dunque, restando comunque ferma e pienamente salva l’autonomia tra l’ambito *sostanziale* dell’art. 7 Cedu e l’ambito strettamente *processuale* dell’art. 6 Cedu, a noi sembra che l’accezione convenzionale del diritto penale in chiave di “*materia penale*”, in quanto

⁸⁸ In particolare, è a proposito della definizione della portata del criterio della “*gravità della sanzione*” che la Corte europea ha avuto modo di esprimersi nel senso indicato nel testo. A noi sembra, in effetti, come stia proprio in una precisazione siffatta la spiegazione del vero significato della locuzione “*materia penale*”, dal momento che è da essa che si coglie appieno la *ratio* di elevata garanzia sottesa alla scelta interpretativa di segno estensivo operata dalla Corte europea.

finalizzata all'assicurazione delle garanzie del "giusto processo" - e infatti ricostruita proprio sulla falsariga della definizione di "accusa penale" di cui a detta ultima disposizione - costituisce un valido referente interpretativo per dare ulteriormente corpo alla nostra ridefinizione del principio di determinatezza penale, fondata sulla qualità redazionale della legge penale ma con riguardo all'impatto pratico che le norme penali incriminatrici o di parte generale sono in grado di provocare. Il significato più immediato della suddetta estensione concettuale propugnata dalla Corte europea e quindi dell'ampliamento della sfera di controllo giurisdizionale sulla legalità penale risiede, in effetti, proprio nell'avvertita necessità di apprestare in favore dei destinatari della legge nazionale una reale garanzia contro qualsivoglia possibile limitazione delle loro libertà che non risulti filtrata dalla *comprensione/comprendibilità*, anticipata o contestuale al giudizio, della prescrizione normativa in questo senso indirizzata. La sfera del controllo giurisdizionale sulla osservanza dell'art. 7 Cedu, per come ridisegnata dalla Corte europea, fornisce obiettivamente una essenziale conferma di quanto precede, se è vero che i giudici di Strasburgo, per il tramite di una simile interpretazione estensiva del concetto di diritto penale, sindacano illeciti, sanzioni, ma anche procedimenti, formalmente non penali, ma nei quali ad entrare in gioco sono, appunto, le garanzie di conoscibilità dei precetti, necessarie a permettere ai cittadini la comprensione delle contestazioni elevate a loro carico. In questo contesto diviene, in buona sostanza, *norma penale* ogni disposizione l'applicazione della quale imponga una effettiva tutela di tipo processuale⁸⁹.

⁸⁹ In tal senso, cfr., ad esempio, Corte eur., 14 novembre 2000, T. c. Austria, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 545 s., dove i giudici europei dichiarano ricevibile un ricorso attribuendo natura di "materia penale" al c.d. *abuse of process*, ma ciò, per l'appunto, al fine di dare applicazione alle disposizioni convenzionali relative al "giusto processo". Un illecito qualificato dall'ordinamento interno come di natura disciplinare viene, pertanto,

In definitiva, allora, la interpretazione convenzionale dell'ambito concettuale e operativo della legalità penale denota senza dubbio la considerazione privilegiata per il *divenire applicativo* del diritto penale sostanziale, con ciò evidenziando come l'obiettivo primario del controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte europea sulle legislazioni nazionali, con riguardo al rispetto del principio di legalità, trascenda le necessità propriamente *statiche di certezza del diritto*, sostanziosi piuttosto nell'avvertita necessità *dinamica* di una effettiva salvaguardia delle garanzie di libertà dei cittadini⁹⁰. Con ciò, evidentemente, avvicinandosi parecchio alla nostra accezione della determinatezza, imperniata com'è sulla necessaria *dimostrabilità giudiziale* delle norme penali, proprio in funzione di una maggiore salvaguardia delle istanze liberalgarantistiche recate dai destinatari della legge penale⁹¹.

2.1.1. (Segue): b) il binomio *accessibilità/prevedibilità della "materia penale" quale garanzia di conoscibilità da parte dei suoi destinatari*

Nondimeno, l'entusiasmo sin qui manifestato è fatalmente destinato a svanire allorché dalla ricostruzione dell'ambito operativo della legalità penale europea si passi alla verifica della simmetrica ricostruzione dell'essenza stessa di detto concetto all'interno del sistema della Cedu.

attratto all'interno del diritto penale per il tramite dell'art. 7 Cedu, ma ciò al prioritario scopo di legittimare l'applicazione dell'art. 6 Cedu. Sottolinea, tuttavia, la forte instabilità delle applicazioni giurisprudenziali in materia, in quanto fondate su criteri troppo elastici, soprattutto se si guarda al canone della *"gravità della sanzione"*, G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.

⁹⁰ Sottolinea la logica *fuzzy* che caratterizza l'approccio della Corte europea alla materia della legalità penale, M. DELMAS-MARTY, *Politica criminale e diritti dell'uomo in Europa*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 205 ss.

⁹¹ Si noti come K. VOLK, *op. ult. cit.*, p. 162, sul presupposto che la indeterminatezza è di impedimento a un corretto esercizio del diritto di difesa, correttamente rilevi che le norme penali indeterminate possono causare una violazione dello stesso art. 6 Cedu, ossia delle regole e dei principi ordinatori del *"giusto processo"*.

D'altronde, quanto ci si appresta a riferire non è che lo scontato *rovescio della medaglia* di quanto si è appena osservato e salutato con favore.

Per spiegarci meglio, deve infatti notarsi come, in ambito convenzionale, domini incontrastata la scena una legalità penale intesa *in senso materiale*. E' per questa ragione che si parlava allora di *rovescio della medaglia*, volendo significare, cioè, l'ovvia circostanza che quello stesso *dinamismo* denotato dalla Corte di Strasburgo in sede di definizione convenzionale del diritto penale, del tutto simmetricamente non poteva non riflettersi, poi, sulla definizione della essenza stessa del principio di legalità, decretandone inevitabilmente un deciso ampliamento.

A questo stesso proposito, deve peraltro osservarsi come la interpretazione dell'art. 7 Cedu sconti anche la necessità di attuare una sorta di *compensazione* della preliminare rinuncia a una garanzia di *riserva di legge* sul terreno della legalità convenzionale. Il sistema della Convenzione europea non contempla, infatti, la *riserva di legge* quale garanzia della legalità penale e quindi quale parametro della legittimità convenzionale delle legislazioni penali nazionali. Ciò, invero, per l'ovvia ragione che queste ultime risultano fondate su meccanismi di produzione formale del diritto innegabilmente tra di loro assai diversi. In particolare, la compresenza all'interno del Consiglio d'Europa di ordinamenti penalistici di *civil law* e di *common law*, i quali ultimi non si fondano su di una riserva di legge *formale e scritta*, così come di sistemi giuridico-penali - come, ad esempio, quello francese - nei quali la riserva di legge assume carattere *relativo*, data la ivi sancita estensione alla potestà regolamentare dell'esecutivo della legittimazione a creare norme penali, giustifica con ogni evidenza la predetta assenza della riserva di legge nel contesto delle garanzie convenzionali proprie del diritto penale. Date, cioè, le profonde diversità che separano le culture giuridico-penali degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa, un controllo giurisdizionale ad opera della Corte dei

differenti meccanismi di creazione del diritto penale esistenti nei vari Paesi di appartenenza dei ricorrenti, oltre a costituire un'arbitraria ingerenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto proprio di ogni Paese membro, prima ancora si sarebbe risolto in un'autentica prevaricazione di ordine culturale.

Nondimeno, la esistenza di una simile, necessitata, limitazione dell'ambito della legalità penale nazionale sindacabile dai giudici europei non è certo d'ostacolo alla effettuazione di uno stringente controllo sulla *materia penale*, anzi – per come già si notava – deve senz'altro ritenersi come sia proprio un simile contenimento a innescare – giustappunto, in una prospettiva di *compensazione* – la necessità di un rafforzamento del sindacato intorno alla *qualità* rivestita dalla legge penale.

Pertanto, la *qualità* della legge penale, o, per meglio dire, della "*materia penale*", diventa il baricentro intorno al quale essenzialmente ruota l'attività giurisdizionale della Corte europea esercitata a presidio dell'art. 7 della Convenzione di Roma, dal momento che tale connotazione della legalità va ad occupare anche lo spazio che avrebbe dovuto essere occupato dal principio della *riserva di legge*.

Qualità della legge che altro non significa se non (necessità di) *precisione, determinatezza e tassatività* della legge (penale)⁹². Da qui la esigenza di indagare a fondo questa legalità penale *in senso materiale* di stampo convenzionale.

Senonché, è proprio giunti a questo punto che inizia a delinearsi una incolmabile distanza tra la nostra idea di legalità penale e quella, invece, invalsa nel sistema convenzionale. Il controllo sulla *qualità della legge* ad

⁹² Secondo E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 57, nonostante l'ampiezza di un controllo di legittimità convenzionale così caratterizzato, nel complesso la legalità penale europea resta una garanzia di livello inferiore rispetto alla legalità penale continentale, proprio in considerazione della sottrazione della riserva di legge dall'area di sindacabilità della Corte di Strasburgo.

opera dei giudici di Strasburgo, infatti, viene effettuato alla luce del requisito della *conoscibilità* della legge medesima. Ora, detta *conoscibilità* viene assicurata da due ulteriori (sotto)condizioni: l'*accessibilità* (della norma) e la *prevedibilità* (intesa nel senso di possibilità per i destinatari della "*materia penale*", appunto, di prevedere in anticipo che realizzando una data condotta infrangeranno la legge penale e andranno quindi incontro a una sentenza di condanna).

In altre parole, solo se *accessibile* e *prevedibile* nelle sue dinamiche operative, la "*materia penale*" potrà dirsi *conoscibile* e allinearsi in tal guisa allo *standard* convenzionale segnato dall'art. 7 Cedu, giacché soltanto in questo caso si potrà concludere nel senso che i suoi destinatari sono stati messi realmente nella condizione di potere discernere il consentito dal vietato⁹³.

Orbene, *prima facie*, sin qui non sembra rintracciabile alcuna sostanziale differenza tra legalità (penale) convenzionale e legalità (penale) nazionale, *sub specie* determinatezza. A riprova di ciò, basterà osservare come, secondo la Corte europea, l'effettivo possesso della predetta nota di *prevedibilità* da parte della legge penale nazionale – *rectius*: della "*materia penale*" – debba essere verificato alla luce di due parametri: la *precisione* (quale direttiva rivolta al *legislatore*) e la *stretta interpretazione* (quale direttiva indirizzata al *giudice*).

Ma le insuperabili differenze di fondo delle quali più sopra si diceva iniziano a palesarsi proprio qui, una volta verificato, cioè, quello che è il

⁹³ Per la individuazione della *conoscibilità* della norma penale – intesa come *accessibilità* e *prevedibilità* – quale connotazione essenziale del principio di legalità penale in sede convenzionale, cfr., tra gli altri, A. CADOPPI, *Il valore del precedente in diritto penale*, Torino, 1999, p. 70; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 206; A. BERNARDI, *sub art. 7*, in Aa.Vv., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 253. Analogamente, di recente, v. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, 2008, p. 305 ss. Sul punto, quanto alla giurisprudenza europea, v., ad esempio, Corte eur., 22 settembre 1994, Hentrich c. Francia, in www.echr.coe.int/hudoc, secondo la quale "*il principio di legalità implica l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili*".

significato che detti parametri, formanti il concetto di *prevedibilità* – che, a sua volta, concorre a integrare quello di *conoscibilità* – assumono sul terreno normativo convenzionale.

E infatti, per come è stato esattamente notato in dottrina⁹⁴, il binomio di matrice convenzionale “*accessibilità/prevedibilità*” ricalca pedissequamente il modello argomentativo adottato dalla Corte costituzionale, più di un ventennio fa, per sancire in via definitiva l’adesione a una *concezione normativa* della colpevolezza⁹⁵. Come si ricorderà, in effetti, l’intero ragionamento compiuto dal Giudice delle leggi in quella occasione era stato finalizzato alla declaratoria di incostituzionalità parziale dell’art. 5 c.p., ma ciò proprio per aprire il varco alla *conoscibilità della legge penale* quale requisito essenziale per fondare un rimprovero di colpevolezza a carico dell’autore della condotta vietata dalla legge penale stessa. Una *conoscibilità*, questa, che – secondo la impostazione datane della Corte costituzionale – per dirsi esistente e per legittimare, quindi, un rimprovero penale, richiede, per l’appunto, un riscontro proprio delle due suesposte precondizioni rinvenibili nella giurisprudenza europea: l’*accessibilità* del testo normativo, quale oggetto di uno specifico dovere redazionale in capo al legislatore, nonché la *prevedibilità* delle possibili conseguenze connesse alla violazione del precetto legale, quale oggetto di un simmetrico dovere di informazione in capo ai cittadini. La eventuale dimostrazione della *non accessibilità* del testo e/o della *non prevedibilità* delle conseguenze dell’agire privato – nonostante il puntuale adempimento da parte del cittadino del suddetto dovere di informazione – rende *non conoscibile* la legge penale e, di conseguenza, *non colpevole* la condotta, pur tipica e antigiuridica, posta in essere dal privato.

⁹⁴ Cfr. G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 17.

⁹⁵ Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit.

Nonostante tale innegabile simmetria con la nostra giurisprudenza costituzionale più progredita, però, uno sguardo alla giurisprudenza europea in tema di determinatezza - *rectius*: in tema di *accessibilità/prevedibilità* - della "*materia penale*" segnala apertamente la esistenza di una differenza di fondo tra i due approcci giurisprudenziali, proprio con riguardo ai contenuti della suddetta *prevedibilità*.

In effetti, guardando in particolare alla garanzia di *precisione*, si nota immediatamente come il requisito della *prevedibilità* della "*materia penale*" sia ritenuto soddisfatto dai giudici europei allorché la *precisione* della norma sia "*ragionevole*". Ma, per la giurisprudenza europea, detta garanzia di "*ragionevole precisione*" dovrà stimarsi guardando non soltanto al dato legislativo, ma anche e soprattutto a quello *giurisprudenziale*, nonché - addirittura - allo stesso *contesto* sociale di riferimento nel quale la norma vive ed opera⁹⁶. Ancorché tecnicamente costruita come una direttiva indirizzata al legislatore, la *precisione* di stampo convenzionale figura, pertanto, come una garanzia della "*materia penale*" in grado di essere soddisfatta anche da un testo legislativo redatto in maniera "*imprecisa*". Ciò che si verificherà tutte le volte in cui si registri l'esistenza di una interpretazione giurisprudenziale di quella disposizione "*imprecisa*" *sufficientemente* - *id est*: "*ragionevolmente*" - univoca. Sicché, secondo gli standard giurisprudenziali europei, sarà da reputare *precisa* e dunque *prevedibile* - nonché, in ultima analisi, *conoscibile* e conforme all'art. 7 Cedu - quella disposizione penale il significato della quale, anche se non può trarsi dal testo, è reso tuttavia, per l'appunto, *conoscibile*

⁹⁶ Per una ricostruzione dell'elemento normativo extra-giuridico "*nazional-socialismo*" alla luce dell'ambito culturale e sociale di riferimento, in quanto il solo capace di evidenziare le note distintive di esso rispetto ad altri tipi di nazionalismo, cfr. Commissione eur., 12 ottobre 1999, Hass c. Austria, in www.echr.coe.int/hudoc.

ai suoi destinatari da una interpretazione giurisprudenziale *sufficientemente – rectius: solo “ragionevolmente” – consolidata*⁹⁷.

Sicché, gli orientamenti della Corte di Strasburgo in materia di determinatezza penale finiscono per conformarsi, più che altro, a quelli seguiti dalla nostra Corte costituzionale in sede di verifica della osservanza dell’art. 25 cpv, giacché – come si ricorderà⁹⁸ – l’argomento del “*diritto vivente*” ha costituito, per lunghissimo tempo, ma costituisce, più o meno esplicitamente, anche tuttora il canone maggiormente invalso utilizzato per decidere in merito alla eventuale violazione delle garanzie contenutistiche della legge penale. Tanto è vero che, esattamente come avviene da noi in relazione all’art. 25 Cost., la gran parte delle questioni sollevate dinanzi ai giudici di Strasburgo per l’asserita violazione dell’art. 7 Cedu, finiscono per essere rigettate⁹⁹, ovvero – in linea con quanto più

⁹⁷ Cfr., per tutte, Corte eur., 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, p. 110, dove si legge che la nozione di diritto penale impiegata dall’art. 7 Cedu “*ingloba il diritto scritto e non scritto ed implica condizioni qualitative, quali, tra le altre, quelle di accessibilità e di prevedibilità*”. Infatti, secondo Corte eur., 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia, cit., la *conoscibilità* del diritto penale può dirsi assicurata solo allorché “*colui che è sottoposto alla giustizia è in grado di conoscere, a cominciare dalla pertinente disposizione e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione da parte dei giudici, quali azioni od omissioni possano comportare la sua responsabilità penale*”. Per qualche utile esemplificazione al riguardo, cfr., ad esempio, Corte eur., 24 maggio 1988, Muller e altri c. Svizzera (in *Riv. dir. internaz.*, 1989, p. 78) e Corte eur., 25 novembre 1996, Wingrove c. Regno Unito (in *Leg. pen.*, 1997, p. 675), le quali concludono nel senso della conformità all’art. 7 Cedu, rispettivamente, del concetto di “*oscenità*” e di “*blasfemia*”, in entrambi i casi sottolineando la sufficienza di una descrizione legale di tipo generale e quindi facendo leva proprio sulla decisività della interpretazione giurisprudenziale ai fini del raggiungimento di una *ragionevole precisione* da parte delle relative norme incriminatrici. Si noti, peraltro, come la Corte europea abbia dimostrato di volere mantenere, in ogni caso, un atteggiamento sempre molto prudente in sede di valutazione delle doglianze fondate sull’asserita violazione dell’art. 7 Cedu, ove solo si osservi come essa abbia escluso una simile violazione anche allorché la norma incriminatrice sospetta, oltre ad essere formulata in termini vaghi e imprecisi, nemmeno vantava una giurisprudenza realmente consolidata. In tal senso si veda, ad esempio, Corte eur., 25 novembre 1997, Grigoriades c. Grecia, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1998, p. 324.

⁹⁸ V. *retro*: 1.4.

⁹⁹ Per questi rilievi v., ad esempio, E. NICOSIA, *op. cit.*, p. 63 s. Con l’effetto finale, quindi, che solo fattispecie penali recanti una *macroscopica* violazione della garanzia di determinatezza, contraddistinte cioè non tanto e non solo da una tecnica redazionale

sopra si osservava a proposito dello stretto collegamento funzionale tra *legalità penale e giusto processo* – al più *dirottate*, per l'appunto, nel *contiguo* ambito di vigenza dell'art. 6 Cedu.

Deve tuttavia ammettersi che il ricorso a un siffatto modello “*integrato*” di *precisione* – ossia risultante dalla combinazione tra redazione legale e interpretazione giurisprudenziale della norma sottoposta al sindacato della Corte europea – se in ambito convenzionale sembra in qualche misura giustificarsi, lo stesso non può certamente dirsi per il controllo di legittimità costituzionale. Quanto al sistema convenzionale si allude, in particolare, alla sussistenza di ragioni di *politica del diritto*, in particolare segnalate dalla già rilevata mancanza della *riserva di legge* dall'orizzonte della legalità di cui all'art. 7 Cedu. Si vuole dire, cioè, che, non potendo la Corte europea sindacare il meccanismo di produzione della normazione penale degli Stati membri, allorquando essa viene chiamata a verificarne la *qualità*, essa è, in un certo senso, indotta a tenere maggiormente conto anche del livello applicativo di essa. Ma ciò allo scopo, evidentemente, di irrobustire lo *standard* di tutela dei destinatari della legge penale.

Quanto immediatamente precede trova, del resto, conferma guardando all'ulteriore prisma attraverso il quale i giudici europei ordinariamente verificano la sussistenza del requisito della *prevedibilità*: quello della *stretta interpretazione*. E' vero, cioè, che la *precisione* di una norma viene stimata “*ragionevole*” anche tenendo conto della sua interpretazione giurisprudenziale, ma è vero anche, però, che la Corte di Strasburgo, prima di concludere nel senso della *prevedibilità* e quindi della conformità all'art. 7 Cedu della norma impugnata, si propone di verificare, comunque, se (anche) detta interpretazione risulti o meno “*ragionevole*”.

imprecisa e indeterminata, quanto soprattutto da una totale incertezza giurisprudenziale intorno al loro ambito applicativo concreto, finiscono per porsi in contrasto con l'art. 7 Cedu. Per una simile casistica, cfr., tra le altre, Corte eur., 25 novembre 1999, Hashman e Harrup c. Regno Unito, in *Leg. pen.*, 2000, p. 148.

Là dove potrà dirsi tale soltanto quella interpretazione rispettosa del *divieto di analogia*¹⁰⁰ e dell'*obbligo di coerenza* rispetto alla disposizione interpretata¹⁰¹. Per queste ragioni, è lecito ritenere che il canone della *stretta interpretazione* ("ragionevole") reca con sé, in un certo senso, una funzione di *compensazione* dei varchi inevitabilmente aperti dall'adozione del concorrente canone della *precisione* ("ragionevole").

Ad ogni buon conto, le riflessioni sin qui compiute sembrano obiettivamente convalidare l'opinione di chi – mutuando una icastica terminologia già adoperata da autorevole dottrina ad altri fini – osserva come, in ambito convenzionale, possa limitatamente parlarsi di una legalità "*raggiunta*", non già invece di una legalità "*offerta*"¹⁰². Il che vanifica, sostanzialmente, la possibilità di una proficua interazione tra il sistema penale-convenzionale e quello penale-costituzionale italiano in sede di ricostruzione del principio di determinatezza della legge penale e quindi in funzione di ausilio per una futura scienza della legislazione penale in linea con detta ultima garanzia costituzionale.

¹⁰⁰ Ad esempio, dalla Corte europea è stata censurata, proprio per la ritenuta violazione del canone della *ragionevole prevedibilità* della *stretta interpretazione*, una certa giurisprudenza "*creativa*", volta ad estendere le qualifiche soggettive stabilite per il delitto di corruzione passiva nell'ambito del diritto penale rumeno: in tal senso, si veda Corte eur., 24 maggio 2007, Dragotoni et Militaru-Pidhorni c. Romania, in www.echr.coe.int/hudoc.

¹⁰¹ Più precisamente, secondo la Corte europea, una interpretazione potrà dirsi "*ragionevole*" e quindi soddisfare la garanzia prescritta dall'art. 7 Cedu solo se non si traduce in un'applicazione analogica *in malam partem* e solo se, al tempo stesso, fornisce alla norma un significato "*coerente*" con la sostanza del reato e "*ragionevolmente prevedibile*": in tal senso, v., per tutte, Corte eur., 22 novembre 1995, C.R. c. Regno Unito, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1996, p. 184.

¹⁰² Cfr. A. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 375 s., la quale mutua da T. PADOVANI, *Il confine incerto, Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1304, la surriferita nomenclatura, allo scopo di segnalare il profondo iato che separa l'autentica legalità penale, per l'appunto quella "*offerta*", intesa nel senso classico di capacità della norma incriminatrice di individuare con precisione e determinatezza l'area del divieto, da una legalità viceversa soltanto "*raggiunta*", appunto quale è quella convenzionale, perché coincidente con il risultato definitorio dell'applicazione della norma penale ad opera della giurisprudenza, assegnando così a quest'ultima il ruolo di fonte produttrice primaria del diritto penale.

Per concludere, d'altronde, è appena il caso di notare come la legalità penale sia da annoverare tra quei principi di derivazione illuministica che storicamente rivelano maggiori difficoltà di adattamento a ricostruzioni maturate nel contesto di un sistema normativo che, come quello convenzionale, si regge essenzialmente su obiettivi di tutela dei diritti umani. La storia insegna, infatti, che quando i diritti dell'uomo incontrano la legge (penale), quest'ultima è costretta di fatto ad arretrare proprio per dare spazio agli elevati *ideali* di *giustizia* (sostanziale) incarnati da quelli.

2.2. *Il principio di chiarezza quale autentica garanzia di struttura delle norme penali nel sistema della Corte penale internazionale*

La sin qui attestata dimensione eminentemente *pragmatica* e *dinamica* del principio di determinatezza della legge penale – *rectius*: della “*materia penale*” – nel contesto del diritto di matrice convenzionale e quindi la susseguente scarsa utilità che, sul terreno interpretativo, se ne può trarre in funzione dell'agognato irrobustimento della fisionomia di tale principio sul versante del diritto penale interno, non autorizzano ancora l'interprete a concludere che, pertanto, il diritto penale internazionale sarebbe in assoluto privo di indicazioni normative pregnanti *in subiecta materia*.

Infatti, una conclusione come quella che precede risulta immediatamente sconfessata dalla disamina di un documento internazionale di straordinaria importanza, ossia lo *Statuto istitutivo della Corte penale internazionale*¹⁰³. In particolare, la nostra attenzione deve concentrarsi sul

¹⁰³ Lo Statuto che istituisce la Corte Penale Internazionale permanente è stato adottato con il Trattato di Roma del 18 luglio 1998 all'indomani della chiusura della Conferenza Diplomatica dell'ONU. Tra gli sterminati contributi dottrinali dedicati all'argomento, ci si limita qui a ricordare: A. CASSESE-P. GAETA-J.R. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2002; M. CATENACCI, “*Legalità*” e

comma 2 dell'art. 22 di tale Statuto e, più precisamente, sulla espressa previsione al suo interno del *principio di chiarezza*. Detta ultima disposizione così testualmente recita: “*La descrizione dei crimini è di interpretazione tassativa e non può essere estesa per analogia. Se ambigua, è interpretata nel senso più favorevole alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato o al condannato*”¹⁰⁴.

Senonché, ad una prima lettura della disposizione appena citata, l'impressione che immediatamente si trae è quella di un suo limitato riferimento al *versante applicativo* delle norme internazionali statutarie. Sembrerebbe, cioè, guardando alla sua stessa formulazione sintattica, che la disposizione in parola si limiti a stabilire dei vincoli interpretativi, rivolgendosi pertanto al giudice e non già al legislatore quanto all'opera di redazione delle fattispecie incriminatrici.

Se le cose stessero così, allora, seguendo il disposto normativo in esame, la *tipicità* del crimine dovrebbe ritenersi assicurata allorché i giudici interpretino le disposizioni dello Statuto di Roma secondo il canone della *tassatività* (*id est*: della *stretta interpretazione*), del *divieto di analogia* e della *chiarezza*, in questo contesto peraltro espressamente riconnessa al *dovere di interpretazione favorevole al reo*. Un collegamento, quest'ultimo, che

“*tipicità del reato*” nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano, 2003; E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, Torino, 2007; G. VASSALLI, *Statuto di Roma. Note sull'istituzione di una Corte penale internazionale*, in *Riv. di studi pol. internaz.*, 1999, p. 9 ss.

¹⁰⁴ Su tale disposizione, cfr., in particolare, M. MASUCCI, *Definizione del crimine e principio di chiarezza nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale internazionale*, cit., p. 3 ss. Sulla dimensione della legalità nell'ambito della Corte penale internazionale, cfr., tra gli altri, V. CAIANIELLO-E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 307 ss.; A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, in Aa.Vv., *La corte penale internazionale. Organi – competenza – reati – processo*, Milano, 2006, p. 217 ss.; S. MOCCIA, *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale: i profili della legalità*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 487 ss.; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, p. 283 ss.; E. MEZZETTI, *L'internazionalizzazione della legge penale*, in M. Ronco (a cura di), *La legge penale*, cit., p. 128 ss.

convaliderebbe, in definitiva, la suesposta limitabilità della efficacia dei menzionati corollari al versante dell'applicazione della legge penale¹⁰⁵.

Nondimeno, siamo dell'opinione che le cose non stanno così. Al riguardo, del resto, ci sembra sufficiente muovere dal fondamentale rilievo che, per come formulata, questa disposizione dello Statuto di Roma costituisce un autentico *novum* nel complessivo panorama internazionale in materia, attesa la mancanza, in seno a tutti i documenti internazionali del medesimo tenore che l'hanno preceduto, di una espresa consacrazione della legalità penale esattamente nei puntuali e stringenti termini con cui essa viene intesa nella tradizione penalistica continentale. Una costante di tutte le Carte internazionali volte a istituire organi giurisdizionali *ad hoc* per la repressione di crimini contro l'umanità, infatti, è stata sempre quella dell'impiego di una nozione di legalità (penale) *aperta*, ossia di una legalità (penale) *debole*, di fatto consegnata all'opera creativa della giurisprudenza incaricata della repressione dei suddetti crimini di rilievo internazionale. Da questo punto di vista, pertanto, è possibile affermare che lo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale rappresenta la prima fonte scritta di diritto penale internazionale che codifica *expressis*

¹⁰⁵ Per un forte ridimensionamento della portata innovativa dell'art. 22 dello Statuto di Roma, nel senso che questa disposizione si limiterebbe a riproporre la ben nota accezione *materiale e dinamica* (*rectius*: "debole") della legalità penale ampiamente invalsa nel diritto penale internazionale e compendiata dalla formula "*nullum crimen sine iure*" (piuttosto che "*sine lege*"), cfr. R. BORSARI, *op. cit.*, p. 288 ss. Per un analogo ordine di idee, cfr. S. MOCCIA, *Lo Statuto*, cit. p. 493 ss., secondo il quale l'art. 22, comma 2 dello Statuto di Roma non contemplerebbe al suo interno il principio di determinatezza-tassatività, di talché la stessa previsione del divieto di analogia, in quanto non filtrata dalla necessaria determinatezza della legge penale, si ridurrebbe a una "*formula vuota*". Si noti come l'Autore concluda le proprie riflessioni, incentrate sui vari aspetti di tensione con il principio di legalità/determinatezza recati dalle norme dello Statuto di Roma, affermando recisamente che "*per poter aspirare ad una reale giustizia penale internazionale, bisognerà emendare profondamente lo Statuto, se non scriverne uno nuovo*" (in *op. ult. cit.*, p. 513).

verbis i corollari tradizionalmente assegnati alla legalità penale dalle tradizioni costituzionali ispirate da una cultura penalistica liberale¹⁰⁶.

Già una simile constatazione sembra, dunque, aprire il varco a riflessioni più originali rispetto a quelle che, prima del 1998, obiettivamente potevano farsi con riguardo al livello di coerenza della legalità penale in ambito internazionale, dal momento che già la stessa novità costituita dalla inclusione nominale dei più tradizionali corollari di essa all'interno di una specifica disposizione di legge, emblematicamente intitolata "Nullum crimen sine lege", rappresenta in sé una indicazione ermeneutica di formidabile rilievo.

Tanto premesso, deve altresì riconoscersi come il citato capoverso dell'art. 22 dello Statuto di Roma codifichi una serie di garanzie che concernono anche la *posizione* delle norme incriminatrici di fonte statutaria.

Più in particolare, siamo dell'opinione che una interpretazione *logica* e *sistematica* della norma *de qua* è in grado di disvelare come la *chiarezza* assurga al rango di autentico *limite logico* della norma penale incriminatrice¹⁰⁷. E', infatti, proprio il suo aggancio al già rammentato dovere giudiziario di *interpretazione favorevole al reo* che ne determina la elevazione al rango di principio rivolto, innanzitutto, al legislatore, dal momento che tutti e tre i corollari della legalità penale più sopra ricordati - la *tassatività*, il *divieto di analogia* e, appunto, la stessa *chiarezza* - ancorché espressamente riferiti al solo terreno della interpretazione, risultano significativamente correlati alla "*descrizione del crimine*". Un

¹⁰⁶ Per simili considerazioni cfr. già M. MASUCCI, *op. ult. cit.*, p. 4 ss., al quale si rinvia anche per gli ampi riferimenti normativi e bibliografici relativi alle suddette esperienze giurisdizionali speciali antecedenti alla firma del Trattato di Roma.

¹⁰⁷ Sul *principio di chiarezza*, inteso come garanzia a che le norme incriminatrici trovino applicazione nei soli casi da esse previsti con certezza, quindi come garanzia di inapplicabilità della legge penale nei casi dubbi, cfr. A. FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1007 ss.; ID., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 778. Nella letteratura straniera, cfr., in particolare, H.-H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 135.

collegamento, questo, che assume senza dubbio una fondamentale valenza soprattutto per quanto concerne la prescrizione della *garanzia di chiarezza*, dal momento che esso serve a indicare che il *dovere di interpretazione favorevole al reo* - che la norma in esame pone, a sua volta, in correlazione con la *chiarezza* - e quindi, in buona sostanza, il dovere di assoluzione dell'imputato in caso di *ambiguità* per la riscontrata *atipicità* del fatto di reato contestatogli, non può sostanzarsi, *sic et simpliciter*, in un mero canone interpretativo ispirato al *favor rei*, ossia nell'obbligo per il giudice, in presenza di plurime interpretazioni della norma oggetto del giudizio, di scegliere quella *più favorevole* al reo e quindi di assolverlo. Un simile aggancio, infatti, ci appare dimostrativo piuttosto della circostanza che quest'ultima - *id est*: la (necessaria) *interpretazione favorevole* - costituisca *la sola interpretazione* della norma che è possibile effettuare in caso di *dubbio* (*ambiguity*).

In altri termini, la sancita connessione dell'obbligo di *interpretazione favorevole* con la garanzia della *chiarezza*, dal momento che quest'ultima risulta, a sua volta, ricollegata dall'art. 22 alla *tipicità* del crimine - ossia alla sua *descrizione astratta* - sembra necessariamente significare che la rilevazione in sede di applicazione della norma penale di un'ambiguità non è che la conferma, *a posteriori* - una volta concluso, cioè, il procedimento interpretativo di sussunzione del fatto storico all'interno della fattispecie legale astratta - della *non chiarezza, a priori*, di quest'ultima, ossia della *non chiarezza* della norma penale incriminatrice. In una parola sola, seguendo la nostra nomenclatura di tipo sintetico, la conferma *ex post* della *non determinatezza* della norma penale medesima.

Ecco, dunque, perché più sopra si diceva della *interpretazione favorevole al reo* quale *unica soluzione* praticabile dal giudice in caso di *ambiguità* e non già semplicemente quale soluzione interpretativa, tra tutte quelle di fatto

ancora possibili, *più favorevole* al reo¹⁰⁸. Parimenti, ecco spiegato perché prima si diceva pure che la *chiarezza* assurge a vero e proprio *limite logico della interpretazione*¹⁰⁹, in tal guisa transitando dal terreno dell'applicazione a quello della *struttura* stessa della norma penale, atteggiandosi a tutti gli effetti alla stregua di un *principio di livello legislativo* e non già limitatamente interpretativo¹¹⁰.

In definitiva, se quanto precede è vero, è possibile concludere nel senso che, per il tramite del comma 2 dell'art. 22 dello Statuto della Corte penale internazionale, il *principio di chiarezza* - quindi il *principio di determinatezza* - permea il diritto penale internazionale della medesima *ratio* garantistica tipica degli ordinamenti penali, *costituzionalmente orientati*, di tradizione liberale, risultando deputato a delimitare i confini istituzionali tra potere legislativo e potere giudiziario in materia penale, nonché ad assicurare ai destinatari di essa il discernimento del lecito dal penalmente rilevante.

¹⁰⁸ Sul punto, si noti come, secondo M. CATENACCI, "Legalità" e "tipicità del reato", cit., p. 194 ss., risiederebbe proprio nella previsione di tale *obbligo di interpretazione favorevole* la conferma della previsione del *principio di chiarezza* alla stregua di una *garanzia di struttura* delle norme penali, dal momento che una simile statuizione risulta agganciata, altresì, alla "*descrizione del reato*", cui risulta ricondotta, a sua volta, l'ambiguità quale presupposto stesso di detto obbligo interpretativo *in bonam partem*. Alla stregua di quanto precede, dunque, l'Autore conclude nel senso che "*non chiarezza*" equivarrà ad "*assoluta mancanza di chiarezza*".

¹⁰⁹ Ancora più persuasivamente, M. MASUCCI, *op. ult. cit.*, p. 7 s., osserva che una norma non chiara è una norma "*del tutto priva della capacità di produrre un qualsiasi effetto collegato alla qualifica criminale del fatto*".

¹¹⁰ Per questi preziosi passaggi argomentativi con riferimento al *principio di chiarezza* - che dovrà intendersi, pertanto, come una sorta di "*conseguenza logica della determinatezza*" - sviluppati in epoca di molto anteriore rispetto alla sua codificazione espressa, cfr. A. FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto*, cit., p. 1007 ss. Ancora più esplicitamente in tal senso, si veda, poi, M. MASUCCI, *op. ult. cit.*, p. 10 ss., a detta del quale, tra l'altro, un simile sviluppo logico-normativo del *principio di chiarezza* troverebbe conferma anche negli artt. 12 e 14 delle preleggi.

CAPITOLO TERZO

Il diritto penale tra legalità e interpretazione

Sommario: 3.1. *Impostazione e giustificazione dell'indagine.* – 3.2. *L'impovertimento legislativo del diritto penale: il caso paradigmatico dei reati di pericolo astratto (o presunto).* – 3.3. *Determinatezza della norma penale e giurisprudenza creativa: una breve premessa.* – 3.3.1. (Segue): a) *la trasfigurazione strutturale dei criteri di imputazione psicologica del reato* – 3.3.2. (Segue): b) *principio di precauzione e ricadute sulla tipicità oggettiva e soggettiva del reato.* – 3.3.3. (Segue): c) *il delitto di corruzione propria tra astrazione del bene giuridico tutelato e svuotamento del dolo specifico.* – 3.4. *Il ruolo della dottrina di fronte alla erosione legislativa e giurisprudenziale del principio di determinatezza, tra mediazioni ragionevoli e ortodossie ideologiche.* – 3.5. *La replica del legislatore al fenomeno della supplenza giudiziaria: verso una determinatezza "di classe".*

3.1. *Impostazione e giustificazione dell'indagine*

Dopo avere provato a delineare la complessiva cornice costituzionale e internazionale all'interno della quale il principio di determinatezza della legge penale può e deve essere inquadrato, il passaggio successivo consiste, evidentemente, nel verificare se e in che misura la normazione penale vigente riesca realmente ad armonizzarsi con una simile cornice.

Già in un'altra parte del presente lavoro, peraltro, abbiamo avuto modo di segnalare – ancorché, in quella fase, in maniera ancora inevitabilmente sommaria – come siano, in realtà, parecchie e anche qualitativamente di un certo rilievo le frizioni con il predetto principio costituzionale che l'attualità legislativa penalistica evidenzia¹¹¹.

¹¹¹ V. *retro*: 1.1.

Orbene, questo capitolo servirà proprio ad illustrare le principali manifestazioni normative di tale problematica, come si è detto di rilevanza costituzionale e - benché in misura inferiore - anche internazionale. In questa prospettiva, l'analisi sarà condotta, in particolare, guardando al complessivo fenomeno di *erosione* della garanzia costituzionale di determinatezza che discende dal duplice operare, per un verso, di un legislatore penale sempre più *compulsivo e simbolico*, in quanto incline più che altro ad assecondare, senza alcuna oculata mediazione, le frammentarie, emotive e peraltro anche pressanti istanze di punizione - spesso di tipo "esemplare" - che promanano dalla collettività (quindi che provengono dall'elettorato, effettivo o comunque potenziale, della maggioranza di governo), e, per altro verso, di una giurisprudenza penale troppo spesso *autoreferenziale* la quale ora indulge verso interpretazioni e applicazioni di segno *creativo*, anche in costanza di una tendenziale determinatezza legale della norma penale "manipolata", il più delle volte dietro l'alibi di un'altrimenti negata o troppo ridotta tutela delle vittime del reato (quindi secondo un modello di *offensività*, per così dire, *unilateralmente orientato in chiave di prevenzione generale negativa*), ora si limita, comunque, a *proseguire*, sul terreno applicativo, l'appena riferito progetto di svuotamento contenutistico e valoriale del diritto penale già intrapreso dal legislatore, omettendo di fornire interpretazioni in qualche misura compensative di tali *deficit*, se non addirittura rendendosi essa stessa protagonista di un accrescimento del già ottenuto impoverimento della norma penale.

Una simile verifica "a tutto campo" ci permetterà di verificare, invero, l'importanza del processo penale, quale momento di *emersione reale* del problema della (in)determinatezza della legge penale, in guisa da (provare ad) allineare l'indagine che segue ai contenuti precedenti del nostro lavoro, nonché soprattutto in guisa da (provare a) fornire una seria

giustificazione logico-giuridica alla sin qui teorizzata ricostruzione di tale garanzia “sostanziale” della legalità penale quale principio (costituzionale) “a doppia pelle”, così come più sopra già si diceva¹¹².

A ben vedere, infatti, restiamo del parere che soltanto una determinatezza che tragga indicazioni, in chiave logica e critica, anche e soprattutto dai problemi di ordine probatorio sollevati dall’applicazione di una norma incriminatrice e prima ancora di un istituto di parte generale, potrà aspirare a dotarsi finalmente di quegli elevati contenuti di garanzia che le sono costituzionalmente riconosciuti.

3.2. *L'impovertimento legislativo del diritto penale: a) il caso paradigmatico dei reati di pericolo astratto (o presunto)*

Tra le tecniche penalistiche di protezione dei beni giuridici alle quali il legislatore penale può ricorrere, certamente lo schema del *pericolo astratto* (o *presunto*) è una di quelle che pone maggiori problemi di compatibilità con il principio di determinatezza¹¹³. L’illecito di *pericolo astratto* costituisce, in effetti, uno dei paradigmi penalistici in sé più espressivi –

¹¹² Sul punto, v. ampiamente *retro*: 1.6. e ss.

¹¹³ Sulla complesso tematica dei reati di pericolo, cfr., in linea generale, S. CANESTRARI, voce *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss. In passato, per una valorizzazione della categoria dei reati di pericolo astratto, cfr. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista*, vol. I, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 184 ss. e D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 170 e s., secondo il quale “il pericolo astratto non è una situazione neutra rispetto ai possibili oggetti di tutela, e (...) quindi può essere presa in considerazione in una prospettiva di tutela ancorata ai beni giuridici”. In passato, per una delegittimazione integrale dei reati di pericolo astratto, cfr., da differenti angoli visuali, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 81 ss., e M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 7 ss. Sul punto, deve tuttavia notarsi come, differentemente dal passato, la più recente dogmatica del pericolo si caratterizzi per un approccio “equilibrato” al tema del pericolo astratto, ossia né difensivo, né demolitorio, optandosi per una valutazione analitica di ogni singola norma caratterizzata da un’anticipazione della tutela penale secondo lo schema in esame: così, per tutti, G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 454 ss. In ogni caso, anche nella dottrina più recente, è particolarmente diffuso ancora un atteggiamento fortemente critico nei confronti di questa categoria: cfr., ad esempio, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale*, Milano, 1983, p. 172 ss.

per non dire quello emblematico in tale direzione - del poc'anzi accennato fenomeno di *impoverimento legislativo* del diritto penale¹¹⁴.

Invero, già da queste primarie riflessioni è possibile cogliere il sin qui ampiamente prefigurato nesso di condizionamento *di tipo circolare* tra le diverse garanzie costituzionali dettate per il reato. Un nesso, qui in particolar modo riferibile alla determinatezza e alla offensività¹¹⁵. E' innegabile infatti - ed è in questa direzione che ordinariamente si appuntano tutte le censure dottrinali sollevate nei confronti della classe dei reati di pericolo astratto - come tale tipologia criminosa si ponga direttamente in contraddizione con il *principio di offensività*, non già con quello di *determinatezza*. Altrettanto evidentemente, tuttavia, deve ammettersi come la garanzia costituzionale di necessaria offensività del reato sia, in questo contesto, messa a repentaglio, prima ancora e innanzitutto, dal previo *prosciugamento* della tipicità formale del reato medesimo, quindi dal previo decremento del tasso di determinatezza della relativa norma incriminatrice.

Già da queste prime battute si evince, perciò, la precipua utilità interpretativa di una operazione, come quella sin qui compiuta, diretta a connettere l'intero tessuto costituzionale dei principi stabiliti per la materia penale. Del resto, da qui a poco si avrà modo, altresì, di apprezzare la proficuità di una siffatta interazione se opportunamente estesa anche ai principi costituzionali dettati per il processo penale¹¹⁶.

Ma procediamo con ordine. Lo schema del *pericolo astratto* (o *presunto*) - per come poco fa già si accennava - rappresenta la manifestazione redazionale probabilmente più eclatante di *impoverimento strutturale* di

¹¹⁴ Di recente, per un'ampia analisi dei reati di pericolo astratto o presunto, quale categoria di illeciti impiegata dal legislatore per impedire un effettivo accertamento in giudizio della responsabilità penale, cfr. V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie*, cit., p. 23 ss.

¹¹⁵ Sul punto v. *retro*: 1.3.

¹¹⁶ In proposito, v. già *retro*: 1.6.3.

una fattispecie penale. Tale tipo di illecito penale, infatti, risulta costruito su di un mero *disvalore di condotta*, nel senso che il legislatore rinuncia, in questi casi, alla codificazione di un qualsivoglia *disvalore di evento*, facendo leva così su di una *presunzione di offesa* del bene giuridico protetto. Il reato si perfeziona, cioè, con la semplice realizzazione della condotta vietata dalla norma, sul presupposto, legalmente accettato, che ciò basterebbe a cagionare l'offesa, dal momento che massime di esperienza e/o leggi statistiche dimostrano come quella data condotta è causativa, secondo *l'id quod plerumque accidit*, di un determinato *evento* (che, pertanto, nel contesto di norme incriminatrici così congegnate, assumerà le vesti di un *evento in senso giuridico* e non naturalistico)¹¹⁷.

Senonché, un simile modello criminoso, da strumento *eccezionalmente* ammesso nell'ambito di un *diritto penale del fatto*, ha assunto ormai i crismi di uno schema penalistico *pressoché ordinario*, soprattutto ove se ne osservi la endemica diffusione in stretta correlazione con la crescente affermazione di un *diritto penale della modernità*, se non della *post-modernità*. E' infatti soprattutto la legislazione penale complementare a vantare il proliferare al suo interno di illeciti penali costruiti secondo le note tipiche dei reati di pericolo astratto (o presunto). Ossia proprio quel settore destinato a recepire quel diritto penale *specialistico* e *assai più flessibile* di quello tradizionale, connotato da *istanze preventive* spesso soverchianti le stesse necessità repressive tipiche dell'intervento penale¹¹⁸. Tanto premesso, si tratta dunque di verificare - per come già si accennava all'inizio - la effettiva proficuità di una *rilettura costituzionalmente orientata* di tale problematica categoria del diritto penale attraverso il prisma della

¹¹⁷ Sul concetto penalistico di *evento*, nel quadro di una dottrina tradizionalmente divisa tra una concezione *naturalistica* e una concezione *giuridica*, cfr., per tutti, D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 118 ss. e N. MAZZACUVA, voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 445 ss.

¹¹⁸ Si pensi al diritto penale dell'ambiente, al diritto penale del lavoro, alla tutela penale degli alimenti, ecc.

determinatezza, prima ancora e oltre che alla luce del principio di offensività¹¹⁹. Peraltro, di una determinatezza che, a questo punto del nostro lavoro, si giova ormai appieno della postulata *interazione necessaria* tra i canoni costituzionali che regolano il reato e quelli che informano direttamente il processo penale.

Orbene, uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale in tema di necessaria offensività è tale da rivelare come la operatività di questo principio venga ormai riconosciuta su di un *doppio livello*: legislativo e interpretativo. Ciò nel senso che il principio di offensività dovrà intendersi alla stregua di una direttiva costituzionale vincolante tanto il legislatore in sede di redazione delle fattispecie penali (obbligandolo segnatamente alla costruzione di una *tipicità offensiva*), quanto il giudice in sede di applicazione delle fattispecie medesime (obbligandolo in particolare a un adattamento in via ermeneutica delle fattispecie meno, o per nulla, inclini a esprimere una *tipicità offensiva*, in conformità con tale canone costituzionale, autorizzandolo in buona sostanza a varcare i confini della *tipicità formale*)¹²⁰.

Tuttavia, affatto analogamente a quanto si è in precedenza già notato a proposito del principio di determinatezza, anche stavolta è il piano legislativo di cogenza di un principio costituzionale a faticare ad esprimersi, ove solo si osservi come, di fatto, le questioni di legittimità

¹¹⁹ Sulla rilevanza costituzionale del principio di offensività, cfr. F. BRICOLA, *Teoria*, cit., p. 16 ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, cit., 793 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 37 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 278 ss. Per l'opinione contraria, cfr. G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, 1982, p. 659 ss., nonché dello stesso AUTORE, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 699 ss.; G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, 1984, p. 1700 ss.; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., p. 659 ss. Per un "ridimensionamento" del principio di offensività, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 28. In argomento, cfr., infine, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, *passim*.

¹²⁰ Per questa giurisprudenza costituzionale, v., ampiamente, *retro*: 1.3.

costituzionale imperniata sull'asserita violazione del principio di offensività vengano sistematicamente trasferite e risolte attraverso il prisma della *ragionevolezza* di cui all'art. 3 Cost. Così facendo, in altre parole, una norma incriminatrice potrebbe essere dichiarata incostituzionale per violazione del principio di offensività solo se viziata da una *manifesta irragionevolezza* o *arbitrarietà*.¹²¹ Ne discende il mantenimento in capo al legislatore penale ordinario di una discrezionalità oltremodo ampia in sede di costruzione dei tipi legali secondo il modello del *reato come offesa a un bene giuridico*.

Ma allora, se è davvero questo il livello di prescrittività espresso dal principio di offensività nei riguardi del legislatore, la legittimazione anche dell'illecito di pericolo astratto non potrà che costituirne una logica conseguenza. Nella esperienza giurisprudenziale della Corte costituzionale, dunque, la offensività degrada al rango di principio meramente *informatore* ovvero, comunque, al rango di un principio, per sua natura, destinato ordinariamente a rifluire all'interno di giudizi di bilanciamento con altri contrapposti valori costituzionali – segnatamente con esigenze di difesa sociale e quindi con i generali obiettivi generalpreventivi del diritto penale – sovente anche particolarmente complessi, in ogni caso tali, alla fine dei conti, da affievolirne di gran lunga la portata prescrittiva sul terreno della legislazione penale ordinaria.

Se quanto precede è vero, non può tacersi, allora, come ogni tentativo di rivisitazione in chiave critica – e quindi di contenimento – della categoria dei reati di pericolo astratto compiuto in dottrina, per quanto assolutamente pregevole e dogmaticamente corretto, se mantenuto nell'alveo prescrittivo del principio costituzionale di offensività, debba fare comunque i conti con un approccio giurisprudenziale della Corte

¹²¹ In questo senso, si veda, per tutte, Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, cit.

costituzionale evidentemente molto “edulcorato”, con l’effetto di mancare in definitiva quei legittimi obiettivi di riconduzione della predetta categoria nell’alveo costituzionale.

A quest’ultimo riguardo si pensi, ad esempio, alla proposta, avanzata da autorevole dottrina, di una risistemazione nell’area dogmatica occupata dai *reati di pericolo concreto* di tutti quegli illeciti ritenuti di pericolo astratto perché contraddistinti dalla omessa previsione legale dell’evento pericoloso, argomentata sul presupposto che il *livello descrittivo* della condotta che ne esaurisce la tipicità formale sarebbe tale comunque da implicare un accertamento della sua *pericolosità in concreto*. In questo stesso contesto di riflessioni, tra l’altro, la categoria dei reati di pericolo astratto viene ulteriormente dimidiata in conseguenza dell’assegnazione a quella dei reati di pericolo concreto di tutte quelle ulteriori fattispecie incriminatrici, parimenti prive di una menzione espressa del pericolo come elemento del fatto, ma che, in virtù di una *interpretazione teleologicamente fondata sul bene giuridico*, sarebbero penalmente sanzionabili soltanto in caso di un riscontro giudiziale della *concreta offensività* della condotta conforme al tipo legale¹²².

A ben guardare, in effetti, lo sviluppo argomentativo di una siffatta rivisitazione della categoria in esame chiama in causa necessariamente non soltanto il principio di offensività, ma anche quello di determinatezza, dal momento che è innegabile come la concreta sperimentazione e lo stesso successo applicativo di essa dipendono, innanzitutto, dal livello di (previa) osservanza da parte del legislatore penale di quest’ultimo principio, ossia dalla preesistenza di una norma penale formulata in guisa tale da consentire che operazioni giudiziali come quelle prospettate possano realizzarsi e soprattutto possano

¹²² In tal senso, cfr., approfonditamente, G. MARINUCCI -E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 563 ss. Sul punto, v. anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 108 ss.

compersi in conformità con il dettato costituzionale. Interpretazioni logiche e teleologiche come quelle proposte, infatti, se attuate con riferimento a norme incriminatrici che arrestano la loro tipicità al livello del pericolo (soltanto) astratto, sono destinate a non funzionare, ovvero a funzionare non correttamente, ove non supportate da un preventivo ossequio al principio di determinatezza.

Giunti a questo punto, insomma, si inizia ad intuire il forte impatto sulla problematica categoria dei reati di pericolo astratto che una determinatezza ricostruita *su basi sostanziali e processuali insieme* potrebbe possedere. Riprendendo quanto vieppiù già osservato a proposito della strettissima connessione tra determinatezza e offensività, infatti, non ci si può evidentemente non avvedere di come sia precipuamente il livello interpretativo di quest'ultimo principio, per come riconosciuto dalla Corte costituzionale, a fornire preziosi spunti in direzione di un (re)inquadramento di tutta la tematica che ci occupa nel contesto di una *determinatezza orientata al contraddittorio*.

Se infatti, stando alle direttive fornite in proposito dalla Consulta, il giudice è chiamato a *sostanziare* in chiave di necessaria offensività ogni illecito penale – quindi anche, se non principalmente, quelli costruiti secondo le note del pericolo astratto – nel senso di dovere verificare, caso per caso, se la condotta contestata all'imputato nel giudizio, *ancorché conforme al tipo*, sia comunque *idonea* a esporre a *concreto pericolo* il bene giuridico protetto¹²³, del tutto conseguentemente, se si vuole davvero evitare che una simile attività si compia secondo un modello di discrezionalità giudiziale disancorata da referenti in grado di circoscriverne in qualche misura la portata¹²⁴, ecco come la *regola del*

¹²³ Al riguardo, cfr., in particolare, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, cit., p. 1415 ss.

¹²⁴ Del resto, in dottrina – cfr., in particolare, G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 116 ss. – si suole spesso ripetere che, per evitare creazioni

contraddittorio – che, nella nostra ricostruzione interpretativa, entra a comporre il principio (sostanziale) di determinatezza – potrebbe bene assolvere a detta ultima funzione *orientativa*.

Del resto – per come analogamente già si osservava¹²⁵ – la determinatezza e il contraddittorio concorrono anche a dotare di maggiore pregnanza la garanzia costituzionale di *presunzione di non colpevolezza*, nel senso di impedire, *sinergicamente*, che la prova di responsabilità dell'imputato sconti inaccettabili inversioni dimostrative e che la eventuale condanna si fondi, di conseguenza, su di un accertamento della responsabilità medesima non allineata al canone dell'“*oltre ogni ragionevole dubbio*”. Ora, i reati di pericolo astratto non sono che una delle principali manifestazioni di simili rischi di incostituzionalità, riposando – come si è detto – su di una *mera presunzione di offesa* non soltanto non sovvertibile per mezzo di una prova contraria, ma anche bastevole a fondare *legalmente* una sentenza di condanna (a quel punto) solo surrettiziamente emessa “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”¹²⁶.

In conclusione, a noi sembra evidente come un controllo di costituzionalità dei reati di pericolo astratto alla luce del principio di determinatezza (in senso *sostanziale-processuale*) potrebbe servire a dotare il principio di offensività di basi più solide, in guisa da determinare l'auspicato contenimento di una siffatta classe di illeciti penali¹²⁷. La loro

giurisprudenziali dei contenuti offensivi di una norma incriminatrice, occorrerebbe dotare il giudice di parametri di fonte legale in grado di scongiurare il rischio di *deviazioni teleologiche* del reato di stampo metagiuridico.

¹²⁵ V. *retro*: 1.6.3.

¹²⁶ Per un approfondimento di tutta questa tematica, con particolare riguardo alle ricadute applicative della inosservanza della garanzia costituzionale di presunzione di non colpevolezza, cfr., di recente, V.N. D'ASCOLA, *op. ult. cit.*, p. 347 ss.

¹²⁷ Deve peraltro ammettersi come, in seno alla nostra giurisprudenza costituzionale, vi sia già qualche utile traccia della valorizzazione di un simile nesso tra determinatezza e offensività, se è vero che risulta, talora, opportunamente rimarcata la necessità che le norme incriminatrici siano redatte in guisa tale da *segnalare l'offesa*, da consentire, cioè, la corretta individuazione del bene giuridico da esse protetto: così, ad esempio, Corte

obbligata (re)interpretazione in chiave di offesa non potrebbe che giovare, infatti, di un'attività legislativa di redazione della norma in termini di *dimostrabilità* delle condotte pericolose all'interno del contraddittorio. Norme incriminatrici così costruite, infatti, oltre a ridurre *in nuce* le possibilità di uno *scarto in concreto tra tipicità e offesa*, non potranno che facilitare, comunque, il giudice impegnato in una così complessa opera di *allineamento* della condotta tipica all'offesa, contenendo, allo stesso tempo, la discrezionalità innegabilmente insita in un'attività interpretativa del genere¹²⁸.

3.3. Determinatezza della norma penale e giurisprudenza creativa: una breve premessa

Per come già si osservava in apertura del presente capitolo, la dimensione problematica del principio di determinatezza non si apprezza soltanto sul versante dell'attività legislativa e quindi constatandone la inosservanza sul terreno suo proprio a causa del prevalere di una legislazione penale ispirata da esigenze generalpreventive e/o simbolico-elettoralistiche. Un fenomeno di *impoverimento* del diritto penale, questo, che abbiamo provato a spiegare attraverso la esemplificazione del versante probabilmente maggiormente dimostrativo di un simile condizionamento politico-criminale della legislazione penale, ossia quello dell'*illecito di pericolo astratto*. Un modello criminoso, questo, che germina soprattutto nella legislazione penale complementare, ossia in quella parte più "eterogenea" della nostra materia situata a maggiore distanza dal suo "nocciolo duro", quindi dal codice penale e principalmente dalla sua

cost. 27 marzo 1992, n. 133, in *Giust. pen.*, 1992, I, c. 192; nonché Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, cit.

¹²⁸ Recentemente, per una rilettura dei reati di pericolo astratto alla luce del principio di offensività e delle dinamiche del processo penale di tipo accusatorio, cfr. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, cit., p. 1415 ss.

parte generale, con ciò esibendo modelli criminosi sempre più lontani da quegli *standard* di *tipicità*, *materialità*, *offensività* e *colpevolezza* che, per contro, trovano lì piena realizzazione, anche perché “più direttamente mediati” dai principi di rango costituzionale che informano lo statuto del reato e della pena.

Del resto, già in precedenza si avvertiva della più ampia latitudine del fenomeno che ci occupa. La odierna *crisi* della determinatezza penale non è, infatti, soltanto una crisi intrinseca allo stesso potere legislativo – ormai sempre più spesso portato a sottrarre alle norme penali la loro essenziale funzione di delimitazione del lecito dal penalmente rilevante – denotando, piuttosto, le caratteristiche di un fenomeno che, ben più in radice, coinvolge i delicatissimi equilibri tra potere legislativo e ordine giudiziario, che tende a disvelare, cioè, le assai deprecabili note di una violazione dello stesso basilare principio di separazione dei poteri, autentica *premessa di fondo* di un diritto penale liberaldemocratico.

Si intende qui fare riferimento al notissimo fenomeno che prende ordinariamente il nome di *supplenza giudiziaria*, con ciò alludendosi a tutte quelle azioni interpretative di autentica *creazione* del diritto penale, sempre più spesso esibite dalla nostra giurisprudenza penale e dimostrative, per l'appunto, della esistenza di un problema destinato a trascendere il diritto stesso e ad assumere una connotazione più propriamente *politico-istituzionale*.

Come è noto, infatti, la giurisprudenza penale tende a impoverire la struttura e a stravolgere in tal modo lo stesso finalismo di molte norme incriminatrici. Si pensi, tra tutte, alle norme penali in materia di *reati associativi*, ovvero a quelle che sanzionano i delitti di corruzione e concussione. Norme penali, queste, ormai assurte a vero e proprio *leitmotiv* sul versante delle giustificazioni fornite dallo stesso ordine giudiziario a sostegno di una presunta “legittimità-necessità” di

effettuare talora anche massicce operazioni di *maquillage* strutturale, in funzione dell'ottenimento di una *giustizia del caso concreto*, ossia di una *giustizia sostanziale* asseritamente non raggiungibile per il tramite della *tipicità formale*. E così, semplificazioni, se non vere e proprie amputazioni, probatorie di talune componenti del fatto tipico si succedono disinvoltamente in relazione a molte norme incriminatrici, dietro l'invalso alibi costituito dalla necessità di fornire in tal modo una maggiore tutela alla vittime di reati portatori di una elevata carica di lesività e, come tali, avvertiti nella loro particolare gravità dalle vittime medesime, quindi dall'intera comunità sociale. La esibita necessità di una maggiore protezione degli interessi protetti da alcune norme incriminatrici determina e fonda così interpretazioni riduzioniste e connesse manipolazioni probatorie della tipicità formale del reato, consegnando conseguentemente al *diritto penale reale* delle norme incriminatrici di fatto *nuove*, perché, in un modo o nell'altro, comunque *diverse* da quelle redatte dal legislatore in (tendenziale) ossequio al principio costituzionale di determinatezza. In altre parole, norme incriminatrici eventualmente anche determinate - è questo il caso, ad esempio, della corruzione propria o della truffa, ma, a ben vedere, anche della intera categoria dei reati colposi di evento - una volta transitate nel processo penale, finiscono, a cagione di simili trasformazioni giurisprudenziali, per assumere un volto *indeterminato*.

Per concludere sul punto, dunque, la determinatezza esce decisamente depotenziata quanto ai suoi elevatissimi contenuti di garanzia, non soltanto e, diremmo pure, non tanto da un'attività legislativa sovente sciatta, acritica e politicamente "interessata", ma anche e, appunto, ancora di più da un'attività giurisprudenziale di *supplenza*, in quanto chiaramente *sostitutiva* di quella, istituzionalmente e costituzionalmente, riservata al Parlamento. Una *supplenza* esercitata da una magistratura

creativa, legittimata a ciò dallo stesso corpo elettorale e, più in generale, da una opinione pubblica pervasa da un forte *sentimento di sfiducia* verso la politica, quindi verso il potere legislativo innanzitutto, e che, quindi, identifica i giudici – a questo punto, diremmo quasi, “naturalmente” – come i soli garanti della moralità pubblica e, per tale via, della legalità penale. Una legalità penale – è appena il caso di notarlo – la quale, proprio per quest’ultima ragione, si carica inopinatamente di contenuti anche *moraleggianti* o *eticizzati*, che, viceversa, dovrebbero completamente esulare da essa¹²⁹.

L’analisi che segue servirà a tratteggiare proprio questi aspetti della legalità penale sinora indicati. Con l’obiettivo, in definitiva, di segnalare la odierna predominanza di un *diritto penale di fonte giurisprudenziale* su quello di matrice legale e, se vogliamo, anche su quello di elaborazione dottrinale.

Per come si avrà modo di notare, peraltro, l’indagine riguarderà le norme incriminatrici di parte speciale, ma sempre *attraverso il prisma della parte generale* del diritto penale. Ciò, invero, al precipuo scopo di sollecitare una riflessione che non si arresti alla problematicità, in punto di determinatezza, di questa o di quell’altra norma incriminatrice singola, ma che investa, piuttosto, la criticità della stessa parte generale del diritto penale, in guisa da mettere nella dovuta evidenza il basso tasso di effettività posseduto dai principi sovraordinati che ne informano la strutturazione complessiva.

¹²⁹ Su tutta questa tematica concernente i rapporti tra *legalità formale* e *interpretazione giudiziale* delle norme penali, cfr., innanzitutto, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. Al riguardo, si veda anche A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, p. 275 ss.

3.3.1. (Segue): a) la trasfigurazione strutturale dei criteri di imputazione psicologica del reato

L'appena preannunciata trattazione muove dall'analisi dei fenomeni distorsivi che esercitano *effetti diffusi* sull'intero sistema delle incriminazioni di parte speciale – ma anche sulla normazione complementare – del diritto penale, quali sono quelli che si ottengono, evidentemente, mediante la *forzatura* di istituti nevralgici della sua parte generale. Ciò è quanto si verifica, ad esempio, sul terreno dei *criteri di imputazione psicologica* del fatto tipico e antiggiuridico al suo autore¹³⁰.

Accade, infatti, piuttosto frequentemente di constatare come *fattispecie strutturalmente colpose* finiscano per *trasformarsi in dolose* per via giurisprudenziale, venendo come tali sanzionate, peraltro, il più delle volte, con il connesso effetto di violare in tal modo la legge penale, a causa del difetto di una previsione di parte speciale espressamente autorizzativa della loro punibilità *anche a titolo di colpa*¹³¹.

Una trasformazione, questa, che, viene realizzata principalmente attraverso uno smodato ricorso alla controversa categoria del *dolo eventuale*, il quale gode, in effetti, di una dimensione dogmatica segnatamente *fluida* e quindi di una relativa dimensione probatoria evidentemente *assai più malleabile* rispetto alle altre tradizionali forme di dolo, in tal guisa prestandosi perfettamente a operazioni di *interpretazione creativa* del tipo di quella più sopra descritta¹³².

¹³⁰ In argomento, per un'ampia trattazione di carattere generale, cfr., per tutti, V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena*, cit., p. 105 ss.

¹³¹ Con riguardo alla prova del dolo e ai meccanismi di trasformazione di una fattispecie soggettiva di reato che ne possono derivare, cfr., ancora una volta, V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento*, cit., p. 142 ss., nonché già A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore sulla legge extrapenale)*, in A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 113 ss. Sulla prova del dolo, è fondamentale in ogni caso il rinvio a M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, p. 14 ss.

¹³² Sulla dogmatica del dolo eventuale, in un panorama dottrinale vastissimo, ci si limita qui a ricordare: G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Annuario*

Dunque, una *interpretazione creativa*, questa, da reputarsi tale per un duplice ordine di ragioni. Per un verso, perché, *sul piano della determinatezza*, operata mediante una evidente forzatura del dato legislativo espresso di cui all'art. 43 c.p., che, per contro, esige(rebbe) che il reato doloso si presenti come un illecito compiuto "*secondo l'intenzione*", mentre la semplice *accettazione di un rischio*, ossia la mera previsione del verificarsi di un evento lesivo, preceduta dal *segno positivo* in ordine a tale possibile o probabile verificaione, non reca in sé, neanche lontanamente, le note di *intenzionalità* viceversa prescritte dall'art. 43 c.p. Per un altro verso, e ancora più radicalmente – atteso che, questa volta, la *creatività giudiziale* rileva in termini problematici sul terreno stesso della *riserva di legge* – perché operata in aperta violazione dell'art. 42 c.p., nella parte in cui tale disposizione pretende (in ossequio al canone della *extrema ratio*) che la punizione dei reati (dolosi) anche come colposi soggiaccia a una espressa previsione legale in tale ultimo senso.

In altri termini, dunque, la dinamica probatoria della *tipicità soggettiva* dei reati – salve poche eccezioni – evidenzia rischi di trasfigurazioni strutturali di una certa gravità e ciò, d'altronde, si registra agevolmente guardando alle motivazioni di tutte le sentenze di condanna che, se fondate sul dolo eventuale, con riferimento alla prova di quest'ultimo recano formule probatorie del tutto assiomatiche, prive di contenuti reali e stereotipate. Accertamenti, cioè, sintetizzati all'interno di sterili formule come il "*non poteva non sapere*", ovvero che si limitano a ricalcare il mai

dell'Università Cattolica, Milano, 1932; M. GALLO, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1963, p. 750 ss.; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, *passim*; S. PROSDOCIMI, "*Dolus eventualis*". *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, *passim*; G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 136 ss.; A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 322 ss.; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, p. 144 ss.; L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1088 ss.; G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 272 ss.; F. CURI, "*Tertium datur*", Milano, 2003, p. 201 ss.

insuperato modello espresso dal brocardo del *dolus in re ipsa*¹³³. Il tutto dietro al sin troppo comodo – in quanto esposto a inevitabili presunzioni nell'accertamento e quindi anche a facili riempimenti contenutistici ad opera del giudice – e ormai abbondantemente noto alibi probatorio offerto dall'abusato criterio della c.d. *accettazione del rischio*, che, secondo una tradizione dottrinale e giurisprudenziale ormai da tempo consolidata, seguita a rappresentare il paradigma da utilizzare per la dimostrazione in giudizio di tale forma *residuale* (*sic!*) di dolo.

Per procedere a qualche utile esemplificazione del predetto fenomeno di *manipolazione* giurisprudenziale della struttura del dolo (eventuale), è sufficiente guardare a tutte quelle forme di *responsabilità per omissione*, segnatamente diffuse nell'ambito del diritto penale d'impresa, per lo più contestate agli imputati come ipotesi di *concorso omissivo in un reato commissivo altrui*, in relazione alle quali il dolo è chiamato a spiegare la tipicità soggettiva di fatti riconducibili a soggetti che si trovano in posizione apicale o che rivestono poteri di controllo all'interno di una data realtà imprenditoriale.

Un settore del diritto penale, questo, che peraltro si caratterizza per un deciso *slittamento verso il basso* delle ordinarie garanzie che regolano l'accertamento della responsabilità penale, già sul versante della *tipicità oggettiva* del reato, con riguardo, in particolare, alla individuazione della specifica condotta doverosa omessa e quindi quanto alla valutazione dei poteri impeditivi realmente posseduti rispetto ai fatti commessi dai subordinati o dai controllati, se è vero che spesso si registrano ascrizioni di reati fondate sull'inaccettabile schema della *responsabilità di posizione*. In questo contesto, dunque, non è soltanto il dolo ad essere sovente

¹³³ In argomento, non si può che rinviare al noto lavoro monografico di F. BRICOLA, "Dolus in re ipsa". *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, nonché all'opera di M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 208 ss.

presunto, ma prima ancora lo stesso *nesso di causalità*, dal momento che i giudici si limitano, il più delle volte, a un riscontro della omissione, senza indagare sul reale nesso di condizionamento tra la omissione medesima e l'evento-reato.

Un processo di astrazione probatoria e quindi di impoverimento strutturale della fattispecie incriminatrice che, pertanto, non fa che completarsi sul terreno del dolo, la dimostrazione del quale passa, per l'appunto, attraverso l'utilizzo di formule sfornite di capacità dimostrativa come quella più sopra segnalata (secondo la quale l'agente "*non poteva non sapere*"). Formule le quali, cioè, pur evocando le note tipiche di una responsabilità colposa (*sub specie* di prevedibilità), vengono utilizzate per ritenere provato il dolo (eventuale) dell'agente. Laddove – si badi bene – senza il ricorso a presunzioni probatorie di tal fatta, la responsabilità penale di questi soggetti ben difficilmente potrebbe essere affermata, dal momento che gli illeciti penali che, in questo specifico ambito, si prestano a rilevare non risultano simmetricamente punibili a titolo di colpa, per difetto di una previsione espressa in tal senso, a quel punto potendo integrare, pertanto, meri illeciti civili¹³⁴.

Un rilievo, quest'ultimo, che aiuta a comprendere la connotazione decisamente *politico-criminale* di questa come di ogni altra tipologia di interpretazioni giurisprudenziali di segno creativo basate sul massiccio utilizzo di una categoria che, come il dolo eventuale, in sé si colloca pur sempre – come già si diceva – al di fuori dal sistema codicistico vigente.

¹³⁴ Su tutta questa tematica, per quanto in particolare concerne le presunzioni del dolo, sintetizzate dal frequente utilizzo di quella formula sopra citata e sostanzialmente fondate sul rilievo che l'agente non avrebbe percepito o comunque approfondito i c.d. "segnali di allarme" emergenti nella realtà aziendale, di talché il rimprovero penale consisterà nel non essersi egli attivato per impedire il reato, nonostante i suoi doveri, legalmente stabiliti, di vigilanza e di controllo, per ciò solo accettando, in definitiva, il rischio che un qualsivoglia reato potesse essere commesso, cfr., per tutti, F. STELLA-D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 567 ss. Più in generale, sul tema che ci occupa, cfr. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984, *passim*.

L'abuso giurisprudenziale del dolo eventuale nel diritto penale dell'impresa riflette l'avvertita esigenza di offrire una tutela pronta ed efficace, quale è quella di tipo penale – un tutela, questa, come si è detto altrimenti negata, data la pressoché generalizzata mancanza in questa materia di illeciti colposi – alla collettività, al cospetto di fatti commessi da soggetti che occupano, nella scala sociale, un ruolo di vertice *lato sensu* politico ovvero, comunque, una posizione di vantaggio sul versante economico. In questo contesto, in definitiva, la magistratura amplia le maglie dell'intervento penale, in spregio alla garanzia costituzionale della determinatezza, perché – in un certo senso – reputa di compensare in tal modo i privilegi di cui godono questi soggetti¹³⁵.

Sempre a proposito dell'impovertimento per mano del giudice del diritto penale, mediante la manipolazione della struttura del dolo – ma in tal caso, invero, anche della fattispecie generale in materia di tentativo (l'art. 56 c.p.) – si pensi, ad esempio, alla storica e annosa questione, dogmatica e interpretativa, concernente la compatibilità (o meno) del dolo eventuale con lo schema legale del tentativo. Una questione, questa, la quale vede i nostri giudici di fatto liberi sul terreno interpretativo, a cagione della compresenza di plurimi e contraddittori pronunciamenti della Suprema Corte a Sezioni unite sul punto, segnatamente con riguardo alla punibilità (o meno) del tentato omicidio commesso con dolo eventuale. Pronunciamenti, questi, in effetti fondati su soluzioni differenziate, pur se in presenza di fatti ontologicamente analoghi. Soluzioni cangianti, quelle offerte dal panorama giurisprudenziale succitato, in ritenuta dipendenza della diversità del contesto, illecito o lecito, dell'azione criminosa tentata

¹³⁵ In questo senso, cfr., efficacemente, G. FLORA, *Riflessioni su colpevolezza e responsabilità oggettiva "occulta" nella prassi giurisprudenziale*, in A. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, pp. 547 e 548.

e quindi, di fatto, in dipendenza dei differenti motivi a delinquere posseduti e palesati dagli autori della condotta¹³⁶.

Da qui – come si diceva – una sorta di *liberalizzazione* dell'accertamento e quindi dell'ambito di applicazione dei criteri di imputazione psicologica in materia di tentativo, ossia una sorta di legittimazione "in bianco" in capo ai giudici verso una incontrollata espansione dell'ambito operativo di una serie indeterminabile di fattispecie di parte speciale, sulla scorta di una forma di dolo non allineata al disposto dell'art. 43 c.p., oltre che tale, una volta resa compatibile anche con il tentativo, da ingenerare altresì una chiara forzatura della tipicità oggettiva di detta fattispecie, quindi della determinatezza della norma generale di cui all'art. 56 c.p. Infatti, la fattispecie oggettiva tipica del delitto tentato risulta imperniata, tra l'altro, sul requisito della *univocità* degli atti, di talché essa risulta assai difficilmente adattabile, sul versante psicologico, a una forma di dolo strutturalmente connotata, invece, proprio dalla *non univocità* deterministica¹³⁷. Una discrezionalità applicativa, questa, invero densa di implicazioni penalistiche di grande rilievo, atteso il notevole divario sanzionatorio esistente tra una fattispecie dolosa tentata e una fattispecie colposa consumata.

¹³⁶ Cfr. Cass., sez. un., 6 dicembre 1991, Casu, in *Cass. pen.*, 1993, p. 14 ss., che ha escluso il dolo eventuale in una vicenda nella quale una guardia giurata aveva esploso colpi di arma da fuoco all'indirizzo di un rapinatore; Cass., sez. un., 12 ottobre 1993, Cassata, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1186 ss., che ha ammesso il dolo eventuale in una situazione concreta identica a quella suesposta ma "a parti invertite", ammettendo quindi che il rapinatore doveva rispondere di tentativo omicidio, pur catalogando formalmente il fatto come tentativo omicidio commesso con dolo diretto; Cass., sez. Un., 14 febbraio 1996, Mele, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2505 ss., che ha concluso negli stessi termini da ultimo ricordati in relazione a una vicenda del tutto analoga.

¹³⁷ In argomento, cfr., tra gli altri, G.A. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 982 ss.; V.N. D'ASCOLA, *Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 682 ss. Per la opinione favorevole alla punibilità del tentativo a titolo di dolo eventuale, si veda, per tutti, E. MORSELLI, *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 27 ss.

Si pensi, infine, al *dolus in re ipsa*, quale schema presuntivo ancora frequentemente impiegato dalla nostra giurisprudenza per ricavare il dolo (eventuale) direttamente dalla condotta materiale integrante la tipicità oggettiva del reato, con l'effetto di un'amputazione della tipicità soggettiva delle fattispecie incriminatrici interessate da una simile *interpretazione creativa*. In questi casi, cioè, la condotta tipica viene reputata talmente pregnante, nella sua stessa oggettività, da rivelare, meccanicamente e con assiomatica certezza, la esistenza del dolo. Un paradigma assertorio, questo, ancora particolarmente invalso soprattutto nel settore dei delitti di falso e in quello dei delitti contro l'onore. Su quest'ultimo terreno, ad esempio, è noto come una condotta particolarmente ingiuriosa o diffamatoria funga da componente necessaria e sufficiente per ritenere provato anche il dolo dell'agente. Per non dire, poi, della invalsa ricognizione del dolo della diffamazione a mezzo stampa, sulla limitata scorta dell'omesso approfondimento, da parte dell'autore della propalazione giornalistica, della veridicità o verosimiglianza della notizia pubblicata, quindi sulla base di un procedimento deduttivo chiaramente in grado di dimostrare soltanto una responsabilità colposa e non certo dolosa. Una responsabilità colposa che, peraltro, anche in questo contesto normativo, non risulta espressamente prevista e la limitata ricognizione della quale condurrebbe, perciò, a un esonero totale di responsabilità penale del giornalista, ove non si ricorresse, per l'appunto, a un dolo eventuale presunto nei termini anzidetti.

Tanto chiarito sul versante del dolo, deve notarsi inoltre come un simmetrico fenomeno di impoverimento strutturale discenda anche da un

improprio dominio giurisprudenziale della categoria dogmatica della *colpa*¹³⁸.

Ciò è quanto avviene, ad esempio, in relazione a fattispecie incriminatrici imperniate sulla logica del *versari in re illicita* e quindi strutturalmente costruite secondo le note proprie della *responsabilità oggettiva*, le quali vengono tuttavia trasformate dalla nostra giurisprudenza in fattispecie colpose. Con ciò – beninteso – segnalando un puntuale e formale ossequio alle fondamentali indicazioni rese proprio in tal senso – ossia nella direzione di un obbligo costituzionalmente rilevante per il giudice di *convertire* in via interpretativa la responsabilità oggettiva in responsabilità colposa – dalla Corte costituzionale nelle già più volte citate sentenze di incostituzionalità dell'anno 1988 (la n. 364 e la n. 1085). Ma rivelando tuttavia, nella sostanza, un aggiramento di tali prescrizioni, nella misura in cui la giurisprudenza finisce per edificare, comunque, fattispecie che possono dirsi colpose solo nominalmente, giacché la colpa medesima non viene accertata *in concreto*, bensì soltanto *in astratto*, ovvero secondo un ancora molto diffuso modello di *prevedibilità logica*. Di fatto mantenendo in tal guisa la imputazione del reato su di un minimale e non più consentito *livello meramente oggettivo*¹³⁹ (si pensi al caso emblematico costituito dall'art. 116 c.p.). Da qui, la violazione dell'art. 43 c.p., nella misura in cui tale disposizione esige(rebbe) una imputazione per colpa, ma strutturata in ossequio al principio di *personalità colpevole* della responsabile penale.

¹³⁸ Sul tema, cfr., tra gli altri, A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, cit., p. 1309 ss.; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 460 ss.

¹³⁹ Sulla complessa tematica della c.d. *colpa in territorio illecito*, che evoca la necessità di un adattamento, strutturale e probatorio, alla dogmatica della colpa e alla metodica di accertamento in giudizio della responsabilità colposa medesima di tutte le ipotesi legali originariamente strutturate secondo lo schema della responsabilità oggettiva, cfr., per tutti, F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, *passim*.

Rimanendo sempre sul terreno della colpa, e ragionando in termini ancora più generali, non può omettersi di rilevare, infine, come la forzatura dell'art. 43 c.p. (relativamente allo statuto del reato colposo) e quindi la violazione del principio di colpevolezza realizzata attraverso la violazione della garanzia di determinatezza, costituisca in ogni caso una sorta di *costante* in materia di reati colposi di evento, dal momento che, soprattutto in certi settori della colpa penale – e al di là di quanto si avrà modo specificamente di dire nel prossimo paragrafo – seguita a ripresentarsi la deprecabile tendenza giurisprudenziale a sovrapporre, contenutisticamente, la colpa con la mera violazione di una regola cautelare. L'accertamento processuale della colpa, in altri termini, si arresta parecchie volte alla sola prova dell'avvenuta violazione delle norme precauzionali rilevanti nel caso concreto, con la sistematica rinuncia, cioè, a uno sviluppo della dimostrazione verso la verifica della *prevedibilità* e della *evitabilità in concreto* dell'evento lesivo, ossia dell'effettivo *nesso tra colpa ed evento*. Di quel nesso, cioè, ulteriore rispetto a quello idoneo a saldare condotta ed evento e a spiegare in tal guisa la sola *tipicità oggettiva* del reato colposo. Una tipicità oggettiva, il limitato riscontro della quale finisce, viceversa, per esaurire ordinariamente l'accertamento del reato colposo di evento e quindi per fondare interamente il rimprovero penale, trasformando, in ultima analisi, l'evento colposo in una mera *condizione obiettiva di punibilità*. Ossia in un evento che è sufficiente si sia verificato per ritenere dimostrata la colpa, senza dunque alcuna verifica circa la concreta prevedibilità e soprattutto evitabilità dello stesso da parte dell'autore della condotta inosservante, mediante il ricorso allo schema del c.d. *comportamento alternativo lecito*¹⁴⁰.

¹⁴⁰ In argomento, cfr., tra gli altri, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 241 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 272 e *passim*; M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 642; V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena*, cit., p. 152 ss. Più in generale, sulla dimensione oggettiva e soggettiva del delitto

3.3.2. (Segue): b) principio di precauzione e ricadute sulla tipicità oggettiva e soggettiva del reato

Nel contesto delle principali manifestazioni giurisprudenziali di *supplenza giudiziaria* che, facendo leva su istituti penalistici di parte generale, si prestano ad avere *generalizzate* ricadute sul sistema delle incriminazioni presenti nella parte speciale del diritto penale e nella legislazione complementare, oltre al già diviso caso costituito dalla manipolazione dei criteri di collegamento psicologico del fatto all'autore della condotta penalmente tipica e antigiuridica, assume senz'altro una dimensione altrettanto critica la tendenza giurisprudenziale, propriamente "moderna" - nel senso di essere ispirata e cadenzata secondo le esigenze tipiche del *diritto penale della modernità* - a depotenziare l'archetipo ordinario dell'illecito penale, quanto alla sua tipicità sia oggettiva che soggettiva, sotto la spinta di esigenze preventive di massima tutela di taluni beni giuridici di importanza centrale nel quadro dei valori indicati nella Costituzione.

Il tema appena introdotto concerne, in particolare, la interpretazione del *nesso di causalità*, del *pericolo concreto* e della *colpa* in tutti quegli ambiti penalistici, in un certo senso, "costretti" a tenere il passo di un incessante progresso tecnologico e quindi, per questa ragione, inevitabilmente caratterizzati da un *background* di c.d. *incertezza scientifica*. Ambiti, questi, nei quali vengono in rilievo fattispecie incriminatrici che, proprio perché considerate *serventi* rispetto a soverchianti *obiettivi di difesa sociale* reputati dal legislatore non altrimenti perseguibili se non attraverso il diritto penale, risultano inevitabilmente esposte a vistose *deformazioni strutturali* in via giurisprudenziale. In definitiva, dunque, una simile *funzionalizzazione in direzione generalpreventiva* determina applicazioni di

colposo di evento, cfr., ampiamente, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.

questa parte del diritto penale che si pongono in aperta contraddizione con gli ordinari canoni di ascrizione della responsabilità penale.

Da qui, la opportunità di una trattazione in questa sede anche del presente fenomeno di *creatività giurisprudenziale*, dal momento che la indeterminatezza così palesata da talune norme incriminatrici, lungi dal costituire un vizio attribuibile alla tecnica redazionale impiegata in relazione alla specifica fattispecie criminosa, altro non è se non la conseguenza della *forzatura* della determinatezza di disposizioni di parte generale, peraltro di valenza assolutamente centrale nel contesto della teoria del reato.

Il diritto penale dell'ambiente, degli alimenti o ancora quello della sicurezza sociale costituiscono senza dubbio settori normativi fortemente interessati dal fenomeno appena descritto. Si tratta, come è noto al penalista, di ambiti penalistici che ruotano intorno a fattispecie di tipo colposo, spesso a contenuto omissivo ed a struttura soltanto pericolosa; in una parola sola, intorno a tipologie di reato che si dimostrano, già per loro natura, decisamente insofferenti a un adattamento ai postulati dogmatici del *diritto penale del fatto (colpevole)*.

Orbene, in questi contesti, come si è detto caratterizzati da una più o meno marcata *incertezza scientifica*, le applicazioni giurisprudenziali segnalano il malcelato ricorso a un principio di ordine generale mutuato dal diritto comunitario, il c.d. *principio di precauzione*¹⁴¹, certamente destinato a influenzare in modo decisivo la struttura degli illeciti penali, giustappunto per il tramite di applicazioni riduttive e distorte dei

¹⁴¹ Su tale principio – codificato all'art. 174, comma 2, del Trattato UE e ampiamente stratificato ormai a livello di normazione comunitaria derivata, oltre che nella giurisprudenza europea – cfr., tra gli altri, D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 786 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 119 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 552 ss.

principali istituti di parte generale che ne governano il processo di imputazione.

E così, la *causalità* rischia di allontanarsi dal paradigma condizionalistico e di ricalcare, invece, lo schema dell'*aumento del rischio*; il *pericolo concreto* rischia di retrocedere sistematicamente verso il *pericolo astratto*, se non addirittura in direzione del mero *rischio*¹⁴²; la *colpa* rischia, infine, di non acquisire alcuna connotazione psicologica, non andando oltre la sua minimale caratterizzazione quale *violazione di una regola cautelare*¹⁴³.

Tutto ciò, a nostro parere, in seguito alla *importazione* nell'ambito del diritto penale¹⁴⁴ di un principio che, come quello, appunto, di *precauzione*, autorizza conseguenze giuridiche fondate su una logica di tipo meramente *preventivo*, ossia, a ben vedere, sulla sola logica di per sé compatibile con contesti fattuali di *incertezza scientifica*.

In particolare, a noi pare che il *principio di precauzione* si riveli in grado di condizionare lo statuto epistemologico e probatorio della *causalità materiale*, nella misura in cui la sua applicazione, nei processi penali aventi ad oggetto *fattispecie causalmente orientate* "ordinarie" (come l'omicidio colposo o le lesioni colpose), ma in concreto contestate in quanto offensive di *beni superindividuali* del tipo di quelli che vengono in rilievo nei settori penalistici più sopra indicati - *id est*: la salute pubblica, l'ambiente, ecc. - potrebbe indurre l'autorità giudiziaria ad accontentarsi di una dimostrazione su base meramente *ex ante* del nesso di causalità, a

¹⁴² Per una recente indagine in merito alle possibili ripercussioni del principio di precauzione sull'accertamento del nesso di causalità e sulla struttura del pericolo, oltre che sulla colpa, cfr. V. N. D'ASCOLA, *Impoverimento*, cit., p. 398 ss.

¹⁴³ Per una diffusa analisi in merito alle ricadute del principio di precauzione sulla dogmatica e sull'applicazione del reato colposo, cfr. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale: genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Scritti in onore di G. Marinucci*, vol. II, cit., p. 1743 ss.

¹⁴⁴ Sui rapporti tra diritto penale e diritto comunitario, nell'ambito di una letteratura scientifica sconfinata, per ragioni di ordine espositivo, ci si limita qui a citare L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano, 1999 e C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2008.

fermarsi, in altri termini, alla prova che la condotta dell'agente abbia semplicemente *aumentato il rischio* di verifica dell'evento, poi verificatosi.

A nostro sommo parere, in effetti, una semplificazione del genere potrebbe realizzarsi mediante il ricorso al canone della c.d. *probabilità logica* (o *alto grado di credibilità razionale*), come è noto indicato dalla nostra giurisprudenza di legittimità (a Sezioni unite) quale modello, valido e quindi utilizzabile al pari del canone della probabilità statistica, di spiegazione della causalità penale¹⁴⁵. Un tipo di probabilità, quella di tipo logico, che, proprio perché reputata idonea a fondare il nesso di causalità penalmente rilevante anche allorché il giudice disponga soltanto di leggi statistiche di copertura caratterizzate da un grado probabilistico medio-basso, sembra aprire una perniciosa breccia interpretativa al *principio di precauzione*¹⁴⁶. Principio, questo, che, a quel punto, ben potrebbe in effetti andare a costituire la base giuridico-argomentativa in sé bastevole per affermare la sussistenza di un nesso di causalità, figurando in tal modo come una sorta di riedizione in forma moderna e aggiornata del pur ripudiato criterio dell'aumento del rischio. Criterio, quest'ultimo, che risulta, pertanto, destinato a "rivivere" in un contesto

¹⁴⁵ Sul punto cfr. Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss. In merito a tale pronuncia, v., innanzitutto, F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *op. ult. cit.*, p. 767 ss. e p. 772 ss.; ma anche O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 601 ss.; R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1176 ss.; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 50 ss.

¹⁴⁶ Secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte, infatti, le leggi scientifiche di copertura non sono sufficienti a fondare l'accertamento della causalità penale, tanto è vero che nemmeno la disponibilità di una percentuale statistica media o alta viene reputata decisiva ai fini dell'affermazione del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento. In altri termini, dopo il suddetto intervento delle Sezioni unite, la causalità diventa un concetto "processuale", fondato, cioè, sulla certezza "processuale" del caso concreto e delle evidenze "processuali" disponibili.

nel quale resta consentita la possibilità di ritenere provato il nesso di causalità secondo un giudizio probabilistico sfornito di basi scientifico-statistiche¹⁴⁷. Sicché, proprio ragionando in forza del *principio di precauzione*, l'accertamento del nesso di causalità potrebbe finire per essere incentrato, per intero, sull'aumento del rischio di verificazione dell'evento determinato dalla condotta, atteso il così legittimato disinteressamento penalistico per una ricostruzione effettiva della catena causale conducente all'evento medesimo e quindi per la stessa ridescrizione, *hic et nunc*, di quest'ultimo¹⁴⁸.

Ma identici rilievi critici devono essere – a nostro avviso – compiuti pure con riferimento alle *modalità tecniche di tutela del bene giuridico*. In particolare, gli *illeciti di pericolo* che caratterizzano in misura rilevante e massiccia il *diritto penale della modernità* e che, in ossequio al principio costituzionale di offensività, devono essere inderogabilmente (re)interpretati secondo l'archetipo del *reato di pericolo concreto*, rischiano, per contro, di subire una sistematica applicazione secondo il collaudato paradigma dell'illecito di *pericolo astratto*.

Infatti, è verosimile ritenere che, ancora una volta argomentando in base al *principio di precauzione*, ai fini della punibilità, il giudice potrebbe, a questo punto, anche non sentirsi più obbligato a disporre di certezze o di elevate probabilità scientifiche dimostrative della esposizione al pericolo del bene protetto ad opera della condotta tipizzata. Attesa la *incertezza scientifica* “di fondo”, cioè, il *principio di precauzione* potrebbe far ritenere che la prova della messa in pericolo del bene giuridico tutelato sia raggiunta anche in presenza della semplice spiegazione su base logica,

¹⁴⁷ In tal senso, cfr., in particolare, C.F. GROSSO, *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in C. De Maglie-S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 137 ss.

¹⁴⁸ In generale, sulla “destrutturazione” prasseologica dell'illecito penale causalmente orientato, cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., *passim*.

non già scientifica, della *causabilità del danno* ad opera della condotta tipica pericolosa¹⁴⁹.

Non a caso, d'altronde, in riferimento a questi contesti penalistici, si suole abbandonare finanche la tradizionale nomenclatura "*reati di pericolo astratto*" in favore della diversa e ben più espressiva locuzione "*illeciti di rischio*"¹⁵⁰, proprio allo scopo di porre in evidenza come le fattispecie criminose dislocate nella legislazione complementare e operanti su di un terreno di *incertezza scientifica* detengano una tipicità che si esaurisce nella semplice *esposizione a rischio* dell'interesse reputato meritevole di protezione penale, ossia senza che neanche possa dirsi ivi operante la pur minima garanzia - minima, perché si tratta pur sempre di una garanzia fatta oggetto di una presunzione legale di tipo assoluto - costituita da quella copertura scientifica o esperienziale propria del *pericolo astratto*.

Per finire, non ci resta che constatare come il *principio di precauzione* si riveli decisamente in grado di determinare uno svuotamento contenutistico soprattutto della *tipicità soggettiva* di molte fattispecie incriminatrici. Ciò, segnatamente attraverso una sistematica oggettivizzazione della *colpa*.

Si è già detto, infatti, come la maggior parte degli illeciti penali *esposti* all'influenza del *principio di precauzione* rivestano natura colposa. Ora, al di là delle fattispecie incriminatrici specifiche di settore, costituenti di norma illeciti colposi di mera condotta (pericolosa), è tuttavia innegabile come anche i *delitti colposi di evento* trovino vasta applicazione nei contesti penalistici tipici della modernità. Il diritto penale del lavoro, ad esempio, si caratterizza per la frequente contestazione di omicidi colposi o di

¹⁴⁹ Sulle modalità di accertamento del pericolo (concreto), si vedano, per tutti, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 368 ss.; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Sassari, 1981, p. 39 ss. e p. 96 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 3 ss.

¹⁵⁰ Sugli *illeciti di rischio*, quali tipici esempi normativi di punizione di un pericolo meramente *indiretto*, cfr., in particolare, C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 469 ss.

lesioni colpose, ossia di *reati colposi di evento e a forma libera*, che si prestano perfettamente a *filtrare* all'interno del diritto penale, attraverso la categoria della *colpa generica*, la normazione preventivo-cautelare di settore. In effetti, anche a prescindere dal diritto comunitario, ove solo si osservi che il *principio di precauzione* trova ormai espressa menzione anche all'interno della nostra legislazione ordinaria¹⁵¹, ben si comprende come la violazione di esso o comunque di quelle regole extrapenali che ne costituiscono diretta espressione si presterà ad entrare, del tutto fisiologicamente, nel fuoco dell'accertamento penalistico della colpa (generica).

In proposito, giova osservare che, pur in mancanza di una menzione esplicita al riguardo, se vi è un istituto di parte generale che, a tutt'oggi, può dirsi già ampiamente permeato da applicazioni giurisprudenziali essenzialmente fondate sul *principio di precauzione*, quello è sicuramente il *reato colposo di evento*¹⁵². Si allude, in particolare, a ben note vicende giudiziarie riguardanti disastri ambientali ovvero malattie professionali determinatesi nell'ambito dell'esercizio di un'attività di impresa, come la famosa vicenda del "Petrolchimico", caratterizzata dalla esposizione dei lavoratori a una sostanza tossica chiamata CVM, o come le svariate controversie penali in materia di rischi da esposizione all'amianto¹⁵³. Processi penali, questi, che hanno senza dubbio registrato un'applicazione del canone generale della *precauzione*, se è vero che le sentenze di condanna per omicidio colposo che ne sono scaturite hanno fatto leva su di un concetto di colpa penale del tutto sganciato dai canoni

¹⁵¹ Così, ad esempio, in materia di inquinamento elettromagnetico (v. art. 1, lett. b, legge 22 febbraio 2001, n. 36) e di ambiente (v. art. 301, D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

¹⁵² Si noti come, secondo C. RUGA RIVA, *op. loc. ult. cit.*, la colpa sarebbe il solo territorio penalistico destinato a subire la influenza applicativa del principio di precauzione.

¹⁵³ Per un'analisi sul punto cfr., per tutti, C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1473 ss.

della *prevedibilità* e della *evitabilità*, i soli davvero in grado di *personalizzare* il rimprovero penale per colpa in attuazione dell'art. 27 della Costituzione. In tutti questi casi, infatti, ai fini della imputazione per colpa, il giudice ha stimato sufficiente l'accertamento della inosservanza di regole precauzionali che, al tempo della condotta omessa, indicavano tutt'al più mere e remote possibilità, *scientificamente ancora indimostrate* ovvero *controverse*, di realizzazione dell'evento. Di un evento, peraltro, che, anche là dove scientificamente indicato quantomeno come possibile, nemmeno finiva per corrispondere poi a quello accertato nel corso o al termine del giudizio. Da qui, l'affermazione della colpa sul presupposto della semplice violazione di regole precauzionali sfornite di reale *predittività* rispetto all'evento e quindi nella integrale assenza di un giudizio di *prevedibilità/evitabilità* in grado di connettere realmente la colpa all'evento. Un evento, in buona sostanza, *non ridescritto* in concreto e, a quel punto, in nulla difforme dal generico evento astrattamente indicato dalle norme incriminatrici applicate.

3.3.3. (Segue): c) *il delitto di corruzione propria tra astrazione del bene giuridico tutelato e svuotamento del dolo specifico*

Invero, deve riconoscersi come allorquando si parla di *supplenza giudiziaria* e di *interpretazione creativa* con riferimento alla parte speciale del diritto penale, l'attenzione del giurista si concentri solitamente sulla pervasiva attività di manipolazione giurisprudenziale che interessa la fattispecie incriminatrice della *corruzione propria* (antecedente) di cui all'art. 319 c.p.

Con ogni probabilità, in effetti, questa fattispecie criminosa si trova al centro di una sistematica operazione giurisprudenziale di svuotamento della tipicità, quantomeno a far tempo dalla stagione di "Tangentopoli". In occasione dei processi celebrati in quel periodo storico, che si suole in

genere fare coincidere con la fine della c.d. Prima Repubblica, la nostra giurisprudenza ha di fatto inaugurato uno sfrenato processo interpretativo, ormai ampiamente consolidatosi, di *erosione della tipicità formale* del delitto di corruzione propria attraverso la sostanziale abrogazione del requisito di fattispecie costituito dall’*“atto contrario ai doveri d’ufficio”*. In un contesto di aperta critica nei confronti di una siffatta fattispecie, a detta della magistratura, in fin dei conti, eccessivamente *determinata* e, per questa ragione, inadeguata a reprimere efficacemente un fenomeno sociale di così grave portata e invasività come la corruzione, la giurisprudenza è giunta, di conseguenza, alla conclusione che, ai fini della punibilità *ex art. 319 c.p.*, non sia necessario individuare lo *specifico* atto dell’ufficio promesso dal pubblico agente e costituente il corrispettivo della promessa o dazione danarosa compiuta dal privato¹⁵⁴. In ciò “agevolata” – se così si può dire – dalla previsione di tale componente di fattispecie quale oggetto di dolo specifico, “agevolata” cioè dal connesso sganciamento della tipicità dalla realizzazione in concreto di una simile finalità – con conseguente rinuncia alla funzione di selettività *oggettivante*, viceversa da attribuirsi al dolo specifico nell’ambito di un *diritto penale del fatto*¹⁵⁵ – la giurisprudenza, da un certo momento in avanti, ha iniziato pertanto a ricostruire il bene

¹⁵⁴ In tal senso, cfr., tra le tante, Cass., sez. VI, 31 maggio 2004, A., in *Guida dir.*, 2004, p. 66; Cass., sez. VI, 7 giugno 2001, Querci, in *Riv. pen.*, 2001, p. 913; Cass., sez. VI, 5 febbraio 1998, Lombardi, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3405 s. *Contra*, nel senso, cioè, della necessità di un collegamento tra promessa o dazione illecita e specifico atto dell’ufficio, cfr., tra le tante sentenze anteriori al 1992, Cass., sez. VI, 24 novembre 1981, Taldone, in *Cass. pen.*, 1983, p. 586, come pure, ma isolatamente, anche dopo questa data, Cass., sez. VI, 20 ottobre 1997, Dell’Olmo, in *Giust. pen.*, 1998, c. 257.

¹⁵⁵ Per una interpretazione del dolo specifico in chiave *oggettivizzante*, ossia per una rilettura costituzionalmente orientata dei reati a dolo specifico quali *illeciti di pericolo con dolo di danno*, con conseguente necessità per il giudice di dimostrare la oggettiva idoneità della condotta al raggiungimento dello scopo avuto di mira dall’agente, ossia della idoneità a esporre a concreto pericolo il bene protetto, cfr., per tutti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 576 ss. Sul punto, si veda già G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 125 ss. Contro una simile rilettura dei reati a dolo specifico, cfr. L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, p. 511 ss.

giuridico protetto da tale norma incriminatrice in termini alquanto macroscopici e spiritualizzati. Seguendo – ma, evidentemente, più che altro *strumentalizzando* – gli stilemi propri di una *concezione metapositivistica* del bene giuridico, la magistratura, pressoché compattamente, ha ritenuto così di potere sostituire lo *specifico* atto dell'ufficio, pur se indicato dalla norma incriminatrice, con la *generica* funzione pubblica, nel senso di reputare la sussistenza del reato *de quo* in presenza di una qualsivoglia strumentalizzazione della *res publica*, in quanto stimata offensiva del *buon andamento della pubblica amministrazione*, per non dire della “*Costituzione economica*” o della “*democraticità delle istituzioni*”¹⁵⁶.

Da qui, la creazione di figure criminose autenticamente *alternative* alla corruzione propria, così come alla stessa concussione (art. 317 c.p.), nel contesto di una ridefinizione, “*creativa*”, dell'assetto complessivo di tale settore dei reati contro la pubblica amministrazione. In questo contesto ha visto così la luce la c.d. *concussione ambientale*, ossia una figura peculiare di *concussione per induzione*, dove però la induzione del privato discenderebbe dalla pressione su di lui esercitata non già da un pubblico agente, bensì dall'ambiente sociale nel quale il privato medesimo – solitamente un imprenditore – opera, attesa la caratterizzazione di tale ambiente alla stregua di un sistema diffuso di corruttela in grado di persuaderlo circa la indispensabilità di una retribuzione del pubblico funzionario in cambio di un generico asservimento della funzione pubblica. Così come ha preso piede una nuova forma di corruzione

¹⁵⁶ Per una siffatta dilatazione del bene giuridico asseritamente tutelato dalla fattispecie criminosa *ex art. 319 c.p.*, cfr. G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della “tangente ambientale”*: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 484 ss. In questo stesso contesto di deformazione del bene giuridico protetto dal delitto di corruzione propria, si veda S. SEMINARA, *Interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 951 ss., il quale qualifica infatti il delitto in esame alla stregua di un reato di pericolo astratto, asseritamente posto a tutela del *rapporto fiduciario* tra pubblica amministrazione e cittadini.

denominata *traffico di influenze*, in tutto corrispondente a quella *corruzione sistemica* della quale si è detto sinora, caratterizzata, cioè, dalla strumentalizzazione della funzione pubblica in generale, anziché dalla promessa del compimento di un atto contrario ai doveri dell'ufficio¹⁵⁷.

Peraltro, è appena il caso di notare come una ridefinizione giurisprudenziale della corruzione propria nei termini anzidetti abbia finito, in ultima analisi, anche per confondere l'ambito di applicazione di essa con quello della limitrofa corruzione impropria antecedente, in quanto imperniata, quest'ultima, proprio sul compimento di un atto conforme ai doveri d'ufficio. Una volta disattesa la necessità di individuare l'atto dell'ufficio oggetto di mercimonio, infatti, la distinzione tra le due figure in esame, pur tuttavia scolpita dal legislatore penale in ossequio al principio di determinatezza, finisce per svanire, peraltro con l'effetto - *in malam partem* - di determinare così uno

¹⁵⁷ Per un'aspra critica nei confronti di queste figure criminose di creazione giurisprudenziale, cfr. T. PADOVANI, *Il confine conteso*, cit., p. 301 ss., il quale tra l'altro denuncia la impalpabilità di una loro effettiva distinzione, in costanza, tuttavia, della loro fondamentale differenza in termini di conseguenze sanzionatorie, dal momento che il privato vittima di una *concussione ambientale* non è punibile, mentre il privato partecipe di un *traffico di influenze* è punibile a titolo di corruzione propria. In questo contesto è appena il caso di ricordare come, in realtà, dietro la creazione di tali figure criminose in violazione della determinatezza, sia per la concussione (quanto all'elemento costitutivo della "induzione"), sia per la corruzione (quanto alla componente dell'atto contrario ai doveri d'ufficio), vi fosse una ben precisa strategia giudiziaria delle Procure della repubblica impegnate nella scoperta dei gravi fenomeni di corruzione di Tangentopoli, ossia quella di mantenere ampia libertà operativa in funzione della emersione della c.d. "cifra nera" del fenomeno in questione. Come è noto, infatti, la concussione mira a punire soltanto il pubblico ufficiale, al contrario della corruzione che invece punisce sia questi che il pubblico ufficiale, di talché una contestazione fondata sull'art. 317 c.p., pur se nelle sfumate forme della *concussione ambientale*, reca con sé il vantaggio di una disponibilità del privato alla denuncia di fatti corruttivi. Per la proposta, maturata in quegli anni, di una riforma organica di questo settore del diritto penale, diretta a creare una fattispecie unica di corruzione ricomprendente la concussione per induzione (*id est*: la concussione ambientale) e la corruzione sistemica (*id est*: il traffico di influenze), si veda il c.d. Progetto Cernobbio, pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1031 ss. Per una serrata critica al riguardo, v., tra gli altri, R. RAMPIONI, *I delitti di corruzione e il requisito costitutivo dell'atto di ufficio: tra interpretazioni abroganti e suggestioni riformatrici*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3420.

slittamento verso l'alto, ossia verso la corruzione propria, di ogni ipotesi di corruzione¹⁵⁸.

In definitiva, dunque, l'esempio applicativo offerto dalla corruzione propria ci sembra oltremodo dimostrativo della essenzialità rivestita dal *principio di determinatezza* in funzione della salvaguardia dei fondamentali canoni di garanzia del diritto penale, dal momento che esso è tale da evidenziare come interpretazioni giurisprudenziali asseritamente ispirate dal principio di offensività, ma di fatto unicamente dettate da *necessità di ordine generalpreventivo*, si rivelino in grado di legittimare interpretazioni creative anche di norme incriminatrici costruite in ossequio al canone costituzionale della determinatezza.

Ne discende una ulteriore riprova della necessità di un *rafforzamento del livello di coerenza* della garanzia costituzionale della determinatezza, come si è visto altrimenti pretermessa ovvero, comunque, decisamente affievolita, per fare spazio a esigenze di prevenzione generale sintomatiche dell'attuale *allarme sociale* che condiziona a tutti gli effetti la *legislazione penale della modernità*.

Nulla di più e di diverso, insomma, da quanto esposto nei paragrafi precedenti, dal momento che l'impoverimento strutturale di una norma incriminatrice come la corruzione propria, così come, più in generale, la suesposta trasformazione dei criteri di imputazione, soprattutto psicologica, di un qualsivoglia reato, altro non costituiscono se non il riflesso della odierna, incalzante *prevaricazione della dogmatica* da parte della *politica criminale*. Una politica criminale della quale si fa, tuttavia, del tutto impropriamente, portatrice la giurisprudenza e non già il legislatore, il quale viceversa dovrebbe correttamente filtrarne l'ingresso

¹⁵⁸ In argomento cfr., ad esempio, S. MASSI, "Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur". "Offesa" e "infedeltà" nella struttura della corruzione propria, Torino, 2004, p. 96 ss.

nel diritto penale proprio attraverso la contestuale salvaguardia della legalità penale e dei suoi più immediati corollari.

3.4. Il ruolo della dottrina di fronte alla erosione legislativa e giurisprudenziale del principio di determinatezza, tra mediazioni ragionevoli e ortodossie ideologiche

Il quadro legislativo e giurisprudenziale sin qui delineato ci pare significativo dell'attuale *stato di crisi* nel quale versa il principio costituzionale di determinatezza della legge penale.

Da un lato, il *legislatore penale*, ora limita il proprio intervento in direzione della repressione di quelle condotte illecite ritenute "sensibili" *sul piano mediatico-sociale*, in quanto generatrici di un *allarme sociale*, ora non mostra in alcun modo la volontà, ovvero la stessa capacità, di intervenire in maniera radicale ed organica per ristabilire i propri rapporti di potere con un ordine giudiziario sempre più incline alla *supplenza* interpretativa e applicativa. Nel primo caso, forgiando fattispecie inevitabilmente condizionate dalla loro matrice *emergenziale* e, per tale ragione, sfornite di un livello anche solo accettabile di *determinatezza* (oltre che assai distanti dai correlativi paradigmi costituzionali della materialità, della offensività e della colpevolezza); nel secondo caso, finendo, in un certo senso, per *legittimare*, poi neanche tanto implicitamente, il *ruolo creativo* della giurisprudenza, salvo - come si vedrà in conclusione di questo capitolo - esibire saltuariamente ripristini, affatto settoriali, della garanzia costituzionale della determinatezza.

Dall'altro lato, la *giurisprudenza penale* non esita di fatto a sostituirsi a un legislatore penale così inerte, emotivo o rapsodico, mediate l'avocazione a sé di poteri interpretativi potenzialmente illimitati, senza fare differenza alcuna tra norme penali (più o meno) *determinate* o (più o meno) *indeterminate*, né tra parte generale e parte speciale del diritto penale,

agendo sul presupposto di una generalizzata prevalenza assiologica delle necessità di tutela della collettività su quelle di tutela delle prerogative di libertà dell'autore del reato. In un simile contesto, così *deformalizzato*, per la legalità penale e, in modo particolare, per la determinatezza delle norme penali, gli spazi entro i quali ricevere esplicita affermazione rimangono, in definitiva, davvero pochi e angusti.

Senonché, in presenza di un simile panorama, un apporto significativo dovrebbe essere fornito soprattutto dalla dottrina penalistica, a cagione del ruolo di *mediazione culturale* che le è proprio.

Tuttavia, a questo riguardo deve ammettersi come, ormai da tempo, la nostra dottrina sembri essersi smarrita in dogmatismi *tout court* ed astrazioni eccessive, ossia in interpretazioni del diritto penale sempre più raffinate ed eventualmente anche evolute sul terreno teorico, ma poco o punto dotate di un reale impatto pratico, vuoi perché in sé espressive di una *determinatezza irreal*e o comunque inadatta a convivere con la realtà sociale di riferimento e quindi con la realtà stessa del processo penale, vuoi perché espressive di una *determinatezza solo tendenziale*, come tale incapace di sovvertire prassi giurisprudenziali ormai talmente sedimentate da rimanervi insensibili.

In buona sostanza, quindi, *ortodossia ideologica* e *sterilità operativa* sembrano ormai caratterizzare in prevalenza le impostazioni dottrinali finalizzate al *ritrovamento* di un soddisfacente equilibrio *tra legalità e interpretazione* del diritto penale.

In questo prefigurato contesto va segnalata, tuttavia, la riconoscibilità anche di contributi dottrinali evidentemente *in controtendenza*, perché espressivi di una maggiore consapevolezza degli odierni problemi di ineffettività del diritto penale. In particolare, nell'ambito della recente letteratura scientifica, si registra una significativa crescita degli studi dedicati al diritto penale di marca giurisprudenziale, ma con approcci alla

questione non più soltanto in chiave esclusivamente critica verso gli sconfinamenti della legalità perpetrati in ambito giudiziario, ma adesso anche finalizzati a rintracciare soluzioni interpretative – in prospettiva *de iure condendo*, ma anche *de iure condito* – che facciano tesoro del quadro giurisprudenziale esistente in relazione a un dato istituto o a una data norma incriminatrice¹⁵⁹.

A questo stesso riguardo, ci piace ricordare altresì il penultimo tentativo di riforma del codice penale (ossia il progetto Nordio), segnatamente perché – pur essendo naufragato anch'esso, esattamente come i suoi illustri predecessori (progetto Pagliaro e progetto Grosso) e come il suo immediato epigono (progetto Pisapia), in puntuale concomitanza con la fine della legislatura – questa esperienza legislativa ha visto esponenti della dottrina e rappresentanti del potere giudiziario lavorare assieme, all'unitario scopo di dare vita a una legislazione penale il più possibile “condivisa” da tutte le parti in causa.

Nondimeno, con la suesposta, affatto meritoria tendenza dottrinale di natura, per così dire, “conciliatoria”, non deve confondersi la propensione di un'altra parte della dottrina a una simmetrica rivalutazione del contributo offerto dalla magistratura, ma tale addirittura da assegnare al *diritto penale giurisprudenziale* la medesima dignità normativa riconosciuta al diritto penale di fonte legislativa, nel quadro, cioè, di una nuova

¹⁵⁹ In tal senso cfr., in particolare, G. CONTENUTO, *Il contributo della riflessione sulla prassi giurisprudenziale alla riforma del codice penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1994, p. 78 ss., il quale si mostra, infatti, alquanto flessibile nei riguardi di una valorizzazione della esperienza giurisprudenziale anche nel diritto penale. Ma ciò, per l'appunto, nel senso di riconoscere come la emersione reale dei fatti antisociali candidati a fare il loro ingresso nel diritto penale si debba proprio alla giurisprudenza. Fermo restando, quindi, il principio di legalità in campo penale, secondo l'Autore, un legislatore penale che aspiri davvero alla determinatezza, quindi a mantenere l'operato della giurisprudenza nell'alveo delle linee di politica criminale da lui tracciate, dovrà opportunamente *mediare* la valenza di detti principi garantistici con le esigenze di difesa sociale rappresentate dal potere giudiziario, onde contenere il più possibile quegli approcci giurisprudenziali *più spinti e creativi* al diritto penale.

legalità *in action* in grado di affiancarsi e, di fatto, di sostituirsi a una legalità *in book*, ritenuta ormai nulla più che un improponibile retaggio illuministico.

Come è noto, infatti, una parte minoritaria della nostra dottrina mostra di prendere decisamente le distanze dai contenuti storici di garanzia e di certezza posseduti dal principio di legalità e dalle sue imprescindibili declinazioni. Alla base di questa dissociazione *di ordine culturale* si pone senza dubbio l'ormai pressoché incontrastata affermazione, nell'ambito della filosofia del linguaggio, delle teorie c.d. *ermeneutiche*, a discapito delle teorie c.d. *analitiche*¹⁶⁰. Infatti, al tradizionale approccio *oggettivistico* al tema della conoscenza, proprio del filone *analitico* e foriero di una teoria della interpretazione giuridica interamente fondata sulla *logica deduttiva* e quindi sulla ricostruzione del procedimento decisionale alla stregua di un sillogismo, come tale scevro da componenti di ordine valutativo, si è di fatto sostituito, quantomeno a partire dalle autorevoli riflessioni di un grande pensatore moderno come Gadamer¹⁶¹, un approccio *relativistico* alla comprensione dei testi, sul presupposto del ruolo pregiudiziale e decisivo assolto dalla c.d. *pre-comprensione* dell'interprete.

Trasferendo queste riflessioni alla nostra materia, la dottrina penalistica sopra segnalata, dopo avere tacciato di *ingenuità* la dominante visione illuministica del diritto penale, fondata - in nome di un intramontabile primato della legge - sulla *neutralità*, o mera esecutorietà che dir si voglia, del potere giudiziario, ha addotto, piuttosto, la necessità di pensare ormai alla legalità, non già più come a un canone di esclusiva derivazione legislativa, bensì come a un principio di matrice *prevalentemente*

¹⁶⁰ Tuttavia, per una difesa anche in tempi recenti della natura logico-deduttiva della interpretazione giuridica, cfr., tra i filosofi del diritto, E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995.

¹⁶¹ Cfr., dell'AUTORE sopra citato, *Verità e metodo*, Milano, 2001.

giurisprudenziale; ossia di pensare a una sorta di *legalità giudiziale* (la suddetta *legalità in action*). In questo ipotizzato contesto di prevalenza del diritto penale giurisprudenziale su quello legale, ecco allora come ogni procedimento interpretativo immancabilmente andrà ad assumere le fattezze di una interpretazione *estensiva e/o analogica*, in conseguenza, per l'appunto, del correlativo, fisiologico ampliamento dell'ambito critico-valutativo rimesso al singolo giudice-interprete. Da qui, anche l'ulteriore corollario secondo il quale l'attività interpretativa assumerà i contorni di una operazione *dinamica* e quindi *creativa* del diritto penale, in quanto necessariamente funzionale a fronteggiare le sempre più incalzanti emergenze politico-criminali della moderna *società del rischio*¹⁶².

In definitiva, dunque, attraverso la ferma denuncia di quello che viene definito il *sorprendente disincanto* (*sic!*) della dottrina penalistica maggioritaria, perché ancora ostinatamente ancorata sul primato indiscusso della legge, questa parte minoritaria della dottrina finisce per assegnare all'ordine giudiziario il ruolo istituzionale di *fonte di produzione* del diritto penale nell'attuale momento storico-politico. Ciò, invero, in chiave di *supplenza*, ovvero anche solo di *completamento*, per così dire, "a valle", di quel delicato e complesso percorso di gestione dei conflitti

¹⁶² Il principale esponente di tale orientamento "in controtendenza" rispetto ai postulati classici della legalità è sicuramente G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss.; ID, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss. Su posizioni del tutto simili, cfr., altresì, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale.*, cit.; M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 11 ss., ID., *Il volto attuale dell'illecito penale.*, cit.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, cit., p. 147 ss. e *passim*. Nella dottrina tedesca, per un approccio di stampo "ermeneutico" al tema della legalità, cfr., per tutti, W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968; ID., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 171 ss. Per una valorizzazione delle ragioni garantistiche della legalità penale, in aperta critica alle moderne tendenze "creative" del potere giudiziario, cfr., soprattutto, R. RAMPIONI, *"In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 310 ss.; ID., *Dalla parte degli "ingenui". Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007, *passim*.

sociali e ideologici tipici di ogni Stato democratico, soltanto iniziato, “a monte”, dal legislatore.

Teorizzazioni dottrinali, quelle appena passate in rassegna, le quali, in buona sostanza, mirano a un indebolimento contenutistico e in ultima analisi normativo del principio di determinatezza della legge penale, in un certo senso mirando a dissuadere qualsivoglia speculazione teorica per converso diretta al mantenimento di una simile garanzia costituzionale *al centro* della teoria del reato.

Peraltro, deve osservarsi come la suddetta *centralità* del principio di determinatezza nel contesto di un *diritto penale costituzionalmente orientato* sia destinata ad essere messa, ancora più radicalmente, in discussione da tutte quelle recenti teorizzazioni dottrinali che si ispirano alla logica del c.d. *diritto penale del nemico*¹⁶³. Invero, va detto subito come, per quanto autorevolmente patrocinata, una simile impostazione si mantenga comunque a tutt’oggi piuttosto isolata¹⁶⁴. Non per questo, tuttavia, essa va sottovalutata, non fosse altro che per la sua intima coerenza con le *logiche emergenziali* tipiche del *diritto penale della modernità*.

In estrema sintesi, con l’espressione “*diritto penale del nemico*” si intende teorizzare la creazione di un diritto penale del tutto *alternativo e parallelo* a quello ordinario, da destinare in particolare alla disciplina di quei settori

¹⁶³ Cfr. G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1997; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in R. Kostoris-R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 3 ss. Sul tema, tra le opere di carattere più generale, cfr. soprattutto, M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, nonché R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008.

¹⁶⁴ Oltre che al tempo stesso fortemente criticata in dottrina: cfr., per la dottrina tedesca, soprattutto W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRRS*, 2006, p. 130 ss. e, per la dottrina italiana, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 19 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648 ss.; A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. Gamberini-R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 265 ss.

penalistici caratterizzati dalla *emergenza* e da un forte *allarme sociale*. Esso si regge su un teleologismo spiccatamente *preventivo* e segnatamente su una finalità di *prevenzione speciale negativa*, con ciò intendendosi significare che, rispetto a determinati soggetti, la pena dovrebbe puntare alla loro *neutralizzazione*. Ciò sul presupposto di una loro *insanabile diversità culturale*, nel precipuo senso che il diritto penale si confronterebbe, in questi casi, con soggetti-*nemici* dello Stato, in quanto *sistematicamente* contrapposti a quel *contratto sociale* che, viceversa, continua a legare allo Stato medesimo anche i criminali ordinari, per i quali soltanto, infatti, avrebbe un senso continuare a parlare di *prevenzione speciale positiva*, ossia mirare ancora, attraverso la irrogazione di una sanzione penale, alla *rieducazione*, al *reinserimento sociale*.

Orbene, un diritto penale *così orientato* – e che si presta, tra l'altro, a sollevare fondate preoccupazioni già per la stessa indicazione di quello che dovrebbe costituire il suo "naturale" ambito di applicazione, invero esteso dal *terrorismo internazionale* al *diritto penale a sfondo sessuale* e finanche al *diritto penale dell'economia*¹⁶⁵ – non potrà che fondarsi su fattispecie incriminatrici depauperate di note di materialità e di offensività, quindi su norme sostanzialmente *indeterminate*. Nel pensiero del suo autorevole assertore, in effetti, soltanto fattispecie *a tutela anticipata* potrebbero in realtà soddisfare gli obiettivi di *incapacitazione penale* perseguiti con tale "nuovo" diritto penale. Il pensiero corre, pertanto, immediatamente ai *delitti di attentato*, ai *reati di sospetto*, alle *fattispecie di pericolo indiretto* e, più in generale, al collaudato modello dell'*illecito di pericolo astratto (o presunto)*, in quanto tipologie criminose

¹⁶⁵ Per una efficace critica al riguardo, cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., p. 34 ss. In senso altrettanto critico, si veda pure G. RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 509 ss.

perfettamente collimanti con una ideologia politico-criminale di stampo *iper-preventivo* come quella che qui ci occupa.

In conclusione, *teorie ermeneutiche* della interpretazione e *diritto penale del nemico* finiscono per potere essere accomunati, mirando entrambi a un vero e proprio *accantonamento* della legalità penale e, in modo particolare, del suo corollario "contenutistico" per eccellenza, appunto la determinatezza, da parte di un legislatore che si vorrebbe ormai chiamato a confrontarsi con problematiche non più risolvibili con gli strumenti tradizionali del diritto penale, ossia di quel diritto penale che confida primariamente proprio nella legalità (formale) per una corretta e garantita regolamentazione dei conflitti più gravi che insorgono tra Stato e cittadini.

Con la fondamentale avvertenza, peraltro, che teoriche siffatte, quand'anche non recepite o solo implicitamente recepite dal legislatore penale, verosimilmente non tardano a penetrare, comunque, sul terreno giurisprudenziale, dal momento che esse riflettono istanze generalpreventive di *bisogno di pena*, talmente diffuse nella collettività odierna che una giurisprudenza tradizionalmente sensibile a simili richieste non mancherà senz'altro di soddisfare prontamente anche *in assenza* del legislatore, se non eventualmente anche *contro* la sua stessa espressa volontà.

Inutile forse ritornare qui nuovamente sulla necessità di una definitivo abbandono dell'idea che i *problemi della modernità*, per quanto seri e impellenti, possano e soprattutto debbano essere affrontati (e risolti) soltanto attraverso il diritto penale e, per giunta, attraverso un uso altamente *simbolico e/o esemplare* di esso. In una parola sola, il diritto penale, se lo si vuole davvero intendere ancora per quello che è e dovrebbe essere, non risulta certamente, per sua natura, *attrezzato in chiave preventiva*.

Il paragrafo che segue – quello conclusivo di questo capitolo dedicato al tema dei rapporti tra legalità e interpretazione, tra potere legislativo e potere giudiziario – si presta a offrire una ulteriore, nitida conferma della inadeguatezza della *politica* – qui deliberatamente *lato sensu* intesa – ad affrontare un tema di rilevanza così vitale per il diritto penale con quella elevata consapevolezza critica che esso, viceversa, merita.

3.5. La replica del legislatore al fenomeno della supplenza giudiziaria: verso una determinatezza “di classe”

Per come già si avvertiva all’inizio di questo lavoro¹⁶⁶, la nostra legislazione penale ci consegna, però, anche degli ottimi esempi di normazione, ossia in tutto ossequiosa al superiore principio di determinatezza. La sin qui esposta *degenerazione* del nostro diritto penale verso fenomeni applicativi del tutto irrispettosi del principio di legalità e di necessaria determinatezza – fenomeni sin qui icasticamente etichettati come di *supplenza giudiziaria* o di *interpretazione creativa* – non è pertanto progredita sempre in maniera del tutto “indisturbata”, ossia in uno scenario di generalizzata inerzia o, peggio ancora, di diffusa accondiscendenza esplicita da parte del legislatore. A fianco, infatti, di una pur così dilagante passività, ovvero “unitarietà di intenti” con l’ordine giudiziario, vieppiù dimostrate dal Parlamento, l’esperienza legislativa degli ultimi decenni registra anche qualche sporadico, ma per vero energico e tecnicamente corretto intervento normativo diretto al ripristino della garanzia di determinatezza di talune norme incriminatrici ormai letteralmente *destrutturate* da una giurisprudenza di lungo corso sotto la spinta di asserite necessità generalpreventive di diverso segno.

Peraltro, prima ancora di procedere alla disamina degli appena accennati esempi legislativi espressivi di una *ripristinata* determinatezza della

¹⁶⁶ V., *retro*: 1.1.

norma penale, è appena il caso di ricordare come, in un recente passato, l'aspirazione a porre un freno alla *giurisprudenza creativa* fosse addirittura convogliata in una proposta diretta a prevedere limitazioni di fonte legislativa alla interpretazione giudiziale, direttamente all'interno di un progetto di riforma costituzionale. Si allude all'art. 129 del progetto predisposto dalla c.d. *Bicamerale*, il cui terzo comma espressamente disponeva che *"le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo"*¹⁶⁷.

Ancora, in questo stesso contesto, è utile ricordare anche l'emendamento, poi però respinto, alla legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, a tenore del quale sarebbe stata fonte di responsabilità disciplinare per i giudici anche *"l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo"*¹⁶⁸. Si noti, per contro, come il testo finale della legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario¹⁶⁹ rechi la diversa formula di chiusura secondo la quale, salvo talune tassative eccezioni (beninteso, tutte ipotesi, quelle derogatorie, che trascendono però l'ambito dei poteri impugnatori delle parti processuali), *"non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale"*¹⁷⁰.

Tornando adesso alla suddetta casistica di interventi, per così dire, *"restauratori"* di una tipicità (offensiva) ormai compromessa in via

¹⁶⁷ Al riguardo, cfr., per tutti, M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 101 ss.

¹⁶⁸ Sul punto, si veda, criticamente, A. MANNA, *Riforma dell'ordinamento giudiziario e scelte della "modernità" nella teoria dell'interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1860 ss.

¹⁶⁹ V. legge 25 luglio 2005, n. 150, in *Gazz. uff.* 29 luglio 2005, n. 175, *Suppl. ord. n.* 134.

¹⁷⁰ V. pure, per l'attuazione di questa parte della legge delega, il D.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, in *Gazz. uff.* 21 marzo 2006, n. 67: per un commento al riguardo, cfr., per tutti, E. ROSI, *Gli illeciti disciplinari*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1506 ss.

giurisprudenziale, in essa rientrano sicuramente l'ultima riforma del delitto di *abuso d'ufficio*¹⁷¹ e quella del c.d. *falso in bilancio*¹⁷².

Interventi novellistici, questi – lo si anticipa qui – entrambi più che giustificati, ragionando sul piano dei principi costituzionali che governano la materia penale – ma anche quella processuale – oltre che attuati mediante una tecnica redazionale sostanzialmente corretta, ma specularmente anche tali da ingenerare forti perplessità, ragionando invece in una ben più ampia prospettiva politico-criminale, in quanto parziali e soprattutto in quanto “sospettosamente” parziali¹⁷³.

Ma procediamo con ordine. Quanto all'abuso d'ufficio, è sufficiente soffermarsi per un attimo sulle sue vicende applicative nell'era di “Tangentopoli”, per rendersi agevolmente conto dell'elevatissimo *deficit* di determinatezza che affliggeva l'art. 323 c.p., *pur dopo* – anzi, diremmo quasi, *ancora di più dopo* – la integrale riforma di questa disposizione operata qualche anno prima. La norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, infatti, era assunta ormai al rango di autentico *leit-motiv* delle contestazioni elevate a carico di politici e di pubblici amministratori in genere, coinvolti nei noti scandali affaristici dell'ultimo decennio del secolo appena trascorso. Ciò, per l'appunto, in conseguenza della sua congenita capacità strutturale a modellarsi, disinvoltamente, su qualsiasi capo di imputazione formulabile nei confronti dei predetti soggetti istituzionali, proprio perché agevolmente impiegabile al fine di potere contestare qualsiasi, pur generica e minima, forma di abuso o strumentalizzazione della funzione pubblica. Il tipo legale in questione risultava infatti modulato sullo schema del *reato di pericolo*, quindi con un

¹⁷¹ Cfr. art. 1, legge 16 luglio 1997, n. 234.

¹⁷² Cfr. art. 1, comma 1, D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

¹⁷³ Per una diffusa analisi di tali due norme incriminatrici, compiuta nella medesima prospettiva d'indagine da noi seguita nel testo, cfr., di recente, V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento*, cit., p. 185 ss.

disvalore penale incentrato unicamente sulla *condotta*; su di una condotta peraltro *non descritta per note interne* e quindi assolutamente inidonea a fornire quella base di oggettività necessaria per far funzionare *in chiave selettiva* il *dolo specifico* abbinato alla norma *de qua*. Con l'aggravante di una *cornice sanzionatoria* talmente elevata nel massimo da autorizzare il ricorso a misure coercitive di tipo cautelare; misure, poi, di fatto sistematicamente utilizzate dai pubblici ministeri, evidentemente all'unico e malcelato scopo di sollecitare in tal guisa una *collaborazione processuale*, in funzione della successiva scoperta di ben più gravi condotte illecite, a quel tempo ancora solo sospettate e quindi non contestabili agli imputati¹⁷⁴.

Una realtà prasseologica, quella dell'abuso d'ufficio, dunque insostenibile, perché foriera di sistematiche e reiterate invasioni del potere giudiziario nella sfera di competenza del potere esecutivo, quindi di ingerenze dei giudici sul terreno della politica.

Da qui, l'approntamento della già segnalata riforma. Una riforma, dunque, assolutamente indispensabile e anche – per come parimenti si è già detto – effettuata in aderenza ai garantistici postulati della determinatezza. Il delitto di abuso d'ufficio veniva trasformato, infatti, in una *fattispecie di danno*, adesso peraltro corredata da un *disvalore di condotta* descritto con precisione e analicità, oltre che da una *tipicità soggettiva* “rafforzata” dalla richiesta di un *dolo intenzionale*. Sicché, mero pericolo, dolo specifico, disvalore indeterminato di condotta e dolo eventuale, venivano assolutamente spazzati via da un legislatore deciso a

¹⁷⁴ Per un'ampia disamina della fattispecie delittuosa in esame, con particolare riguardo ai suoi intrinseci *deficit* di determinatezza nella versione vigente tra il 1990 e il 1997, cfr. C. BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio*, in G. Marinucci-E. Dolcini (sotto la direzione di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 552 ss.; E. BAFFI, *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in C. Fiore (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 267 ss.

frenare la inarrestabile deriva applicativa della fattispecie di abuso d'ufficio¹⁷⁵.

Ma analogamente a quanto si è detto per l'abuso d'ufficio deve dirsi anche a proposito della già rammentata riforma del c.d. falso in bilancio, se è vero che pure questa fattispecie era stata nel tempo sensibilmente *trasformata* dalla giurisprudenza, in particolare attraverso la messa al bando della connotazione di *fraudolenza* della condotta tipica, sì da divenire una fattispecie assimilabile a un *reato contro la fede pubblica*, in quanto finalizzata alla tutela del macroscopico ed evanescente bene giuridico costituito dalla *trasparenza societaria*.¹⁷⁶

Un ulteriore esempio, quello appena divisato, di politica giudiziaria *tout court*, dal momento che una simile *destrutturazione* della fattispecie ad altro non aveva mirato se non, principalmente, ad un'auto-legittimazione della nostra giurisprudenza allo svolgimento di indagini penali all'interno delle strutture societarie private. Ancora una volta per il tramite di contestazioni generiche, rese possibili da una norma incriminatrice indeterminata, la giurisprudenza finiva dunque per procurarsi da se medesima le condizioni ideali per potersi ingerire (stavolta) all'interno degli organismi imprenditoriali del settore privato, onde potere eventualmente scoprire condotte illecite ben più gravi di quelle formalmente contestate agli imputati. Nulla di diverso, insomma, da quanto accadeva sul diverso versante del settore pubblico, mediante lo smodato utilizzo della norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio.

¹⁷⁵ Sulla norma riformata nel 1997, soprattutto con riguardo al livello di determinatezza così recuperato, cfr., tra gli altri, C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, p. 20 ss.; A. CARMONA, *La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1845 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1639 ss.

¹⁷⁶ Sulla indeterminatezza del falso in bilancio, anteriormente alla citata riforma del 2002, cfr., per tutti, L. FOFFANI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in A. Giarda-S. Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Milano, 2002, p. 234 ss.

Anche questa volta, quindi, una *ristrutturazione* della fattispecie si rendeva indispensabile, così come deve ammettersi come anche una simile operazione legislativa sia stata meritoriamente condotta in ossequio ai sovraordinati canoni regolativi dell'illecito penale. La nuova incriminazione risulta, infatti, articolata in due distinte fattispecie, l'una contravvenzionale e di natura pericolosa, l'altra, più grave, delittuosa e di natura dannosa. Entrambe le fattispecie, però, presentano un *disvalore di condotta analiticamente tipizzato* soprattutto attraverso il riferimento alla *idoneità ingannatoria* quale requisito delle falsità od omissioni tipiche; per entrambe le ipotesi criminose è previsto, inoltre, il necessario superamento di determinate *soglie qualitative e quantitative*, che, proprio perché significative del disvalore del fatto al quale accedono, dovranno essere qualificate come *elementi del fatto* medesimo e non già come condizioni di punibilità; entrambe le fattispecie di falso in bilancio, infine, sono adesso caratterizzate, sul piano della *tipicità soggettiva*, da un dolo generico necessariamente *intenzionale*, oltre che da un dolo specifico¹⁷⁷.

In conclusione, può ben dirsi che, dopo le ricordate riforme legislative, le due norme incriminatrici sin qui sommariamente passate in rassegna denotano una spiccata conformità al principio di determinatezza - una determinatezza che, tra l'altro, qui più che altrove, mostra con ogni evidenza la sua *duplice anima*, sostanziale e processuale - con ciò riallineandosi le corrispondenti fattispecie criminose alle esigenze di sussidiarietà, frammentarietà, materialità, offensività e colpevolezza che informano il complessivo statuto costituzionale del reato.

¹⁷⁷ Sul nuovo assetto del falso in bilancio, a seguito della riforma del 2002, cfr., per tutti, A. LANZI-C. PRICOLO, sub *art. 2621 c.c.*, in A. Lanzi-A. Cadoppi (a cura di), *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, p. 21 ss.

Tuttavia, per come si è già lasciato intendere all'inizio, le due vicende legislative in discorso, proprio perché *settoriali*, innescano una serie di considerazioni di politica criminale che riesce impossibile qui sottacere.

Sarebbe come a dire, infatti, che, "*quando vuole*", il legislatore interviene e lo fa anche bene, ristabilendo cioè perfettamente una determinatezza ormai dimenticata nelle aule di giustizia. Ma il punto è proprio questo. I due piani di intervento in questione, infatti, confermano, in un certo senso, l'impressione che il nostro legislatore penale interviene e anche correttamente per ripristinare la legalità, solo quando entrano in gioco certi interessi; interessi, per così dire, latamente *propri*, ossia esigenze di garanzia come quelle recate dai politici stessi o dai pubblici amministratori o dai vertici del settore produttivo privato (soggetti, questi ultimi, evidentemente anch'essi "ben rappresentati" in Parlamento).

Concludendo sul punto, a noi sembra che la *saltuarietà* e la stessa *settorialità* (di una simile *saltuarietà*) interventista, denotate dal nostro legislatore, costituiscano tutt'altro che trascurabili indici rivelatori della esistenza di una politica criminale *costituzionalmente orientata*, per così dire, *in una direzione sola di tutela*. In altri termini, la sensazione è che, per il nostro legislatore penale, la garanzia di determinatezza della legge penale costituisca niente più che una necessità *contingente* e soprattutto "*di classe*".

CAPITOLO QUARTO

Principio di determinatezza e tecniche di redazione della legge penale tra diritto vigente, vivente e futuro

Sommario: *4.1 Presentazione dell'indagine. – 4.2. Modalità e contenuti redazionali della legge penale: tecnica casistica e per clausole generali; elementi descrittivi e normativi; disvalore di evento, di condotta, di azione e di intenzione. – 4.2.1. Il reato omissivo improprio tra clausola generale di incriminazione e tipizzazione delle posizioni di garanzia penalmente rilevanti. – 4.2.2. Il concorso di persone nel reato tra modello unitario e modello differenziato. – 4.2.3. Vizio di mente e concetto di "infermità" nel contesto della imputabilità. – 4.3. Definizioni e pseudo-definizioni legali. – 4.3.1. Definizioni legali e parte generale del codice penale: oggetto e forme del dolo, con particolare riguardo alla problematica regolamentazione del dolo eventuale. – 4.4. Dalle definizioni alle denominazioni legali: il caso delle condizioni obiettive di punibilità.*

4.1. Presentazione dell'indagine

In questo capitolo conclusivo del nostro lavoro indagheremo sulle principali tecniche di formulazione delle norme penali, delineando di conseguenza quelle che vanno a costituire le principali opzioni redazionali che la scienza della legislazione offre al Parlamento nel momento della consacrazione in legge delle sue scelte politico-criminali.

Al di là di ogni disincanto di marca illuministica, il modello di legislazione penale realisticamente oggi auspicabile è, con ogni probabilità, scolpito da una già ricordata giurisprudenza costituzionale. Occorre – secondo il Giudice delle leggi – che i precetti penali detengano *“requisiti minimi di riconoscibilità e di intelligibilità (...) in difetto dei quali la*

*libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate*¹⁷⁸. Compito della scienza della legislazione è dunque quello di fornire al legislatore le tecniche redazionali che consentano al diritto penale il raggiungimento di *“requisiti minimi di riconoscibilità e di intelligibilità”*.

Nei paragrafi che seguono la nostra attenzione si appunterà, in primo luogo, sull'alternativa di fondo tra una tecnica di legiferazione di tipo *casistico* ed una invece di tipo *sintetico* (o *per clausole generali*). Quindi, si passerà ad un'analisi dei possibili contenuti terminologici di una norma penale, provando a illustrare i costi e i benefici connessi all'utilizzo di concetti *descrittivi* ovvero *normativi* e soffermandoci segnatamente su questi ultimi e sul ruolo che essi sono chiamati a svolgere in un diritto penale sempre più informato dalle esigenze della *modernità*, quindi sempre più debitore di *etero-integrazioni*, giuridiche ed extragiuridiche. A quel punto, si approfondirà il tema delle *definizioni legali* (con particolare riguardo alla parte generale del codice penale), onde valutare i vantaggi e gli svantaggi di un simile irrigidimento normativo degli snodi nevralgici inerenti al processo di imputazione del reato. Un irrigidimento, questo, che non è escluso possa e debba finanche tradursi in una capillare attività *denominativa* di parte speciale, con riguardo a istituti *già definiti* in sede di parte generale.

Va segnalato come il presente studio sulle tecniche di redazione della legge penale risulti calibrato soprattutto sui settori del diritto penale maggiormente contrassegnati da un *diritto vivente* dimostrativo di un *deficit* di determinatezza del corrispondente diritto di fonte legale. In quest'ottica, la nostra attenzione si concentrerà su alcuni istituti di parte generale, allo scopo di provare a fornire, guardando in particolare alle soluzioni già approntate dai vari progetti di riforma del codice penale

¹⁷⁸ V. Corte cost. 22 aprile 1992, n. 185, cit.

predisposti nell'ultimo ventennio, qualche indicazione redazionale utile a ripristinare un livello di determinatezza costituzionalmente tollerabile.

4.2. Modalità e contenuti redazionali della legge penale: tecnica casistica e per clausole generali; elementi descrittivi e normativi; disvalore di evento, di condotta, di azione e di intenzione

In sede di redazione delle norme penali, sia di quelle di parte generale sia di quelle di parte speciale, il legislatore può fare ricorso a diverse tecniche e impiegare concetti di varia natura. Tecniche e concetti i quali, evidentemente, dovranno reggere al vaglio del principio costituzionale di *determinatezza*¹⁷⁹.

In argomento rileva, anzitutto, la differenza tra una tecnica di normazione *casistica* ed una, invece, *per clausole generali*. Con la prima si allude ad una tecnica che tende a una costruzione minuziosa ed analitica della fattispecie penale, ossia a una descrizione puntuale e precisa dei comportamenti e delle situazioni alle quali la norma intende guardare. Con la seconda ci si intende riferire, invece, ad una tecnica che rinuncia a una definizione capillare dei contorni della fattispecie penale, limitandosi alla formulazione di un enunciato destinato ad essere precisato e riempito dall'attività interpretativa dei giudici. Costituiscono – come vedremo nei paragrafi che seguono – tipici esempi di normazione *per clausole generali* la disposizione generale in tema di concorso di persone nel reato e quella in tema di responsabilità per omissione impropria.

Senonché, un rapido sguardo alle opinioni rese in argomento dalla nostra dottrina segnala la esistenza di posizioni discordanti in merito alla preferibilità dell'una o dell'altra tecnica di redazione della legge penale.

¹⁷⁹ Nel senso che, in linea di principio, entrambe le tecniche redazionali si porrebbero in conflitto con il principio di determinatezza-tassatività, cfr. M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in Aa.Vv. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, p. 158 ss.

Una netta propensione per la *tecnica casistica* è espressa, invero, da coloro i quali muovono da una concezione *forte* del principio di determinatezza ed è accompagnata dalla precisazione che il ricorso ad essa non comporta il costo dell'apertura di *lacune repressive*, per come spesso viene invece addotto a sua confutazione. A tale riguardo, si fa notare, infatti, come la esistenza di lacune costituisca una evenienza del tutto fisiologica per una materia come il diritto penale, in ragione delle note di *frammentarietà* e di *sussidiarietà* che valgono a distinguerlo in modo netto dagli altri rami dell'ordinamento giuridico. Ciò certamente con riguardo alla lacune c.d. *originarie*, laddove, quanto alle lacune c.d. *derivate*, ossia a quelle che si possono aprire successivamente alla formazione di una norma strutturata in maniera casistica a causa di mutamenti sociali intervenuti nel corso del tempo, si replica agevolmente come un simile fenomeno, lungi dal recare inevitabilmente con sé il rischio di interpretazioni correttive da parte della giurisprudenza, risulti comunque compensabile dal legislatore stesso attraverso un intervento successivo, diretto, per l'appunto, a colmare la lacuna aperta dalla costruzione casistica di una determinata norma penale. In altri termini, per questa dottrina, è con ogni evidenza la incondizionata fiducia riposta nel principio di legalità, nel caso di specie nel principio di tassatività e nel connesso divieto di analogia *in malam partem*, a fare accordare sicura preferenza al metodo redazionale di tipo *casistico*¹⁸⁰.

Sul punto, tuttavia, altra parte della nostra dottrina obietta come una simile preferenza denoterebbe una sorta di malintesa accezione della *certezza del diritto*, dal momento che la *tecnica casistica* conduce comunque a una eccessiva *frammentazione* del precetto penale, come tale certamente in grado di oscurare il senso di una norma. A ciò dovrebbe aggiungersi,

¹⁸⁰ Per questo punto di vista, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 123 ss. Conformemente, si veda M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., p. 60.

poi, l'ulteriore e connesso rischio costituito dalla creazione di *lacune sostanziali* in relazione a tutte le ipotesi affini a quelle casisticamente previste, che obbligherebbero il giudice a forzature interpretative lesive del principio di determinatezza e tassatività¹⁸¹.

Ad ogni modo, restano indubbe le ricadute negative in termini di *economia legislativa* arrecate dall'utilizzo di una tecnica di normazione *casistica*, poiché è innegabile che un puntuale ossequio ad essa è certamente in grado di determinare la formazione di testi legislativi lunghi, verbosi e prolissi, con l'effetto di una vera e propria *elefantiasi* della legislazione penale¹⁸².

Nondimeno, le *clausole generali* prestano irrimediabilmente il fianco a operazioni interpretative di segno *creativo* in alcun modo sopportabili per un diritto penale ispirato al principio di determinatezza¹⁸³. Certo, nessuno intende negare qui la inevitabilità del ricorso ad una *normazione sintetica* soprattutto in relazione a fattispecie penali poste a tutela di beni giuridici di rilevanza fondamentale per la persona umana. Le *fattispecie causalmente orientate* ne costituiscono un nitido esempio, essendo caratterizzate dalla integrale rinuncia a una descrizione delle condotte reputate in grado di produrre l'evento codificato, giustappunto supplita dal ricorso alla *sintetica* formula linguistica "*cagionare*", la quale viene correttamente ritenuta idonea a evitare possibili sconfinamenti dalla tipicità formale. E infatti, un verbo così pregnante funziona indubbiamente da filtro selettivo della responsabilità penale, nella misura in cui evoca leggi scientifiche o massime di esperienza, in sé capaci di restringere l'area

¹⁸¹ Così T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2004, p. 28.

¹⁸² In tal senso, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 126 s.

¹⁸³ In posizione apertamente critica nei riguardi di una legislazione penale sintetica o per principi, cfr. M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 50 ss.; nonché, soprattutto, W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Mohr, Tübingen, 1973; W. KLAB, *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, p. 122 ss.

delle condotte tipicamente idonee a determinare il verificarsi dell'evento espressamente codificato dalla norma¹⁸⁴.

In via più generale, deve comunque segnalarsi una certa tendenza dottrinale a una *rivalutazione* delle *clausole generali* in sede di redazione delle norme penali soprattutto con riguardo alla *parte generale* del codice. In proposito, si fa rilevare infatti la maggiore costanza ed omogeneità delle applicazioni giurisprudenziali riferibili alle norme penali di parte generale rispetto a quelle di parte speciale, con la conseguenza di una maggiore prevedibilità delle decisioni dei giudici. Analogamente, si fa notare come le norme di parte generale si applichino tendenzialmente a tutte le fattispecie incriminatrici di parte speciale, di talché la loro dilatazione in riferimento a singole fattispecie criminose non detiene efficacia diffusiva. Ne consegue che la teorizzata *elasticità* della norma di parte generale sarebbe inevitabilmente destinata a "rientrare" allorché sarà cessata la eventuale *emergenza applicativa* palesatasi in riferimento a una singola norma incriminatrice¹⁸⁵.

Senonché, pur se risulta impossibile formulare in proposito un'aprioristica valutazione di tipo assoluto, restiamo del parere che a una legislazione *per clausole generali*, la quale trasferisce per intero al giudice il compito di fissare i contenuti del precetto penale, debba, quantomeno in via tendenziale, preferirsi una legislazione di tipo *casistico*, la quale detiene infatti una maggiore *capacità esplicativa*, assicurando in tal modo una più elevata rispondenza del linguaggio normativo alla effettiva intenzione del legislatore.

Spostandoci adesso dal piano delle tecniche redazionali in generale a quello relativo ai contenuti redazionali specifici che una norma penale può possedere, ossia sul tipo di termini che in essa possono essere

¹⁸⁴ Così, ancora, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 127.

¹⁸⁵ Cfr., in tal senso, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 122.

impiegati, a rilevare è soprattutto la classica distinzione tra *elementi descrittivi* ed *elementi normativi* di fattispecie.

Per *elementi descrittivi* si intendono quelle componenti di fattispecie che si riferiscono “a oggetti della realtà fisica o a fenomeni psichici, suscettibili di essere accertati con i sensi o comunque attraverso l’esperienza”¹⁸⁶. A titolo meramente esemplificativo, sono concetti *descrittivi* la locuzione “morte di un uomo” (art. 575 c.p.) o quella “minore degli anni diciotto” (art. 98 c.p.). Si tratta, dunque, di termini la comprensione dei quali è possibile attraverso il sensorio umano o la esperienza comune.

Per contro, con la locuzione *elementi normativi* si allude a quelle componenti del reato che si riferiscono “ad una norma, o ad un insieme di norme, giuridiche o extragiuridiche”¹⁸⁷, ossia “a dati che possono essere rappresentati e compresi soltanto sotto il presupposto logico di una norma”¹⁸⁸. I concetti *normativi* – per come si è appena visto – possono rivestire dunque natura *giuridica, penale o extrapenale*, ovvero *extragiuridica*, a seconda, cioè, che il loro significato debba ricavarsi da *norme giuridiche* (ora *penali*, come nel caso, ad esempio, dell’elemento normativo “reato” di cui all’art. 368 c.p.; ora *extrapenali*, come nel caso, ad esempio, dell’elemento normativo “altruità” di cui all’art. 624 c.p.), ovvero da *norme non giuridiche*, vuoi di natura *etico-sociale* (è questo il caso, ad esempio, dell’elemento normativo del “comune sentimento del pudore” di cui all’art. 529 c.p.), vuoi di natura *tecnica* (come nel caso, ad esempio, della *colpa generica*, atteso che le regole precauzionali di riferimento, ossia le c.d. *leges artis*, non risultano codificate)¹⁸⁹.

¹⁸⁶ In tal senso, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 131.

¹⁸⁷ Così, ancora, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 131 s.

¹⁸⁸ In questi termini, cfr. K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 147.

¹⁸⁹ Per questa complessiva classificazione delle componenti normative di fattispecie, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *CORSO*, cit., p. 131 ss. A proposito degli elementi normativi, deve comunque osservarsi come la loro concettualizzazione sia tutt’altro

Nondimeno, prima ancora di andare a verificare *se e in che misura* l'una e l'altra categoria si armonizzino con il superiore *principio di determinatezza*¹⁹⁰, giova avvertire come, in dottrina, prevalga la tendenza a ridimensionare la nettezza concettuale di tale tradizionale distinzione tra elementi descrittivi ed elementi normativi. Ciò sull'aderito presupposto che vi siano, da un lato, *elementi descrittivi* che necessitano, comunque, di una interpretazione e, dall'altro lato, *elementi normativi* dotati di un nucleo concettuale empiricamente percepibile. D'altronde, in questo stesso contesto critico si fa notare pure come le due tipologie di elementi presentino parecchi punti di contatto, nel senso che talune componenti di fattispecie detengono contemporaneamente caratteristiche proprie dell'una e dell'altra categoria in esame. Ciò - si dice - anche in stretta dipendenza del contesto normativo all'interno del quale la singola componente risulta impiegata (tra gli esempi addotti al riguardo, particolarmente calzante ci pare quello costituito dall'elemento di fattispecie della "violenza"). Da qui, le difficoltà di inquadrare taluni elementi ora tra quelli *descrittivi*, ora tra quelli *normativi*¹⁹¹.

Fatta questa precisazione, va in ogni caso segnalato come una sorta di *relativizzazione* della questione qui in esame concerna anche il piano stesso della valutazione in ordine alla compatibilità (o meno) dell'una e dell'altra categoria concettuale al principio di determinatezza di cui al capoverso dell'art. 25 Cost.

In effetti, oggi in dottrina si muove essenzialmente dal presupposto che, in linea di principio, "la imprecisione può derivare sia dell'impiego di termini

che pacifica in dottrina: al riguardo cfr., infatti, A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 483; G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, vol. I, Napoli, 1965, *passim*.

¹⁹⁰ Sul tema cfr., in generale, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 167 ss.

¹⁹¹ Per entrambe queste riflessioni critiche, cfr. M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., p. 58.

descrittivi che di termini normativi"¹⁹². Talché, al di là di valutazioni aprioristiche e generalizzate, al riguardo ogni valutazione in chiave di costituzionalità va necessariamente *relativizzata*.

Del resto, per rendersi subito conto di quanto precede, deve osservarsi come la tradizionale assegnazione di una sorta di preconcreta e incondizionata patente di costituzionalità in capo agli *elementi descrittivi*¹⁹³ ceda progressivamente il passo a una valutazione analitica e differenziata di essi, tale da potere condurre finanche a un tempo insospettabili conclusioni nel senso della *indeterminatezza* di componenti di questa natura¹⁹⁴.

E così, in questo contesto si osserva, ad esempio, la stessa *trasformazione in elemento normativo*, con conseguente perdita di determinatezza, addirittura dell'elemento descrittivo *per eccellenza*, ossia il concetto di "morte" (v., infatti, la legge 29 dicembre 1993, n. 578). Analogamente, viene evidenziata la rilevante *ambiguità dogmatica* e la connessa *indeterminatezza* scontata dagli *elementi quantitativi di fattispecie*¹⁹⁵, ossia proprio da quelle componenti che, in quanto *concetti descrittivi di tipo numerico*, vengono solitamente individuate come dotate di *assoluta precisione*¹⁹⁶. *Elementi descrittivi numerici*, i quali, in effetti, vengono oggi

¹⁹² Così G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 132.

¹⁹³ Per un giudizio di assoluta conformità all'esigenza di determinatezza dei concetti descrittivi di tipo naturalistico cfr. M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., p. 159 s.

¹⁹⁴ Per una traccia di questo ridimensionamento cfr. anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 132 ss., i quali segnalano, infatti, la tendenziale imprecisione soprattutto di quei concetti descrittivi che esauriscono in sé la descrizione della condotta vietata (ad es. i termini "incesto" e "rissa"), nonché l'assoluta imprecisione dei concetti descrittivi di tipo quantitativo non numerico (ad es. la già in altra sede analizzata formula "misura rilevante", utilizzata dalla legislazione penale tributaria previgente per indicare la soglia di tipicità o di punibilità delle alterazioni dei risultati delle dichiarazioni dei redditi).

¹⁹⁵ Per entrambe queste critiche, cfr. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 11 ss.

¹⁹⁶ Nel senso della precisione assoluta dei concetti descrittivi numerici, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 133.

sempre più spesso presentati come gli strumenti tecnici ideali in vista del perseguimento della precisione del linguaggio legislativo penale. E' questo il caso delle *soglie quantitative numeriche*. Tuttavia, la loro ambiguità dogmatica è senza dubbio palesata dalla qualificazione di esse ora come soglie di *rilevanza del fatto* (ossia alla stregua di elementi della tipicità), ora come soglie di *punibilità* (ossia alla stregua di condizioni di punibilità), per l'appunto in quasi esclusiva dipendenza dell'antitetica opzione assiologica prescelta dall'interprete¹⁹⁷.

Inoltre, in tempi recenti, è dato assistere finanche a una rivalutazione dottrinale dello *standard* di determinatezza assicurato dagli stessi *elementi normativi extragiuridici*, per come è ampiamente testimoniato dal ridimensionamento della tradizionale critica di indeterminatezza rivolta agli *elementi normativi di natura etico-sociale*¹⁹⁸, in forza del rilievo che molti di essi detengano senz'altro un "*saldo ancoraggio nell'esperienza comune dei cittadini*"¹⁹⁹.

D'altronde, sempre a proposito dei suddetti *elementi normativi extragiuridici che rinviano a norme etico-sociali*, autorevole dottrina, muovendo dal presupposto della non rinunciabilità ad essi da parte del diritto penale, finisce per ammetterne la compatibilità costituzionale, pur subordinandola al concorso delle seguenti condizioni: la comprovata impossibilità di ricorrere a formule linguistiche più precise e la reale

¹⁹⁷ Elementi quantitativi, questi, in tempi recenti sempre più spesso impiegati dal legislatore con particolare riguardo al diritto penale societario, tributario, ambientale e fallimentare.

¹⁹⁸ Per questa critica v., per tutti, M. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, p. 160 e G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 140 ss., i quali, con riguardo invece alla seconda sotto-categoria di elementi normativi extragiuridici, costituita dagli *elementi normativi di natura tecnica* (ossia che, al pari degli elementi normativi etico-sociali, rinviano a norme non codificate, ma questa volta aventi *natura tecnica*), osservano che il principio di determinatezza rimane in tal caso salvaguardato purché le regole tecniche richiamate dall'elemento normativo risultino individuate o ben individuabili, nonché consolidate e diffuse.

¹⁹⁹ Per una simile rivalutazione dei concetti normativi che rinviano a *norme extragiuridiche di tipo etico-sociale*, cfr., in particolare, M. RONCO, *op. ult. cit.*, p. 58 s.

necessità dell'intervento penale in funzione della disciplina di quel dato interesse che obbliga il legislatore ad impiegare un elemento normativo extragiuridico di natura etico-sociale²⁰⁰.

Quanto, infine, agli *elementi normativi giuridici*, sebbene se ne debba riconoscere la conformità, più di ogni altro, al dettame costituzionale della determinatezza – non fosse altro che per la maggiore stabilità interpretativa assicurata loro dalla *giuridicità* della norma richiamata²⁰¹ – ciò non basta, tuttavia, a dotare gli stessi di un crisma di incondizionata costituzionalità.

A ben riflettere, infatti, per come è stato correttamente osservato in dottrina, il livello di determinatezza di un *elemento normativo giuridico* risente, per un verso, del simmetrico *grado di chiarezza effettivamente detenuto dai parametri normativi* che devono essere utilizzati in vista della sua qualificazione penalistica, oltre che, per altro verso e soprattutto, del simmetrico *livello di precisione contenutistica e di certezza applicativa* della normativa extrapenale richiamata²⁰².

Orbene, se quanto precede è vero, al riguardo non si può disconoscere come la *modernità* eserciti una fortissima spinta nella direzione della *complessità* del diritto. Una *complessità* che, se in relazione al diritto penale può in qualche modo essere messa in discussione, grazie alla contropinta proveniente dalle esigenze di *sussidiarietà* e *frammentarietà* che vi stanno alla base, viceversa, in relazione alle altre branche dell'ordinamento giuridico, costituisce un dato che ci si può limitare unicamente a

²⁰⁰ In tal senso, cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 29.

²⁰¹ Nel senso della piena conformità degli elementi normativi giuridici al principio di determinatezza cfr. M. ZANOTTI, *op. ult. cit.*, p. 160. Nel senso, viceversa, di una solo tendenziale precisione di essi, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 138 s., i quali, infatti, non mancano di citare in proposito anche esempi penalistici di dubbia compatibilità con l'art. 25 della Costituzione. Sarebbe questo il caso, ad esempio, delle espressioni "*sicurezza pubblica*" o "*ordine pubblico*" che figurano nell'art. 650 c.p.

²⁰² In proposito, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 136 ss.; M. RONCO, *op. loc. ult. cit.*; nonché già D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., p. 232 ss.

registrare. Il diritto amministrativo, il diritto societario, quello tributario e quello fallimentare, il diritto del lavoro, lo stesso diritto civile – giusto per menzionare i sistemi giuridici con i quali il diritto penale entra maggiormente in contatto – tendono, infatti, sempre più a specializzarsi, quindi a infittirsi di norme e, in un certo senso, a *complicarsi*; il tutto allo scopo di *tenere il passo* degli incessanti mutamenti che intervengono nella realtà sociale di riferimento.

Talché, del tutto conseguentemente, gli *elementi normativi giuridici*, che rimandano appunto alla normazione extrapenale, nel momento della incorporazione di essa all'interno del precetto, non potranno che risentire di tutte le *complessità redazionali* e di tutte le connesse *incertezze applicative* proprie del settore giuridico richiamato. Con l'effetto di importare in tal guisa, all'interno della norma penale richiamante, tutte le *imprecisioni normative, interpretative e applicative* proprie della norma giuridica richiamata. Si pensi ai delitti contro la pubblica amministrazione e in maniera particolare al delitto di abuso d'ufficio, il *disvalore di condotta* del quale è espresso per intero dalla normazione amministrativa, anche di rango regolamentare, applicabile al settore pubblico interessato dalla violazione penale.

Peraltro, sempre a proposito degli *elementi normativi giuridici*, oltre che stavolta in riferimento all'intera categoria, quindi compresi gli elementi normativi *giuridico-penali* – ossia *richiamanti una norma penale* – nemmeno deve trascurarsi di considerare la incertezza applicativa che storicamente ne connota lo statuto penalistico. Una incertezza applicativa che si riverbera, di conseguenza, sull'effettivo livello di determinatezza dell'elemento normativo considerato. Si allude, evidentemente, ai mai del tutto risolti problemi interpretativi in tema di *successione della legge penale nel tempo*, con riguardo alle c.d. *modifiche mediate* della fattispecie, nonché in materia di *errore su norma extrapenale*.

Avviandoci verso la conclusione di questa sorta di “parte generale” del tema complessivamente trattato in questo capitolo, non ci rimane adesso che provare a dare una veste più organica a quanto si è già osservato in diverse parti del presente lavoro con riferimento alle modalità tecniche di redazione della legge penale.

In particolare, abbiamo già avuto modo di notare come l’esigenza costituzionale della *determinatezza* “integrata” dalla regola del *contraddittorio* – quale garanzia costituzionale in grado di dare corpo a un diritto penale ispirato alla *materialità*, alla *offensività* e alla *colpevolezza* – sia in massima misura assicurata da una costruzione delle norme incriminatrici secondo il modello dei *reati di evento*. In altri termini, un *disvalore di evento* (di danno o di pericolo concreto) *descritto in conformità al principio di determinatezza* rappresenta la soluzione tecnico-dogmatica ideale per la effettiva realizzazione del complessivo quadro delle garanzie costituzionali del sistema penale. Certo, ad un *disvalore (determinato) di evento* ben potrà associarsi un *disvalore di condotta*, ma sarà necessario che la descrizione delle modalità selezionate come causative dell’evento medesimo risponda realmente al canone della determinatezza, nel senso che la condotta deve risultare sapientemente descritta *per note interne*.

Tutte le volte in cui si fuoriesce da questi prototipi dogmatico-redazionali, iniziano evidentemente a presentarsi rischi di *indeterminatezza* e quindi di violazione di tutte le altre basilari garanzie costituzionali dell’illecito penale. Infatti, norme incriminatrici costruite su di un mero *disvalore d’azione* – come quelle che contemplan *reati di pura condotta* o *di pericolo astratto*, che, oltre a rinunciare all’evento, nemmeno risultano caratterizzate da una descrizione della condotta *per note interne* (si pensi ai *reati omissivi propri* c.d. “*artificiali*”, ma anche a fattispecie criminose più classiche, come il *favoreggiamento personale*) – ovvero, peggio, su di un mero *disvalore di intenzione*, ossia *spiritualizzate* al punto

da non richiedere l'accertamento di alcuna componente di natura fattuale dotata di significato penalistico – si pensi ai *reati a dolo specifico* costruiti intorno a una condotta *penalisticamente neutra* o comunque *solo genericamente* descritta – collidono irreversibilmente con il canone costituzionale della *determinatezza*. Ciò per il fatto di privare completamente l'agente della possibilità di comprendere il confine tra il vietato e il consentito e quindi di determinare liberamente e consapevolmente le sue scelte d'azione, sì da rimettere di fatto una simile demarcazione e quindi le garanzie di libertà dei cittadini al potere giudiziario (*livello sostanziale della determinatezza*), oltre che per il fatto di privare l'agente medesimo, nel momento in cui assumerà le vesti di imputato, di ogni effettiva possibilità di *difendersi provando*, legittimando in tal guisa l'affermazione della sua responsabilità penale al di fuori della *regola del contraddittorio (livello processuale della determinatezza)*²⁰³.

4.2.1. Il reato omissivo improprio tra clausola generale di incriminazione e tipizzazione delle posizioni di garanzia penalmente rilevanti

I territori di parte generale maggiormente contrassegnati dal dibattito dottrinale intorno ai vantaggi e agli svantaggi recati dall'utilizzo di una tecnica redazionale di tipo *casistico*, ovvero di una legislazione *per clausole generali*, sono probabilmente quelli occupati dal *reato omissivo improprio* e dal *concorso di persone nel reato*.

In effetti, guardando alla parte generale del nostro codice penale, gli artt. 40, comma 2, e 110 c.p. figurano quali veri e propri *prototipi* di normazione *sintetica*, recando nulla più che una *clausola generale di incriminazione*, in forza della quale il raggio applicativo di buona parte delle fattispecie criminose di parte speciale viene esteso al di là del tipo legale tassativamente codificato, sino a ricomprendere anche condotte di

²⁰³ In argomento si rinvia, in particolare, al Cap. 1.

natura omissiva, ovvero contributi, attivi od omissivi, per l'appunto in sé *atipici*.

In definitiva, in relazione ai due casi appena segnalati, la tecnica redazionale prescelta dal legislatore penale risulta tale da affidare alla giurisprudenza ampi margini di manovra in sede di determinazione dei contenuti di due intere classi di illeciti penali: il reato omissivo improprio e la fattispecie plurisoggettiva concorsuale. I rischi di inosservanza del principio di determinatezza che così si vengono a determinare sono pertanto di tutta evidenza.

Orbene, prendendo le mosse dalla prima delle due disposizioni penali più sopra citate, l'art. 40 cpv. c.p., è noto come essa disciplini il *reato omissivo improprio* sulla base di una mera *clausola generale di equivalenza*, stando alla quale una responsabilità penale (per omissione) – in tal guisa parificata a livello sanzionatorio alla responsabilità penale per azione – si avrà tutte le volte in cui risulterà violato un *obbligo giuridico di impedimento* di un evento (ossia dell'evento codificato dalla fattispecie criminosa di parte speciale). Combinandosi con questa clausola di parte generale, dunque, i *reati commissivi di evento* previsti nella parte speciale si duplicano, dando vita, cioè, a corrispondenti figure di *illeciti omissivi di evento*, allorché quest'ultimo rappresenti la conseguenza naturalistica del mancato compimento di un'azione doverosa, ossia di una condotta attiva imposta dall'ordinamento giuridico nel suo complesso. In definitiva, tutti i reati commissivi di evento – *rectius*: tra questi, soltanto i *reati causali puri*, ossia quelli c.d. "*a forma libera*", anche se è noto come la nostra giurisprudenza non esiti a trasformare in reati omissivi impropri anche i reati di evento c.d. "*a forma vincolata*" (il caso emblematico è costituito dal delitto di truffa), in spregio al *principio di frammentarietà*, invero nel contesto dell'art. 40 cpv. c.p. presidiato dall'utilizzo del verbo "*cagionare*" che dovrebbe di conseguenza funzionare quale filtro selettivo della

responsabilità per omissione estromettendovi, per l'appunto, i reati di evento a forma vincolata – sono *convertibili* in reati omissivi di evento in forza di una disposizione penale di parte generale *a struttura sintetica*, dotata di una generale funzione di tipizzazione.

Nel corso del tempo, e denotando un *trend* di esponenziale crescita – in stretta correlazione con l'incremento degli *obblighi di solidarietà sociale* assunti dal moderno *Stato sociale di diritto* e spesso assiomaticamente selezionati dalla giurisprudenza come meritevoli della tutela penale – la disposizione di cui all'art. 40 cpv. c.p. si è dimostrata foriera di una formidabile capacità espansiva della responsabilità penale, al punto da fare affermare come essa figuri oggi come “*uno dei casi più clamorosi di creazione giudiziale delle fattispecie penali*”²⁰⁴.

In proposito, in una fase precedente del nostro lavoro²⁰⁵, si era già visto, ad esempio, come l'applicazione pratica del *diritto penale d'impresa* segnali, piuttosto di frequente, assai discutibili affermazioni di responsabilità per omissione fondate sul rimprovero del mancato impedimento di eventi (se non di reati) cagionati da altri soggetti. Imputazioni, queste, contrassegnate proprio da un disinvolto utilizzo della *clausola di equivalenza* che qui ci occupa (eventualmente associata alla ulteriore *clausola generale* di cui all'art. 110 c.p., tutte le volte in cui entra in gioco l'ascrizione di un reato commesso da altri, non già quindi di un evento semplicemente non impedito, onde potere affermare la simmetrica responsabilità di un altro soggetto a titolo di concorso omissivo), in guisa da legittimare condanne fondate su mere *responsabilità di posizione*, ossia sulla base della mera ricognizione del ruolo verticistico occupato da taluni soggetti all'interno di una complessa realtà aziendale,

²⁰⁴ Così, testualmente, M. ROMANO, *sub* art. 40 c.p., in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 392.

²⁰⁵ V. *retro*: 3.3.1

come tale attributiva di meri *obblighi di sorveglianza e di vigilanza*, tuttavia asseritamente ritenuti produttivi di una responsabilità penale per ogni caso di generica inosservanza degli stessi.

La *sfrenata* dilatazione applicativa del reato omissivo improprio costituisce, insomma, una sorta di *leit motiv* del dibattito dottrinale più recente, al punto che la disposizione di cui al capoverso dell'art. 40 c.p. – come avremo modo di vedere tra poco – è stata al centro di diverse proposte di modifica maturate nell'ambito dei vari lavori di riforma della parte generale del codice penale.

Più in particolare, le censure più frequentemente formulate dalla dottrina si appuntano sul palese *anacronismo* che affligge la disposizione medesima, in ragione della sua conformazione strutturale in linea con i dettami di un *diritto penale meramente sanzionatorio*, in quanto basata su di un generico rinvio alla normativa extrapenale per la selezione degli obblighi impeditivi dell'evento, oltre che in linea con i postulati di un *diritto penale di stampo liberale classico*, nel quale, data la marginalità del reato omissivo improprio, risultava sostanzialmente assente il rischio di una dilatazione della responsabilità penale per omissione. Per converso, il diritto penale contemporaneo tende ad acquisire una dimensione sempre più *solidaristica e tecnocratica*, evidenziando in tal guisa necessità di una puntuale indicazione normativa degli obblighi produttivi di una responsabilità penale per il caso della loro inosservanza. Ricorrente è, pertanto, la censura di *indeterminatezza* che connota la norma *de qua*, in considerazione della incertezza che la caratterizza in ordine alla individuazione degli specifici obblighi *non impeditivi*, nonché circa la sfera dei *beni da proteggere* e degli *eventi da impedire*. Affatto correlativamente, in questo stesso contesto nemmeno si manca di denunciare la violazione del principio di *personalità colpevole* della responsabilità penale, dato il costante rischio di uno sconfinamento verso forme di *responsabilità per*

fatto altrui, che inevitabilmente discende dalla possibilità offerta alla giurisprudenza di reputare sufficiente, ai fini qui richiesti per punire, la esistenza formale di un obbligo di impedimento di un evento, con contestuale rinuncia alla verifica se a un simile obbligo corrisponda (o meno) un reale *potere impeditivo* dell'evento medesimo. Da questo punto di vista, infatti, è chiaro come la prescrizione normativa intorno alla *giuridicità* dell'obbligo impeditivo, *da sola* non basti ad assicurare una selezione di quelli realmente idonei a rilevare *ex art. 40, comma 2, c.p.*²⁰⁶. Nondimeno, a riprova della estrema complessità della questione in esame, che vede contrapposte determinatezza e frammentarietà da un lato, e necessità di tutela di beni giuridici talora fondamentali dall'altro lato, non è certo un caso che l'esperienza riformistica dell'ultimo ventennio segnali una contraddittorietà di scelte al riguardo, ora mostrando di tendere verso soluzioni innovative ispirate alla *tecnica casistica*, ora optando per la conferma di una opzione redazionale *di tipo sintetico*, benché con l'aggiunta di talune essenziali precisazioni, rispetto alla vigente norma, potenzialmente in grado di colmare i sin qui rilevati *deficit* di incostituzionalità che le sono connaturati.

Scendendo più nel dettaglio, è noto infatti come il *progetto Grosso* e il *progetto Nordio* avessero optato per una radicale trasformazione della disciplina del reato omissivo improprio, segnatamente attraverso la *tipizzazione casistica* delle singole *posizioni di garanzia* in grado di innescare una responsabilità penale per omissione, nonché attraverso la connessa indicazione, per ciascuna di dette posizioni di garanzia, dei *beni da proteggere* e degli *eventi da impedire*. Così facendo, dunque, unicamente la *legge penale* avrebbe rivestito il rango di *fonte costitutiva* degli obblighi

²⁰⁶ In argomento cfr., tra gli altri, I. LEONCINI, *Le "posizioni di garanzia" nel progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale*, in A. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 183 ss.

impeditivi, demandandosi alla legge extrapenale la residuale funzione di *fonte di disciplina* delle singole posizioni di garanzia²⁰⁷.

A ben vedere, simili opzioni “forti” di tecnica legislativa, peraltro assolutamente innovative nel complessivo panorama codicistico europeo, muovevano dal presupposto che l’inconveniente di un’apertura, per tale via, di *vuoti di tutela* avrebbe costituito, per così dire, un “male minore”, rispetto alla elevata imprevedibilità delle conseguenze applicative insite in una qualsivoglia definizione di ordine generale dello stesso tipo di quella in vigore²⁰⁸.

Nondimeno, giova avvertire come la dottrina maggioritaria abbia sempre serbato un atteggiamento piuttosto scettico nei riguardi di iniziative di riforma così innovative, esprimendo di conseguenza una netta preferenza per la *clausola di parte generale*, nonostante i già tratteggiati problemi di indeterminatezza da essa recati. In particolare, pur riconoscendo la maggiore *validità in astratto* della soluzione di tipo casistico, la nostra dottrina ha sempre dubitato, più che altro, quanto alla sua *praticabilità in concreto*²⁰⁹. E così, è assai diffusa, ad esempio, l’opinione secondo la quale sarebbe certamente destinata a fallire sul terreno pratico qualsiasi tipizzazione dei reati omissivi impropri all’interno della *parte speciale* del

²⁰⁷ Per il *progetto Grosso*, cfr., soprattutto, gli artt. 17-23 quanto alle singole posizioni di garanzia, l’art. 16 quanto alle fonti degli obblighi di garanzia, nonché l’art. 25 con riguardo alle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse. Per il *progetto Nordio*, cfr. art. 12-16.

²⁰⁸ In dottrina, per questa proposta di tipizzazione a livello di parte generale del reato omissivo improprio, cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 392 ss.

²⁰⁹ Secondo F. SGUBBI, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975, p. 87 s., ad esempio, la introduzione nella parte generale di una disciplina della responsabilità omissiva impropria dovrebbe “inevitabilmente scontare un quantum di indeterminatezza nella definizione della condotta, proprio al fine di consentire il necessario apprezzamento concreto della regolamentazione preventiva”, di talché “essendo l’evento naturalistico tipico preveduto dalla legge, al fine di soddisfare la esigenza di riserva di legge, sarà sufficiente che la legge designi i criteri per cui le norme preventive vengono ad esistenza e diventano vincolanti”.

codice penale, in quanto fatalmente portata ad aprire lacune²¹⁰. Ma parimenti infruttuosa viene reputata, altresì, la soluzione tecnica, per così dire, *intermedia*, secondo la quale gli obblighi di garanzia dovrebbero essere codificati “*per gruppi omogenei*”²¹¹. Una simile soluzione, infatti, pur attenuando i rischi di lacunosità appena evidenziati in relazione alla previsione casistica dei singoli tipi omissivi impropri di parte speciale, andrebbe a vanificare i soli vantaggi recati da quest’ultima iniziativa, ossia quelli in chiave di certezza e di determinatezza, non impedendo così alla giurisprudenza di intervenire sia nella identificazione, sia nella delimitazione delle posizioni di garanzia codificate nei predetti “*gruppi*”²¹².

D'altronde, il rilevante *peso specifico* di una siffatta pregiudiziale dottrinale nei riguardi della tecnica casistica si è fatto in particolare sentire trovando eco sia nel *progetto Pagliaro*, sia nel *progetto Pisapia*. Entrambe queste iniziative di riforma, infatti, abbandonavano la tipizzazione casistica e riproponevano la *clausola di equivalenza* tra il “*cagionare*” e il “*non impedire*” l’evento, pur circondando la stessa di talune specificazioni, senza dubbio tali da *innovare* l’attuale disciplina del codice Rocco.

Analogamente a quanto già operato dall’art. 11 del *progetto Pagliaro*, infatti, l’art. 13 del *progetto Pisapia* innovava, rispetto all’art. 40 cpv. c.p., per il fatto di avere introdotto il concetto di “*obbligo di garanzia*” in luogo del vigente “*obbligo di impedire l’evento*”. Un *obbligo di garanzia*, il quale risultava peraltro specificato mediante la previsione della sua necessaria “*attualità*”, della sua necessaria correlazione con un corrispondente “*potere impeditivo*”, nonché della sua necessaria “*giuridicità*”.

²¹⁰ Per questa critica cfr., in particolare, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 448.

²¹¹ In tal senso cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

²¹² Così, ancora una volta, G. GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 449 ss.

Più in particolare, per il tramite del requisito della “*attualità*”, il risultato preso di mira era certamente quello di arginare tutte quelle già divise tendenze giurisprudenziali dirette ad attribuire la responsabilità di eventi lesivi a soggetti titolari di una *pregressa* posizione di garanzia sulla base di un loro residuale, mero *obbligo di vigilanza*²¹³.

Quanto ai “*poteri impeditivi*”, quale necessaria controfaccia degli *obblighi di garanzia*, la loro previsione mirava essenzialmente a comportare una selezione di questi ultimi, sì da escludervi i meri *obblighi di sorveglianza*²¹⁴. Ciò, peraltro, in linea con la espressa sottrazione dall’area degli obblighi giuridici, sancita dal *progetto Pisapia*, di quelli appositamente definiti come di “*mera vigilanza*”. Rimanendo sempre ai “*poteri impeditivi*”, deve peraltro notarsi come il *progetto Pisapia* fosse andato anche oltre il *progetto Pagliaro*, avendovi associato le due seguenti qualificazioni: “*giuridici*” e “*di fatto*”. La richiesta *congiunta* di entrambe queste note qualificanti, la *giuridicità* e la *attualità*, in capo ai *poteri impeditivi* avrebbe permesso, invero, di mettere in luce la vera *ratio* della responsabilità omissiva del garante, poiché sarebbe valsa a segnalare la necessità che quest’ultimo, per potere essere dichiarato responsabile del mancato impedimento di un evento, avrebbe dovuto possedere, proprio in virtù dei suoi poteri *giuridici*, anche la simmetrica capacità *in senso fattuale* di intervenire per rimuovere il pericolo corso dai beni giuridici affidatigli. Poteri “*giuridici*” e poteri “*di fatto*” non erano dunque codificati *in alternativa*, bensì *cumulativamente*, scongiurando così il rischio della formazione giurisprudenziale di posizioni di garanzia fondate sulla sussistenza di semplici *possibilità materiali* di impedire eventi lesivi, le quali, in effetti,

²¹³ Nella Relazione di accompagnamento del *progetto Pagliaro* si avvertiva, d’altronde, che “*l’attualità dell’obbligo potrebbe essere venuta meno anche per un fenomeno diverso da quello del trasferimento della funzione*”.

²¹⁴ La Relazione al *progetto Pagliaro* precisava al riguardo che il garante “*deve essere investito di poteri penetranti, tali da porlo in condizione di impedire realmente l’evento e non semplicemente di agevolare l’altrui impedimento*”.

ben potrebbero sussistere anche in capo a soggetti *non garanti* che si trovino *solo occasionalmente* in rapporto con il bene giuridico affidato ad un altro soggetto.

Quanto, infine, alla necessaria “*giuridicità*” degli *obblighi di garanzia*, lo scopo perseguito dai compilatori dei due succitati progetti di riforma, una volta scartata l’opzione “forte” costituita dalla *previsione casistica* degli obblighi giuridici medesimi, era certamente quello di contenere, in qualche modo, il catalogo delle *fonti costitutive* di posizioni di garanzia, estromettendovi in tal modo il contratto e la *negotiorum gestio*. D’altronde, deve notarsi che, da questo specifico punto di vista, il *progetto Pisapia* era stato assolutamente chiaro nell’attribuire soltanto alla *legge* la natura di *fonte costitutiva*, relegando le fonti subordinate e gli atti di autonomia negoziale al rango di fonti di mera disciplina – *secundum legem* – degli obblighi di garanzia.

4.2.2. *Il concorso di persone nel reato tra modello unitario e modello differenziato*

Ma, ben al di là dell’esempio offerto dall’art. 40 cpv. c.p., se vi è una norma penale di parte generale avverso la quale si leva un coro unanime di critiche a causa della sua palese indeterminatezza, questa è sicuramente costituita dall’art. 110 c.p., ossia dalla disposizione generale in tema di *concorso di persone nel reato*.

La violazione del principio di determinatezza ad opera di questa disposizione penale si coglie, infatti, sotto molteplici profili. Dietro un *modello unitario* che si regge su di un indistinto criterio di causalità, l’art. 110 c.p. rinuncia a una *descrizione* e, ancora prima, finanche a una *menzione* dei contributi atipici punibili a titolo di concorso. Inoltre, esso *parifica a livello sanzionatorio* tutte le condotte concorsuali, appunto in forza dell’indistinto e generalizzato presupposto che esse risultino eziologicamente legate con il reato.

Come si vedrà da qui a poco²¹⁵, la disposizione in esame contiene, in effetti, una classica *definizione meramente nominalistica*, nella misura in cui essa pretende di descrivere l'istituto attraverso un'autentica tautologia, così sintetizzabile: "*è concorrente nel reato, chi concorre nel reato*".

Con una tanto sorprendente, quanto coraggiosa dissociazione da tutti i codici di tradizione latino-germanica, dunque, il codice Rocco ha rinunciato sia a una *tipizzazione casistica*, o quantomeno a una *menzione* anche solo nominalistica dei contributi atipici in grado di fondare una responsabilità a titolo di concorso nel reato commesso dall'autore tipico, sia a una *diversificazione sanzionatoria*, già nel momento edittale, delle conseguenze per i singoli concorrenti atipici, rispetto a quella prevista per l'autore tipico.

Orbene, è sufficientemente noto come un siffatto *modello unitario*, proprio a cagione della sua innegabile *indeterminatezza*, abbia consentito la *creazione* in via giurisprudenziale di figure concorsuali assolutamente inconsistenti sul piano strutturale, sia oggettivo che psicologico. Il paradigma della *causalità psichica*, in maniera particolare, ha autorizzato la *creazione* di modelli concorsuali di gran lunga trascendenti lo stesso schema del *concorso morale*, per come tradizionalmente articolato nelle due forme della *determinazione* e della *istigazione*. Un esempio lampante in questa direzione è costituito dal c.d. *concorso esterno* nei reati associativi, sino a qualche anno fa *spiritualizzato* dalla prassi giurisprudenziale, per l'appunto in forza del suddetto schema della *causalità psichica*, al punto da perdere quei connotati minimi di materialità, nelle forme dell'aiuto o dell'ausilio, che ne potrebbero di giustificarne dogmaticamente la sussistenza. Così facendo, la stessa determinatezza della norma incriminatrice di riferimento, ossia quella direttamente violata dall'autore tipico, ha finito progressivamente per smarrire qualsivoglia funzione di

²¹⁵ V. *infra*: 4.4.

garanzia, dal momento che il fatto tipico viene ordinariamente trasferito dai giudici all'autore atipico in maniera del tutto assiomatica, ossia attraverso nessi psicologici inafferrabili e indimostrabili. Da qui la scomparsa di qualsivoglia traccia di *materialità* in capo al contributo atipico, reso a quel punto del tutto irricognoscibile nella sua fisionomia strutturale e non più in grado di rivelare neanche un collegamento eziologico con il reato, ossia nemmeno più in grado di assolvere al solo requisito richiesto dall'art. 110 c.p. ai fini dell'affermazione della responsabilità a tale titolo. La *causalità psichica* diviene, così, l'autentico *escamotage* dogmatico utilizzato dalla nostra prevalente giurisprudenza per sfruttare al massimo la indeterminatezza dell'art. 110 c.p., sì da potere sanzionare condotte eziologicamente irrilevanti sia a livello di concorso materiale, sia a livello di concorso morale, in quanto nemmeno di tipo istigatorio. Condotte atipiche che, quindi, vengono punite sulla base della mera *influenza psicologica* che esse avrebbero esercitato sull'autore della condotta monosoggettiva tipica. Là dove la prova di una simile influenza psicologica verrà di fatto ordinariamente ricavata in via *presuntiva* dalla stessa commissione del fatto principale. La conseguenza finale di tutto ciò non può che essere costituita dalla rinuncia a giudizi di accertamento *ex post*, in favore di meri *giudizi prognostici*²¹⁶.

Invero, il panorama giurisprudenziale è particolarmente ricco di applicazioni distorte del concorso morale secondo il predetto schema della *causalità psichica*. Ne sono ampia riprova tutte quelle pronunce tese a

²¹⁶ In questa prospettiva fortemente critica cfr., tra gli altri, S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1123 ss.; M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 221 ss. Più di recente, per una diffusa e puntuale analisi critica sul concorso psichico, cfr. M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 815 ss. In argomento, cfr. anche D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema della interazione psichica*, in Aa. Vv. (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, p.185 ss.

qualificare come ipotesi di concorso (morale) nel reato anche casi costituiti dalla semplice *presenza sul luogo del delitto*. Il soggetto presente sul luogo del delitto, in altri termini, pur senza avere apportato alcun contributo materiale alla realizzazione del delitto medesimo, oltre a non avere compiuto alcuna attività propriamente istigatoria, viene punito per il solo fatto di avere accresciuto, con la sua *presenza (ma un presenza meramente passiva)*, il *senso di sicurezza* dell'autore tipico, ossia di averlo fatto sentire *più sicuro* nella commissione del reato. In altre parole, benché il reato non rechi in sé alcuna traccia, né materiale né morale, di un simile contributo esterno, quel soggetto, semplicemente presente sul posto, viene punito per quel reato e peraltro nella stessa misura con cui si punisce l'autore tipico²¹⁷.

Sulla scorta di quanto precede, emerge dunque la elevata problematicità in punto di determinatezza di una norma di parte generale – l'art. 110 c.p. – la formulazione *sintetica* della quale si rivela causa di non più sopportabili abusi giurisprudenziali. La punizione dell'autore atipico secondo lo schema della *causalità psichica* segnala, in effetti, un reciso allontanamento dai principi di materialità, offensività e colpevolezza.

Guardando ai progetti di riforma della parte generale del codice penale, del resto, si evince l'ampio consenso dottrinale in ordine alla estrema gravità di una siffatta indeterminatezza della norma generale in tema di concorso di persone nel reato. Lo sforzo profuso nella direzione di un effettivo recupero della tipicità della fattispecie concorsuale non si riscontra probabilmente in relazione a nessun altro istituto di parte generale.

²¹⁷ In tal senso, cfr., tra le altre, Cass., 31 marzo 1994, Corsi, in CED, 198662, Cass., 11 marzo 1997, in CED, 207582, Cass., 4 dicembre 1996, in CED, 206785, Cass., 15 aprile 1993, La Torre, in CED, 194897, Cass., 2 ottobre 1990, Yanckson, in *Riv. pen.*, 1991, p. 714.

Peraltro, prima ancora di collocarci in questa indispensabile prospettiva *de iure condendo*, è appena il caso di ricordare qui come una rifondazione *costituzionalmente orientata* del principio di determinatezza in chiave *sostanziale-processuale*, quale è quella da noi proposta nell'ambito di questo complessivo lavoro di ricerca, *de iure condito*, detenga delle ricadute particolarmente benefiche anche e soprattutto sul terreno applicativo di fattispecie costruite genericamente come quella qui in esame. Infatti, analogamente a quanto si è già visto a proposito delle *fattispecie causalmente orientate* in genere, anche la fattispecie concorsuale di cui all'art. 110 c.p. si presta a una sorta di *adattamento ermeneutico* alla luce della garanzia costituzionale della *determinatezza orientata al contraddittorio*²¹⁸.

Del resto, alcune applicazioni giurisprudenziali in tema di concorso di persone nel reato rinsaldano il nostro ottimismo. In particolare, qualche tempo fa le Sezioni unite della Cassazione hanno avuto modo di sottolineare la necessità che il giudice dia espresso conto in motivazione dello *specifico ruolo* di ogni singolo concorrente e della relativa *influenza causale* di ogni singolo contributo nella economia complessiva del fatto concorsuale di reato²¹⁹. La mancata tipizzazione delle condotte qualificabili come concorsuali, in altre parole, non può e non deve assolutamente tradursi in una correlativa *indifferenza probatoria* circa il ruolo che sarebbe stato *concretamente* assolto da ciascuno degli imputati chiamati a rispondere del reato a titolo di concorso.

Ai fini della nostra impostazione teorica della tematica della determinatezza, ne consegue che, essendo il giudice obbligato a illustrare in sentenza i contorni reali della partecipazione di ciascun concorrente al

²¹⁸ V. diffusamente *retro*: par. 1.6 e ss.

²¹⁹ Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, P.G. in proc. Andreotti, in *Cass. pen.*, 2004, p. 811 ss. Conformemente, di recente, v. Cass., sez. I, 22 settembre 2006, Ivascu, in *Guida dir.*, 2006, p. 80.

fatto di reato, allora, procedendo “a ritroso”, ogni singolo contributo concorsuale dovrà essere contestato dal pubblico ministero “*in forma chiara e precisa*” e tale specifico addebito dovrà essere analiticamente accertato nel contraddittorio tra le parti.

Certo è che se un simile indirizzo dovesse avere un seguito, tutta quella analizzata giurisprudenza adusa ad ampliare le maglie applicative dell’art. 110 c.p. attraverso il canone della *causalità psichica*, sarebbe senza dubbio destinata finalmente a “cedere il passo”.

D'altronde, spiragli di un siffatto recupero “dal basso” – ossia in via giurisprudenziale – della *determinatezza* della normativa in tema di concorso di persone nel reato si colgono già, anche guardando alla più recente giurisprudenza della Suprema Corte a Sezioni unite in tema di *concorso esterno* al reato associativo²²⁰. Argomentando in scia con le statuizioni offerte in una sua precedente giurisprudenza in tema di causalità²²¹, la Corte Suprema ha sottolineato, infatti, la necessità che anche il concorso morale “*esterno*” in associazione mafiosa si allontani definitivamente dagli schemi probatori, *ex ante*, del c.d. “*aumento del rischio*”, per confluire nell’alveo della causalità correttamente intesa, ossia da accertarsi *ex post*. In particolare, le Sezioni unite della Suprema Corte hanno rimarcato la insufficienza della dimostrazione, *ex ante*, della circostanza che il contributo morale del concorrente “*esterno*” appaia idoneo ad accrescere la possibilità della commissione del reato da parte dell’autore tipico, ove poi, *ex post*, se ne constati la ininfluenza, se non addirittura l’effetto controproducente concretamente avuto nella realizzazione del reato. Fondamentali in tal senso – secondo questa giurisprudenza – sia il richiamo al principio di tipicità (*id est: determinatezza*), attesa la scelta del nostro legislatore di non punire il

²²⁰ Cfr. Cass., sez. un., 20 settembre 2005, Mannino, in *Guida dir.*, 2005, p. 69 ss.

²²¹ Cfr. Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, cit.

mero “tentativo di concorso”, sia il riferimento alla regola probatoria dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”. In altri termini – ed è questo, ai nostri fini, il passaggio saliente della motivazione della sentenza in esame – non è possibile “il surrettizio e indiretto impiego della causalità psichica c.d. da rafforzamento dell’organizzazione criminale, per dissimulare in realtà l’assenza di prova dell’effettiva incidenza causale del contributo materiale per la realizzazione del reato: nel senso che la condotta atipica, se obiettivamente significativa, determinerebbe comunque nei membri dell’associazione criminosa la fiduciosa consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto del concorrente esterno e quindi un reale effetto vantaggioso per la struttura organizzativa della stessa”²²².

Per concludere, entrambe le esemplificazioni giurisprudenziali appena segnalate forniscono una nitida riprova del fatto che il tradizionale atteggiamento dottrinale di insofferenza verso un modello indifferenziato e unitario di disciplina del fenomeno concorsuale di cui all’art. 110 c.p. inizia a penetrare anche sul terreno della giurisprudenza.

Come già si diceva, per tentare di porre un effettivo, nonché soprattutto stabile e duraturo rimedio a una così lampante ipotesi normativa di indeterminatezza, tutti i progetti di riforma del codice penale, sin qui susseguitisi negli ultimi decenni, avevano optato per una *tipizzazione casistica* espressa delle condotte rilevanti come contributi concorsuali, ossia per un modello (finalmente) *differenziato* di disciplina del concorso di persone nel reato.

²²² Tuttavia, per un nuovo “passo indietro” della nostra giurisprudenza in tema di prova della causalità nel c.d. concorso esterno, cfr. Cass., sez. V, 15 maggio 2006, n. 16493, in *Dir. pen. proc.*, p. 1112 ss. In dottrina, sulla estrema problematicità del concorso c.d. “esterno”, cfr., tra gli altri, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di stampo mafioso*, Napoli, 2003, *passim*; G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1325 ss.; nonché, da ultimo, P. MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del “concorso esterno” in associazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 585 ss.

In particolare, ci preme segnalare come il *progetto Nordio* – superando in tal modo le precedenti incertezze palesate dal *progetto Pagliaro* (v. art. 26) e dal *progetto Grosso* (v. art. 45) – avesse offerto un’accurata descrizione della problematica condotta concorsuale di natura “agevolatrice” (v. art. 43), ossia proprio di quel tipo di contributo su cui tende ad innestarsi l’assai criticabile categoria della *causalità psichica*. A proposito del *progetto Grosso*, inoltre, deve ricordarsi l’ulteriore suo “limite” costituito dalla non diversificazione, già a livello edittale, della pena stabilita per i concorrenti. Infatti, tale progetto di riforma (all’art. 44, comma 1), del tutto inopinatamente, perpetuava di fatto la soluzione attualmente vigente, ossia quella volta a “scaricare” una simile eventualità diversificatoria sul terreno dell’applicazione in concreto della pena, segnatamente su quello delle circostanze attenuanti (v. art. 114 c.p.), con la sola differenza, rispetto all’odierno sistema, costituita dalla introdotta obbligatorietà applicativa dell’attenuante prevista per le “condotte attive di rilevanza oggettivamente modesta”²²³.

4.2.3. Vizio di mente e concetto di “infermità” nel contesto della imputabilità

Sempre a proposito di *normazione sintetica* e con riferimento qui anche al problema della determinatezza (o meno) degli *elementi normativi* (extragiuridici), deve notarsi come la disciplina codicistica della imputabilità si componga, tra l’altro, di due disposizioni – gli artt. 88 e 89 c.p. – che, nel prevedere il *vizio, totale o parziale, di mente* quale causa di esclusione, ovvero di attenuazione della responsabilità penale, fanno perno su di un concetto (*normativo extragiuridico*) chiaramente di *sintesi*: la

²²³ In senso decisamente critico nei riguardi del complessivo assetto normativo del progetto Grosso in materia di concorso di persone nel reato, cfr. G. CONTENTO, *Osservazioni sulla proposta di riforma della disciplina del concorso di persone nel reato*; G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*; A. SERENI, *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato*, tutti in A. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale*, cit., pp. 339-365.

“*infermità*”. Un concetto, questo, dalla ricostruzione interpretativa del quale dipende, in buona sostanza, la determinazione dell’intera area applicativa delle due disposizioni appena citate.

Ebbene, la evoluzione – invero tormentata e contrassegnata da forti divisioni – segnalata dalla nostra giurisprudenza in relazione al significato da attribuire a tale elemento centrale delle fattispecie di parte generale più sopra menzionate, suggerisce, invero, di soffermarsi sull’effettivo livello di *determinatezza* da esso detenuto. Si tratta di verificare, in buona sostanza, se, anche questa volta – ossia analogamente a quanto si è appena visto a proposito del reato omissivo improprio e del concorso di persone nel reato – la *sovrapposizione* del dato giurisprudenziale a quello legislativo costituisca un indice rivelatore della inadeguatezza della tecnica redazionale rispetto al raggiungimento dello *standard* di *determinatezza* costituzionalmente imposto al diritto penale, ovvero se non ci trovi dinanzi, piuttosto, a una ipotesi nella quale il completamento giurisprudenziale di una norma penale si mantiene nei consentiti e fisiologici limiti del prefigurato sistema di equilibri tra legislativo e giudiziario. E la questione appena introdotta si presta ad assumere una valenza di assoluto rilievo, per il fatto che essa si pone in relazione a *norme penali di favore*, ossia a norme che, in ragione della loro efficacia *in bonam partem*, risultano costantemente esposte alla tentazione di essere mantenute ad uno *standard* di *determinatezza inferiore* rispetto a quello ordinariamente richiesto per le norme penali sfavorevoli. Sicché, la questione intorno alla *determinatezza* delle norme penali in tema di vizio di mente va a rivestire una portata che, in fin dei conti, trascende il problema tecnico della formulazione della legge penale, investendo il più ampio e complesso problema, di livello costituzionale, relativo alla valenza, *assoluta o meno*, del principio di *determinatezza* in materia penale.

Nondimeno, prima ancora di entrare nel merito del preannunciato *dinamismo* giurisprudenziale *in subiecta materia*, si rende opportuna qualche preliminare riflessione di ordine generale. Invero, la circostanza che una tematica penalistica come la *imputabilità* – ma lo stesso potrebbe dirsi, ad esempio, a proposito della *causalità* – al contrario di altre e altrettanto fondamentali categorie generali del diritto penale sostanziale, sia stata, nel corso del tempo, oggetto di considerevoli sviluppi in sede applicativa, si spiega evidentemente in considerazione della sua spiccata connotazione, per così dire, *multidisciplinare*. La imputabilità, in effetti, non vive unicamente all'interno del diritto penale e delle esigenze che immediatamente lo caratterizzano come scienza autonoma, risentendo piuttosto dei condizionamenti che provengono da altre branche del sapere scientifico, come la psichiatria e le scienze sociali in genere. Ne discendono, del tutto fisiologicamente, una maggiore *permeabilità* e *mutevolezza*. Considerazioni, queste, le quali, in relazione al tema specifico qui trattato, risultano tanto più avvalorate dalla constatazione della obiettiva risalenza nel tempo del nostro codice penale, quale circostanza, già di per sé, in grado di dimostrare il suo immancabile ancoraggio ad acquisizioni scientifiche ormai datate, con il nient'affatto trascurabile aggravio costituito dalle comunque immancabili venature ideologiche di stampo autoritario a fare costantemente da supporto alle scelte politico-criminali del codice medesimo.

Ma ecco dunque il passaggio critico preannunciato all'inizio, dove si intersecano, cioè, i due più sopra delineati livelli problematici recati dalla questione che qui ci occupa. L'interrogativo è il seguente: è corretto, proprio a cagione della connotazione specialistica dell'argomento, che simili *adattamenti* del diritto penale siano gestiti dalla giurisprudenza – auspicabilmente di concerto con la dottrina – di talché, in casi del genere, la normazione di tipo sintetico non solleverebbe alcun problema di

costituzionalità in punto osservanza del principio di determinatezza, oppure ci troviamo di fronte, per l'ennesima volta, ad una intollerabile *giurisprudenza creativa*, assurta ormai al rango di autentico legislatore penale *supplente* e – beninteso – senza che la eventuale registrazione di un siffatto *deficit* di determinatezza possa giustificarsi dietro il comodo alibi della *natura favorevole* delle norme oggetto di una tale valutazione nei suddetti termini critici?

Orbene, tutto ciò premesso, si diceva come la evoluzione giurisprudenziale alla quale qui si allude riguardi, in particolare, il concetto di “*infermità*” alla base del *vizio totale e parziale di mente* (artt. 88 e 89 c.p.).

Più specificamente, una sentenza della Suprema Corte a Sezioni unite ha espressamente sancito che “*ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di infermità anche i gravi disturbi della personalità, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l'intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa*”²²⁴. In sintesi, le Sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute per sanare il persistente contrasto giurisprudenziale in materia, accordando di fatto preferenza all'indirizzo c.d. “*giuridico*”, nella sua versione più *temperata*, ossia a quell'orientamento incline a valorizzare il c.d. paradigma “*psicologico*” di ispirazione freudiana e quindi ad assegnare, per l'appunto con i dovuti temperamenti di cui meglio si dirà tra poco, al concetto di “*infermità*” un significato trascendente quello di “*malattia mentale*”. Secondo il suddetto *indirizzo giuridico*, in particolare, anche deviazioni del carattere, reazioni a corto circuito o disturbi psichici di altra natura, ancorché nosograficamente non classificabili alla stregua di vere e proprie “*malattie*

²²⁴ Cfr. Cass., sez. un., 8 marzo 2005, Raso, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1851 ss. Su questa pronuncia, cfr., per tutti, M. BERTOLINO, *Commento a Cassazione, s.u.*, 25.01.2005, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 853 ss.

mentali”, potevano, in presenza di certe condizioni (quali la patologicità e la intensità del disturbo psichico, nonché in caso di correlazione diretta tra il disturbo medesimo e il reato commesso dal soggetto agente), condurre alla esclusione o alla diminuzione della capacità di intendere e di volere, sì da integrare vizi totali o parziali di mente²²⁵.

Tuttavia, è noto che, nella giurisprudenza di legittimità, in antitesi a detto *indirizzo giuridico*, storicamente si è posto da sempre un indirizzo c.d. “*medico*” – ora “*organicista*”, ora “*nosografico*” – volto, per contro, a privilegiare l’equazione *infermità = malattia mentale* e ad affermare, di conseguenza, che solo le *malattie mentali in senso stretto*, ossia quelle aventi un sostrato biologico e/o nosograficamente inquadrabili, potessero escludere la imputabilità.

Orbene, dinanzi a un simile quadro giurisprudenziale sostanzialmente *spaccato a metà* o comunque oscillante e malfermo²²⁶, le Sezioni unite hanno emesso una pronuncia che, al fine di fondare in maniera convincente le relative conclusioni, non ha esitato a penetrare a fondo all’interno della teoria del reato e della pena. In particolare, l’asse portante di tutta la sentenza che ci occupa risulta senza dubbio costituito dalla massima valorizzazione sistematica della *concezione normativa* della colpevolezza, all’interno della quale, incontrovertibilmente, si situa anche la imputabilità. Una collocazione sistematica, questa della imputabilità, la quale, a dispetto della *ingannevole* topografia codicistica, sarebbe ampiamente confermata anche dal combinato disposto degli artt. 85 e 88-89 c.p. Secondo la Suprema Corte, insomma, l’assetto normativo vigente sarebbe chiaro nel senso che il codice penale prefigurerebbe un concetto di imputabilità, per così dire, “*a doppia pelle*”, ossia *empirico e normativo*

²²⁵ Per una paradigmatica applicazione giurisprudenziale del c.d. modello psicologico, cfr. Cass., sez. I, 4 marzo 1997, Chiatti, in *Riv. pen.*, 1997, p. 766.

²²⁶ Per un quadro di tali sviluppi giurisprudenziali, cfr. già M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 190 ss.

insieme. Infatti, a differenza del codice civile, che ha adottato una definizione “*naturalistica*” di imputabilità (v. art. 428 c.c.), il codice penale non si è limitato a statuire che “*è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere*” (art. 85, comma 2, c.p.), sì da demandare alle sole scienze empirico-sociali la fissazione dei requisiti idonei a integrare il concetto di imputabilità e quindi a segnare sul punto i confini tra il lecito e l’illecito. A questa valutazione, per così dire, “*esterna*”, il legislatore codicistico del 1930 ha affiancato infatti una propria valutazione “*interna*”, avendo provveduto, contestualmente, a dettare le condizioni di rilevanza delle acquisizioni empirico-sociali, onde calibrare la disciplina della imputabilità alle esigenze proprie del diritto penale. Esigenze, queste, al tempo della codificazione, di segno indubbiamente generalpreventivo. Ne è scaturito, così, un sistema “*misto*”, per come è testimoniato da norme come l’art. 97 c.p. o come l’art. 90 c.p., ma per come è comprovato anche – per quel che qui maggiormente interessa – dagli artt. 88 e 89 c.p. Se, quindi, il legislatore civile ha innestato l’accertamento della imputabilità sul semplice dato naturalistico e quindi su di un substrato casistico, al contrario il legislatore penale ha ripudiato la equazione tra capacità naturale e assoggettabilità a pena.

Trasferendo tutte queste considerazioni di ordine generale allo specifico capitolo del *vizio di mente*, è chiaro che, ove, ai fini del suo riconoscimento giudiziale, si stimasse sufficiente accertare la sussistenza di una “*infermità*”, nel senso di malattia nosograficamente inquadrabile, si rimarrebbe senz’altro nel prisma di una *concezione psicologica* della colpevolezza, nell’ambito della quale, cioè, non imputabilità equivarrebbe a “*incapacità di pena*”. Al contrario, valorizzando l’accertamento della *incidenza* di detta “*infermità*” sulla capacità di intendere e di volere dell’agente, è innegabile il cambio di prospettiva che ne deriva, dal momento che la verifica si appunterà, stavolta, sulla possibilità (o meno)

del soggetto di *agire diversamente*, ossia sulla sua capacità (o meno) di scelte consapevoli, per l'appunto nel contesto di una *concezione normativa* della colpevolezza.

Per il diritto penale, in definitiva, il vizio totale e quello parziale di mente ricorrono, non già per il solo fatto che, al tempo della condotta, vi era una condizione di "*infermità*", ma piuttosto perché quella data "*infermità*" ha cagionato uno stato di incapacità di intendere e di volere.

Peraltro, a queste considerazioni di fondo, dirette - come si è visto - a valorizzare al massimo il *versante normativo* del concetto di imputabilità, la pronuncia in esame affiancava l'ulteriore rilievo secondo il quale, in seno alla scienza psichiatrica, si tende ormai a utilizzare un modello "*integrato*" di "*malattia mentale*", nel senso che ivi si privilegia un approccio al problema definitorio in questione, non più di segno generalista, bensì *individualizzato*. In altri termini, per la psichiatria moderna, non esiste più un *concetto unitario* (ora biologico, ora psicologico, ora sociologico) di "*malattia mentale*", poiché il significato di questa dovrà essere correttamente ricostruito alla luce di tutte le possibili variabili (biologiche, psicologiche, sociali e relazionali) incidenti sulla singola malattia considerata, ancorché pur sempre alla stregua di un sistema classificatorio codificato. A tale ultimo fine, a venire in rilievo sarà il c.d. *modello DSM-IV* (ossia il più aggiornato e diffuso *Manuale Diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, stilato dalla *American Psychiatric Association* nel 1994), il quale ordina per classi i principali disturbi mentali, ivi compresi i *disturbi della personalità*. Sicché, stando al predetto modello psichiatrico "*integrato*", anche i *disturbi della personalità* godono ormai di un inquadramento nosografico, di talché risulta evidente come la ridefinizione in via ermeneutica della imputabilità, operata dalla Suprema Corte, non trascuri di considerare l'altro versante concettuale di

essa, costituito – come si è detto all’inizio – dalla sua connotazione anche *empirico-scientifica*.

Una volta fissate tali coordinate di ordine generale, alla Corte di cassazione non rimaneva che *puntellare* sul terreno esegetico la propria soluzione interpretativa di segno estensivo. E a tal uopo essa rintracciava, invero, più di un elemento in grado di confortare la postulata maggiore latitudine della “*infermità*” rispetto alla “*malattia mentale*”. Infatti, una volta chiarita la natura di *elemento normativo extragiuridico* della locuzione “*infermità*” e quindi il suo necessario adattamento alla evoluzione della scienza psichiatrica, essa adduceva come già la *lettera legis* degli artt. 88 e 89 c.p. deponesse in via decisiva verso il rifiuto di quella suddetta equazione, atteso che tali due ultime norme parlano di “*infermità*” *tout court*, ricomprendendovi così anche quelle di natura fisica. E, tra l’altro, queste disposizioni parlano non già di una “*infermità*” in sé e per sé considerata, bensì di una “*infermità*” posta in stretta e necessaria correlazione eziologica con la *capacità di intendere e di volere*, ossia parlano di “*infermità*” in quanto produttiva di un *vizio di mente* tale da escludere o scemare grandemente quella capacità. A ciò si aggiunge, inoltre, il rilievo che il codice penale definisce già *aliunde* (agli artt. 582 e 583 c.p.) la “*malattia nel corpo e nella mente*”. Anche consultando i dizionari di lingua italiana, secondo la Corte, affiora, tra l’altro, che la “*infermità*” è un concetto di *genus*, comprendendo in sé qualsiasi tipologia di “*malattia*”. Seguiva, infine, il richiamo alle più recenti scelte codicistiche dei legislatori penali stranieri, nonché alle diverse opzioni dei vari progetti legislativi di riforma del nostro codice penale, quali esempi normativi dimostrativi della preferenza verso *formule aperte* in tema di esclusione o diminuzione della imputabilità per “*infermità*”.

Nondimeno – concludeva la Suprema Corte – lo stesso dato codicistico e quindi – per come si è detto – i postulati della *concezione normativa* della

colpevolezza imponevano di concludere nel senso che i soli *disturbi della personalità* idonei ad incidere sulla imputabilità potessero essere quelli di “consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere”. Oltre che dal tenore degli artt. 88 e 89 c.p., una simile soluzione interpretativa sarebbe discesa dalla necessità di non aggirare la preclusione di cui all’art. 90 c.p. Inoltre, nel segno di una ulteriore valorizzazione del *versante normativo* della nozione di imputabilità, opportunamente veniva sottolineata la necessità di accertare anche la sussistenza di un *nesso causale* tra il disturbo mentale e il reato commesso, anche e soprattutto in conseguenza dell’ormai decretato tramonto di una concezione *vetero-custodialista* del malato di mente, al quale, pertanto, si riconnettono sempre più ampi margini di autonomia e di auto-responsabilità.

Ad onore del vero, alla sin qui riferita pronuncia della Suprema Corte a Sezioni unite va ascritto l’innegabile merito di avere prospettato una soluzione assolutamente in linea con le tendenze legislative più recenti, oltre che con i più autorevoli suggerimenti provenienti dalla dottrina penalistica e medico-specialistica²²⁷.

Tuttavia, rimanendo alla nostra dottrina, ci sembra colga particolarmente nel segno l’autorevole critica espressa nei riguardi di simili scelte volte ad affiancare alla categoria della “*infermità*” quella degli “*altri gravi disturbi della personalità*”. E’ stato opportunamente notato, infatti, come ogni aggancio nosografico del “*disturbo della personalità*” assicurato dal rinvio normativo alla manualistica psichiatrica e in particolare al citato DSM-IV, si rivelerebbe *troppo riduttivo* per un verso, poiché idoneo a richiamare le sole psicopatie, nonché *troppo generico* per un altro verso, perché ricettivo

²²⁷ Al riguardo, quanto alla dottrina penalistica, si veda, per tutti, G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 867 ss.

anche della indeterminata categoria residuale di quel Manuale diagnostico, costituita dal “*disturbo della personalità non altrimenti specificato*”. Ciò, peraltro, anche a non volere considerare la intrinseca vaghezza e imprecisione, quindi la incapacità *selettiva*, con riguardo agli scopi propri del diritto penale, di aggettivazioni sostantivate come, ad esempio, la “*gravità*”, oltretutto se riferite a un concetto *elastico* come il “*disturbo della personalità*”.

In definitiva, riteniamo sia da condividere la conclusione di questa dottrina nel senso del mantenimento della sola locuzione *sintetica* “*infermità*”, dal momento che accostare ad essa una categoria come quella dei “*disturbi della personalità*” recherebbe con sé l’elevato rischio di favorire soluzioni giurisprudenziali per lo più incentrate su detto ultimo *livello più basso* e quindi, come tali, foriere di *aperture* applicative imprevedibili e non governabili²²⁸.

Sicché, con riferimento al concetto di “*infermità*”, a noi pare che l’obiettivo della determinatezza resti assicurato da una formulazione *sintetica* come quella attualmente vigente. L’alternativa offerta dal ricorso a una specificazione più dettagliata e *casistica* delle possibili cause idonee a integrare un vizio di mente e quindi a condurre alla esclusione della imputabilità (o quantomeno a una diminuzione della pena) finirebbe, infatti, per dare vita a una sorta di *fattispecie ad analogia esplicita*, per così dire “*indiretta*”, dal momento che, attesa la natura *normativa* dei concetti di “*infermità*” e di “*disturbi della personalità*”, il giudice penale, riportandosi alla disciplina *extragiuridica* di essi – che, come si è visto,

²²⁸ Cfr. M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 850 ss. In argomento, cfr. anche A. MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1318 ss.

mantiene una connotazione “*aperta*” – conserverebbe margini di manovra insopportabilmente troppo dilatati.

Senza contare, poi, il *surplus* di indeterminatezza palesato dall’impiego dei suindicati sostantivi che sarebbero associati al concetto normativo di “*disturbi della personalità*”. Una indeterminatezza *ulteriore*, questa, che rilevarebbe, questa volta, *direttamente a livello di fattispecie astratta* e che si paleserebbe – seguendo il percorso argomentativo della suesposta sentenza della Cassazione a Sezioni unite – nel *successivo* momento della valutazione strettamente penalistica richiesta al giudice, generando una *ulteriore*, incontrollabile apertura interpretativa e applicativa in favore di questi.

In sintesi, il rischio importato da fattispecie che, come quelle coniate nell’ambito dei più recenti progetti di riforma, intendessero, in tema di vizio di mente, recepire le conclusioni di segno estensivo fatte proprie dalla sin qui citata giurisprudenza di legittimità, sarebbe quello di un ingovernabile ampliamento giurisprudenziale *in bonam partem* dell’area applicativa delle relative norme.

Orbene, tenendo fede al nostro già espresso convincimento in ordine alla portata *assoluta* del divieto di analogia in materia penale – anche nella sua dimensione di principio indirizzato al legislatore – quale conseguenza della interazione tra *contraddittorio e determinatezza*, quindi dell’assunzione di quest’ultima in chiave di autentico *profilo dominante* del complessivo statuto costituzionale dell’illecito penale, la nostra conclusione non potrà che essere nel senso che *norme penali favorevoli indeterminate* e non tassative come quelle qui ventilate contrasterebbero con l’art. 25, comma 2, Cost.

4.3. Definizioni e pseudo-definizioni legali

All'impiego di una tecnica redazionale di tipo casistico frequentemente si accompagna, in chiave di ulteriore specificazione, il ricorso a *norme definitorie*, ossia alle c.d. *definizioni legali*.

Per come è stato correttamente notato, peraltro, deve osservarsi come *legiferare* in sé significhi già *definire*, dal momento che “ogni intervento normativo è chiaramente e intrinsecamente definitorio di un ambito di disciplina”²²⁹. Talché, l'attività del definire e quella del legiferare si distinguono unicamente *sul piano quantitativo*, nel senso che la prima è una specificazione della seconda, avendo in comune lo strumento impiegato per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato (la formazione di una norma penale, ovvero di una norma penale definitoria): il *linguaggio*²³⁰.

In diritto penale, pertanto, allorquando si parla di *definizioni legali*, si allude più propriamente a un'operazione di *irrigidimento* del linguaggio normativo, per il tramite di norme aventi la specifica funzione di *fixare* con precisione l'ambito strutturale e funzionale di un dato istituto di parte generale, ovvero di singole componenti di fattispecie incriminatrici di parte speciale isolabili dal contesto proprio del tipo criminoso²³¹.

Se quanto precede è vero, una prima conclusione dovrebbe già trarsi: atteso che *definire* altro non significa se non legiferare con un grado di precisione ancora più elevato di quello ordinariamente prescritto in relazione al diritto penale, di conseguenza, proprio perché quest'ultimo

²²⁹ Così F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di delega italiano*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 176.

²³⁰ Sul punto cfr., in particolare, F. PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in A. Cadoppi (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 381 s.

²³¹ In tal senso, cfr., ancora una volta, F. BRICOLA, *op. loc. ult. cit.* In argomento cfr. anche V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena*, cit., p. 12 ss., nonché, in posizione più cauta relativamente alla capacità delle definizioni legali di delineare l'essenza stessa dell'istituto definito, F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., p. 189 ss.

risulta ispirato alla Costituzione, ogni attività definitoria in questa materia assumerà inevitabilmente una dimensione di livello costituzionale; assurgendo in tal guisa al rango di vera e propria *regola*, per l'appunto dotata di rango costituzionale, rispetto alla inversa attività costituita, per così dire, dal "non definire" o dal "mal definire" (un concetto di parte generale o un elemento di fattispecie di una figura criminosa). Per dirla insomma con una certa dottrina, alla stregua di quanto precede, deve dirsi che, nel diritto penale, "tutto ciò che può essere definito, dovrà essere definito", nel senso che "la doverosità dell'impiego di una definizione si presume sino a prova contraria"²³².

Ciò premesso, deve notarsi come in dottrina sostanzialmente si concordi sul fatto che le norme definitorie assolvano a una duplice funzione, l'una di natura propriamente *tecnico-giuridica* e l'altra di livello *politico-istituzionale*.

Sul terreno *tecnico-giuridico*, infatti, le definizioni legali mirano a un obiettivo di *certezza* del diritto (penale), direttamente connaturato alla loro essenza di tipo chiarificatore, prefiggendosi lo scopo di delimitare con esattezza i confini tra il vietato e il consentito²³³.

Sul versante *politico-istituzionale*, poi, è evidente come le definizioni legali, in quanto norme giuridiche (come tali vincolanti), mirino a incidere sui *rapporti di potere* tra Parlamento e ordine giudiziario, ossia sulla determinazione degli equilibri istituzionali tra i suddetti poteri dello Stato. Anzi, per come è stato esattamente notato, in proposito è probabilmente più corretto affermare che le norme definitorie coinvolgono istituzionalmente anche la dottrina, nel senso di servire, più

²³² Per queste riflessioni, cfr. A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in Id. (a cura di), *Omnis definitio*, cit., p. 19.

²³³ Sul punto, cfr., in particolare, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 130, nonché, già in precedenza, con la consueta efficacia, G. DELITALA, *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, p. 280 s. Al riguardo, cfr. pure F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 382 ss.

in generale, a regolamentare gli equilibri complessivi tra potere legislativo, ordine giudiziario e comunità scientifica²³⁴.

Tanto chiarito, tornando per un attimo alla dimensione *tecnico-giuridica* delle definizioni legali e al precipuo scopo di comprendere più da vicino la loro funzionalità in concreto, mette conto rilevare come esse possano essere impiegate dal legislatore penale ora in chiave di chiarificazione linguistica *tout court*, ora, invece, per una finalità, pur sempre chiarificatrice, ma, per così dire, rispondente *in toto* a una logica di tipo *autonomistico*. Si intende dire, cioè, che una definizione legale può essere utilizzata non soltanto per mettere in chiaro il significato che un termine, di per sé generico o polisenso per la stessa lingua italiana, dovrà assumere per il diritto penale, ma anche per dotare determinati concetti, pur se in ipotesi linguisticamente univoci, di un significato penalistico del tutto “originale” ed “autonomo”, ossia eventualmente anche ampliato rispetto, appunto, a quello o a quelli più naturalmente ricavabili dal linguaggio comune. Per fornire qualche utile esempio del primo tipo di definizioni legali, si pensi al concetto di “osceno” utilizzato negli artt. 527 e 528 c.p., che risulta in sé dotato di plurime significazioni già nel linguaggio corrente. Ebbene, in un caso come questo, ecco che il legislatore ha coniato una disposizione apposita – l’art. 529 c.p. – con lo scopo, appunto, di definire, “agli effetti penali”, cosa debba intendersi per atti e oggetti “osceni”. Quanto al secondo tipo di definizioni legali, per contro, ci sembra paradigmatica, ad esempio, la locuzione “cosa mobile” che rileva quale oggetto materiale della condotta tipica del delitto di furto. Una espressione, questa, che il legislatore penale ha deliberatamente scelto di definire nell’art. 624, comma 2, c.p. “agli effetti penali”, ma non già perché equivoca nel linguaggio tecnico-giuridico (si tratta, infatti, questa volta di un *concetto normativo di tipo giuridico*), quanto

²³⁴ In proposito cfr., per tutti, F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 177.

piuttosto per estenderne la portata. E infatti, preceduta dalla emblematica congiunzione “*anche*” – a significare, cioè, che senza una simile norma definitoria, questa estensione non sarebbe stata possibile – per “*cosa mobile*” dovrà intendersi (per l’appunto, “*anche*”) “*l’energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico*”²³⁵.

Sempre rimanendo alla qui tratteggiata funzionalizzazione delle norme definitorie all’obiettivo della *certezza del diritto*, non si può non convenire, infine, con quanti osservano che il ricorso a norme siffatte, con particolare riferimento alla parte generale del codice penale, è in grado di adempiere anche a “*una importante funzione di coesione rispetto ai principi e alle regole generali*”, nella misura in cui così si determina un sensibile avvicinamento della legislazione penale complementare a quella codicistica. Un incremento della determinatezza del codice penale, certamente esaltato in massima misura dalle definizioni legali, è funzionale infatti al simmetrico ripristino della *centralità* di quello, sempre più inficiata da una convulsa e inarrestabile attività legislativa di portata settoriale, come tale destinata a ricadere al di fuori del contesto codicistico. Con l’inevitabile effetto di un allontanamento di essa dalle regole e dagli *standard* di tutela propri di quest’ultimo ambito normativo²³⁶.

Ma, per come già si diceva, le definizioni legali detengono soprattutto una decisa dimensione latamente *politica*, figurando come l’espressione più lineare e compiuta dell’esercizio da parte del legislatore penale delle sue connaturate prerogative costituzionali in sede di creazione del diritto. Mediante le norme definitorie, infatti, il legislatore penale mira a ridurre,

²³⁵ Per queste fondamentali precisazioni intorno alle finalità tecnico-giuridiche che le definizioni legali possono essere chiamate ad assolvere, cfr., di recente, D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011, p. 7 ss.

²³⁶ Per queste condivisibili osservazioni, sostanzialmente dirette a valorizzare l’intimo nesso tra le definizioni legali e gli obiettivi di sussidiarietà e frammentarietà connaturati al diritto penale, cfr. L. STORTONI, *Relazione di sintesi*, in A. Cadoppi (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 503.

più o meno drasticamente, gli spazi interpretativi rimessi al giudice in sede di applicazione delle norme penali. In chiave storica, le norme definitorie assumono, di conseguenza, un elevato significato politico, poiché il grado di utilizzo delle stesse costituisce probabilmente la chiave di lettura ideale per descrivere lo stato dei rapporti tra legge e giudice in un dato momento politico-istituzionale. Ciò perché, sul terreno delle modalità di redazione delle norme penali, le definizioni legali rappresentano lo strumento tecnico principale per determinare – *rectius*: per *rideterminare*, spostandoli – i pre-dati equilibri tra *legalità formale* e *legalità sostanziale*²³⁷.

In questo stesso contesto, peraltro, nemmeno si deve trascurare l'effetto di contenimento del penalmente rilevante che le definizioni legali sono in sé capaci di assolvere. Circoscrivere i margini applicativi di una norma penale incriminatrice, e ancor di più quelli di un istituto di parte generale, non può che determinare infatti una battuta d'arresto di quel già ampiamente segnalato fenomeno di inflazione del diritto penale per mano della giurisprudenza²³⁸.

Tutto ciò chiarito, deve a questo punto rilevarsi come la classica obiezione che si suole contrapporre all'utilizzo delle definizioni legali in materia penale, rifletta la stessa logica delle censure rivolte alla tecnica casistica, benché qui ovviamente estremizzata per l'ovvio rilievo che l'attività legislativa di tipo definitorio non è che la estremizzazione di una legiferazione di tipo casistico. Si obietta, così, che le norme definitorie determinerebbero un intollerabile *irrigidimento interpretativo*, come tale foriero di un *irrigidimento dogmatico* del diritto penale, ossia di una paralizzazione dei possibili sviluppi di un istituto o di una norma, a causa del così determinato arroccamento sulla sola – e quel punto

²³⁷ In argomento, cfr., in particolare, F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 385 ss.

²³⁸ In tal senso, cfr., in particolare, V.N. D'ASCOLA, *op. ult. cit.*, p. 12 ss.

immodificabile – opinione di un legislatore storicamente determinato. In questo stesso contesto, del tutto correlativamente si suole rimarcare come le definizioni legali invaderebbero un terreno tipicamente di dominio della giurisprudenza e della dottrina²³⁹.

E' chiaro, tuttavia, come simili obiezioni meritino di essere prontamente contrastate. Infatti, esse sembrano non tenere conto in alcun modo della necessità di una adeguata *storicizzazione* della questione in esame, oltre a sembrare del tutto debitorici di una, per contro assai utile, valutazione della questione medesima su di un piano *comparatistico*.

Esse vanno, pertanto, adeguatamente *storicizzate*, a quel punto perdendo in persuasività, poiché è di ogni evidenza come, guardando al momento storico-politico attuale, affermare che le definizioni legali bloccherebbero gli sviluppi interpretativi e quindi dogmatici di un istituto penalistico, in tal guisa occupando “abusivamente” un terreno tipicamente scientifico, non possa significare altro se non esibire l’ennesimo alibi diretto a legittimare una giurisprudenza *creativa* ovvero una dottrina ancora romanticamente legata a velleità interpretative di stampo *giusnaturalistico*. *Storicizzare* la questione politico-istituzionale delle definizioni legali significa, in altre parole, calibrarla necessariamente sulla realtà odierna del diritto penale, caratterizzata – per come sinora si è visto – da una normazione sempre più permeabile alle penetrazioni giurisprudenziali e talora limitatamente “complicata” da sterili dogmatismi dottrinali²⁴⁰.

Peraltro, una valutazione di ordine *comparatistico* della questione che adesso ci occupa è in grado di mostrare come nei Paesi europei non attraversati da gravi e radicati conflitti istituzionali tra potere legislativo e potere giudiziario come quelli in atto nel nostro Paese, la legislazione

²³⁹ In argomento, cfr. diffusamente, per tutti, W. FRISCH, *Le definizioni legali nel diritto penale tedesco*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio*, cit., p. 192 ss.

²⁴⁰ Per utili spunti al riguardo, cfr., ad esempio, V.N. D’ASCOLA, *op. loc. ult. cit.*

penale possa ben permettersi di adottare tecniche sintetiche o clausole generali di incriminazione, così come di rinunciare ad approntare definizioni legali. Anzi, al riguardo ci pare affatto emblematico che, negli ordinamenti penali istituzionalmente “più equilibrati”, le definizioni legali, allorquando intervengono, non fanno che *recepire* un orientamento giurisprudenziale, laddove da noi accade l’esatto contrario, atteso che le definizioni legali sono pensate ed adottate sempre e solo per *contrastare* una data prassi giurisprudenziale, ossia per *arginare* – non già certo per *avallare* – talune interpretazioni dei giudici²⁴¹.

In ogni caso, le suddette obiezioni ordinariamente rivolte alle norme penali definitorie, ancorché in linea di principio destituite di fondamento a cagione della loro sin qui evidenziata connotazione di palese astrattezza con riguardo alla odierna realtà istituzionale e giuridica del diritto penale, detengono comunque un nucleo di verità, che qui non è certamente possibile trascurare. In effetti, un’attività legislativa di tipo definitorio deve rivelarsi pur sempre idonea al raggiungimento degli scopi rispetto ai quali risulta preordinata, altrimenti finendo davvero per arrecare nocimento alla evoluzione e al progresso del diritto penale, ovvero, comunque, per non arrecare alcun beneficio in chiave di contenimento del diritto penale giurisprudenziale.

A tale riguardo – continuando a ragionare su di un piano di ordine generale – non può, d’altronde, omettersi di rilevare come la stessa *storicizzazione* sin qui invocata per delegittimare le critiche mosse nei confronti delle definizioni legali, permetta di cogliere non soltanto il dato della pervasività di un diritto penale di stampo giurisprudenziale, ma anche il simmetrico dato costituito dalla cronica inerzia del nostro legislatore penale, se non, peggio, quello costituito dalla ricorrente

²⁴¹ In proposito, si rinvia alle acute osservazioni in tal senso di L. STORTONI, *op. ult. cit.*, p. 501 s.

ineffettività dei suoi contributi normativi resi in ambito penalistico. Se correttamente *storicizzato*, dunque, il tema delle definizioni legali assume connotazioni, in un certo senso, *paradossali*, se è vero che, per arginare una giurisprudenza penale *creativa*, bisognerà comunque affidarsi a un legislatore vieppiù dimostratosi incapace di esercitare la sua più naturale prerogativa di rappresentante degli interessi del popolo, rispettando poco o punto le basilari garanzie costituzionali connesse alla legalità.

Del resto, nemmeno può tacersi come la scienza della legislazione sia chiamata oggi al tutt'altro che agevole compito di trovare un ragionevole punto di equilibrio tra definizioni legali e interpretazione giudiziale, dal momento che essa è chiamata a confrontarsi con una realtà sociale sempre più conflittuale e densa di complessità. Una *complessità* che, in quanto tale, da un lato evoca la necessità di attività normative sempre più ad elevato contenuto tecnico (è questo il fenomeno che suole definirsi come "*amministrativizzazione*" del diritto penale), implicando in tal guisa un ricorso sempre più frequente a definizioni legali in funzione chiarificatrice, ma dall'altro lato implica, per contro, mediazioni e bilanciamenti che, a ben vedere, soltanto la giurisprudenza può effettuare, in ciò risultando pertanto evidentemente ostacolata da una eccessiva imbrigliatura del diritto penale all'interno di definizioni legali²⁴².

In altri termini, l'atteggiamento ordinario tenuto dal nostro legislatore penale in sede di scelte politico-criminali, in una con la innegabile complessità che caratterizza la società moderna, ad onor del vero costituiscono circostanze tali da restituire in qualche misura fondamento alle obiezioni rivolte nei riguardi delle definizioni legali.

Lo stesso non deve assolutamente dirsi, però, con riferimento a quella ulteriore critica secondo la quale la iper-determinatezza delle norme

²⁴² Per queste acute e condivisibili osservazioni, cfr. F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 386 ss.

penali - là dove le definizioni legali rappresentano di questa, probabilmente, la manifestazione tecnico-giuridica più lampante - attenterebbe alla garanzia di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge penale, a causa delle lacune normative che essa inevitabilmente determinerebbe²⁴³. Una simile obiezione, infatti, sconta l'evidente limite di muovere dal presupposto culturale, affatto fallace - in quanto chiaramente smentito dalla prasseologia giudiziaria odierna - che solo il potere giudiziario sarebbe in grado di assicurare la parità di trattamento dei destinatari della legge penale²⁴⁴.

Ricapitolando, dunque, dovrebbe essere chiaro ormai come il tema delle definizioni legali debba essere attentamente studiato guardando più in particolare alle singole tecniche o modalità di tipo definitorio, al fine di potere comprendere quali tra di esse siano davvero in grado di soddisfare le sin qui esposte esigenze di certezza giuridica e di equilibrio istituzionale, e quali invece - oltre che soprattutto perché - siano inadeguate a tali scopi, meritando per tale via la qualificazione di definizioni "pericolose".

Orbene, in proposito va anzitutto osservato come una definizione legale può dirsi realmente tale solo allorché detti dei *criteri di disciplina*, altrimenti risolvendosi in una *pseudo-definizione legale*, come tale priva di valore vincolante²⁴⁵. E questo è sicuramente il caso, ad esempio, delle definizioni meramente "negative", così come di quelle solo

²⁴³ Per questa critica cfr., in particolare, U. PIOLETTI, *Ridefinire colpa e dolo? A proposito delle definizioni contenute nel terzo comma dell'art. 43 del codice penale e nell'art. 12 dello schema di legge delega*, in A. Cadoppi (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 468 s. (spec. nota 2).

²⁴⁴ In una simile prospettiva critica nei riguardi di una valorizzazione del versante applicativo del diritto penale in vista della realizzazione del principio di eguaglianza dei suoi destinatari, cfr., per tutti, V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena*, cit., p. 20 s. (spec. nota 12).

²⁴⁵ Sul punto v., per tutti, F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 180 ss.

“esemplificative”, ovvero di quelle *“nominalistiche”*²⁴⁶. Si pensi, a tale ultimo riguardo, alla norma generale in tema di concorso di persone nel reato, ossia all’art. 110 c.p., il testo normativo del quale non è in grado di andare oltre la rubrica. Stando a questa disposizione, infatti, concorso nel reato si ha allorquando taluno è concorso nel reato: niente di più tautologico, insomma, seppure dietro le *“mentite spoglie”* di una definizione legale, qui appunto meramente *“nominalistica”*²⁴⁷. Tutte definizioni, quelle appena segnalate, le quali risultano sfornite di criteri di disciplina e che, pertanto, devono essere espunte dal catalogo delle definizioni legali strettamente intese. E così, in questo stesso contesto, correttamente si osserva, ad esempio, come la definizione di *“osceno”* fornita dal codice penale vigente sia tutt’altro che una definizione legale, dal momento che, a fini chiarificatori, essa si riporta al *“comune sentimento del pudore”*, ossia ad un concetto altrettanto generico quanto quello da definire. Pertanto, un ulteriore esempio, quest’ultimo, di definizione meramente *“nominalistica”*. Parimenti si rileva come nemmeno, ad esempio, la definizione di *“armi”* possa dirsi una vera e propria definizione legale, in quanto meramente *“esemplificativa”*, dal momento che la norma penale di riferimento si chiude con un rinvio talmente generico (*“qualsiasi strumento chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l’offesa alla persona”*) da vanificare, in pratica, la precedente esposizione dettagliata²⁴⁸.

²⁴⁶ In tal senso cfr., in particolare, P. SEMERARO, *“Definizioni” e funzione di garanzia della legge penale*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio*, cit., p. 497 s., il quale, a proposito delle definizioni *“negative”* cita quale esempio la previgente norma incriminatrice dell’abuso innominato in atti d’ufficio (*“commette ... qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge ...”*), così come, quanto alle definizioni *“esemplificative”*, riporta l’esempio delle norme che si concludono con formule del tipo *“casi simili”* o *“casi analoghi”*.

²⁴⁷ Sul punto cfr., ancora una volta, P. SEMERARO, *op. ult. cit.*, p. 498, il quale, a tal proposito, oltre alla norma definitoria del concorso di persone nel reato, menziona anche quella in tema di rissa (art. 588 c.p.).

²⁴⁸ Per questi due esempi di *“cattivo uso”* della tecnica definitoria, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 130 s.

Più in generale, per come è stato efficacemente osservato, le definizioni legali, per allinearsi fedelmente al duplice teleologismo sin qui illustrato (certezza del diritto e definizione degli equilibri tra poteri), devono possedere due note essenziali: la *effettività* e la *opportunità*. E una definizione legale non potrà dirsi *effettiva* se non risulta in grado di incidere sulla prassi giurisprudenziale, così come non potrà dirsi *opportuna* allorquando ricade su un terreno di dominio tipicamente giurisprudenziale e/o dottrinale. Le definizioni legali *ineffettive* difettano, in fondo, di determinatezza, mentre quelle *inopportune*, pur se astrattamente dotate di determinatezza, finiscono comunque per rivelarsi dannose²⁴⁹.

Talché, concordando con detta ultima dottrina, dovranno dirsi *pericolose*, proprio in quanto *ineffettive* e/o *inopportune*, tutte le definizioni legali “*inutili*”, quelle “*scientifico-dottmatico-dottrinali*”²⁵⁰, le “*definizioni/presunzioni*”²⁵¹ e quelle “*implausibili*”, quelle “*contraddittorie*”²⁵², le definizioni “*prive di consenso dottrinale*” o “*incompatibili con prassi applicative consolidate*”, quelle “*lontane da tipologie empirico-criminologiche di riferimento*”, o ancora quelle “*storicamente comprovate come inopportune*”, così come quelle “*teleologicamente inintelligibili*”²⁵³, o quelle che si riferiscono a istituti penalistici “*troppo*

²⁴⁹ Per queste fondamentali precisazioni cfr. A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali*, cit., in Id. (a cura di), *Omnis definitio*, cit., p. 20.

²⁵⁰ Secondo A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 21 (nota 48), le definizioni legali della causalità e del dolo contenute nel codice Rocco sarebbero chiari esempi di definizioni pericolose.

²⁵¹ Sempre secondo A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 22 (nota 49), sarebbe questo il caso delle finzioni di imputabilità o di non imputabilità rispettivamente recate dalle norme in tema di ubriachezza non accidentale e di minore età.

²⁵² L'esempio paradigmatico al riguardo è quello costituito dalla norma definitoria del reato continuato (art. 81, comma 2, c.p.) in relazione alla circostanza aggravante del c.d. nesso teleologico (art. 61, n. 2, c.p.): cfr. A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 23 (nota 51).

²⁵³ Particolarmente calzante a tal uopo la norma definitoria di cui all'art. 133 c.p.: v. A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 23 (nota 56).

generalis”, le definizioni “*importate acriticamente*” (da altri sistemi penali), ecc.²⁵⁴.

Tutto ciò chiarito, resta da segnalare ancora come, evidentemente, la questione delle definizioni legali debba essere affrontata e risolta in modo differenziato a seconda della loro collocazione topografica, a seconda che si tratti, cioè, di norme definitorie di *parte generale* o di *parte speciale*.

In effetti, in questo secondo ambito di destinazione, la definizione legale non fa che assolvere a un fisiologico compito di delimitazione del tipo. Si intende dire, cioè, che, quanto alle disposizioni di parte speciale, la loro definizione legale equivale, in buona sostanza, alla ordinaria attività di formulazione della fattispecie. Tranne, ovviamente, che non si tratti di definizioni legali collocate sì nella parte speciale, ma destinate a rivestire efficacia in relazione a più norme incriminatrici (si pensi alla definizione delle qualifiche soggettive relativamente ai reati contro la pubblica amministrazione), ovvero che non si tratti di definizioni legali volte alla chiarificazione di elementi costitutivi di fattispecie incriminatrici inserite nella legislazione penale complementare. Un’area penalistica, quest’ultima, ad elevato tasso tecnico-specialistico, con l’effetto che le definizioni legali sono chiamate qui a svolgere un ruolo assolutamente decisivo in una prospettiva di certezza applicativa²⁵⁵.

Nella parte generale, al contrario, convergono esigenze politico-criminali e strategie repressive obiettivamente in grado di condizionare sensibilmente *l’an* e il *quomodo* di una norma definitoria, oltre che di condizionare le sorti future di quest’ultima, ove adottata, in termini di

²⁵⁴ Per un approfondimento di questo elenco esemplificativo, cfr., ancora una volta, A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 20 ss.

²⁵⁵ In argomento cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Sulle funzioni*, cit., in *Omnis definitio*, cit., p. 382 ss., nonché A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, in *op. ult. cit.*, p. 404 ss.

chiarezza e di tenuta applicativa²⁵⁶. Del resto, ne è autentica riprova la parte generale del codice penale vigente, invero particolarmente ricca di definizioni legali in linea con il dilagante *tecnicismo giuridico* del tempo. E' nota, infatti, la incapacità descrittiva dimostrata nel corso del tempo da norme definitorie generali e assolutamente centrali come quella sul *dolo* e quella sulla *colpa*. La prima – quella in tema di dolo – rivela inadatta a coprire l'intera fenomenologia dell'illecito penale (si pensi al dolo nei reati omissivi, ovvero, comunque, al dolo in tutti i reati di mera condotta), nonché incapace di definire il *dolo eventuale*, pur tuttavia già a quel tempo noto in dottrina, oltre che già oggetto di applicazioni giurisprudenziali. Quella sulla colpa, poi, rivela inidonea a definire l'intero volto strutturale di essa, nel senso di riuscire a scolpirne unicamente il *versante oggettivo* (la inosservanza di una regola cautelare, ma non anche il nesso tra colpa ed evento)²⁵⁷. Peraltro, per restare in argomento, è appena il caso di notare come in dottrina nemmeno manchi chi afferma la sostanziale indefinibilità del dolo²⁵⁸, ovvero la inopportunità di una definizione della colpa²⁵⁹.

Orbene, l'analisi che segue intende penetrare proprio all'interno di detta ultima tematica, mirando, a titolo esemplificativo, a un approfondimento della disciplina del dolo, quale terreno paradigmatico di sperimentazione di soluzioni di ordine definitorio. Muovendo dal riscontro della bassa tenuta prasseologica che lo caratterizza, si procederà ad una valutazione delle possibili prospettive di riforma, con il costante ausilio delle proposte

²⁵⁶ Sul punto cfr., ancora una volta, F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 384 s., nonché A. MELCHIONDA, *op. ult. cit.*, p. 408 ss.

²⁵⁷ In tal senso, cfr., efficacemente, F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 181 ss.

²⁵⁸ Cfr. A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, il quale, a questo riguardo, osserva infatti che “*nella storia delle codificazioni penali, non è forse mai stata coniata una definizione di dolo capace di risolvere ogni problema applicativo, e di essere rispettata fino in fondo, con coerenza, da dottrina e giurisprudenza*”.

²⁵⁹ In tal senso, cfr. U. PIOLETTI, *op. ult. cit.*, p. 487 ss.

definitorie avanzate dai diversi progetti di riforma della parte generale del codice penale elaborati negli ultimi decenni.

4.3.1. Definizioni legali e parte generale del codice penale: a) oggetto e forme del dolo, con particolare riguardo alla problematica regolamentazione del dolo eventuale

Allorquando il tema delle definizioni legali incrocia la parte generale del codice penale, il pensiero corre immediatamente, anche se non esclusivamente, al dolo e alla colpa. E infatti, la consapevolezza del ruolo nevralgico occupato dalla categoria della *colpevolezza* e in particolare dalla *tipicità soggettiva* del reato sul terreno delle garanzie che il processo di imputazione della responsabilità penale è chiamato ad assicurare, spiega con ogni evidenza gli incessanti sforzi di affinamento dogmatico compiuti dalla dottrina in questo settore della teoria del reato.

Del resto, fermando adesso la nostra attenzione sul dolo, si è già osservato come l'attuale definizione codicistica di esso non sia in alcun modo riuscita nell'intento di delimitare con determinatezza la dimensione strutturale e l'area applicativa di tale coefficiente psicologico di imputazione, generando così sensibili divaricazioni dottrinali e soprattutto – per quel che più conta qui evidenziare – risultati applicativi decisamente distanti da quelli che la disposizione di cui all'art. 43 c.p. sembrava indicare²⁶⁰.

In particolare, a noi pare che la *indeterminatezza* della definizione codicistica del dolo possa cogliersi almeno su due livelli.

In primo luogo, quanto al suo *oggetto* – per come già si notava²⁶¹ – la espressa polarizzazione della definizione legale sul solo *evento* – *rectius*: sul solo *evento naturalistico* – ha aperto il varco a un progressivo processo

²⁶⁰ V. retro: 4.3.

²⁶¹ V. retro: 4.3.

di *oggettivizzazione strutturale* e di connessa *semplificazione probatoria* di esso, per l'appunto soprattutto sul versante dei *reati di mera condotta* (attiva e omissiva), i quali, peraltro – per come si è ripetutamente notato – registrano un continuo aumento, in stretta correlazione con il fenomeno dell'ipertrofia del diritto penale della *modernità*²⁶².

In secondo luogo, quanto alle *forme* e quindi alla stessa *struttura* del dolo, la pur lodevole accentuazione del dato strutturale *volontaristico*, segnalata dall'impiego nell'art. 43 c.p. della significativa formula definitoria "*secondo l'intenzione*", non ha impedito tanto la collocazione dogmatica al suo interno, quanto soprattutto la esplosione applicativa, del *dolo eventuale*²⁶³.

Una conseguenza, quest'ultima, da inquadrarsi nel più generale contesto della poc'anzi segnalata tendenza moderna a una sbilanciata valorizzazione della componente strutturale *rappresentativa* del dolo, a discapito della ben più qualificante componente *volitiva* di esso, in direzione di una inarrestabile *normativizzazione* di tale nesso psicologico di collegamento del fatto al suo autore, a sua volta, evidentemente, causa di semplificazioni e amputazioni probatorie al limite del mai tramontato schema del *dolus in re ipsa*.

In una fase precedente del nostro lavoro, si è già abbondantemente tratteggiato il panorama applicativo riguardante il dolo sotto tutti i punti di vista problematici appena segnalati e che, peraltro, si presentano tra di loro strettamente connessi. Si è ampiamente osservato, infatti, il ricorrente *abuso* giurisprudenziale del dolo eventuale, quale valido esempio di

²⁶² Sulle questioni, strutturali e probatorie, legate all'oggetto del dolo, cfr., per tutti, M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, cit., *passim*; F. BRICOLA, "Dolus in re ipsa". *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, cit., *passim*.

²⁶³ Per i riferimenti bibliografici essenziali in tema di dolo eventuale, si rinvia alle citazioni già effettuate *retro*: 3.3.1.

impoverimento sia della struttura, che dell'oggetto di tale coefficiente psicologico di imputazione.

A fronte di un simile *diritto vivente*, si profila evidentemente la opportunità di verificare, soprattutto attraverso il privilegiato prisma delle soluzioni normative elaborate in sede di progetti di riforma del codice penale, se e quali siano le possibilità per restituire al dolo quella necessaria *determinatezza* non assicurata dal dato legislativo vigente.

Prendendo le mosse dal suo *oggetto*, invero, deve ammettersi come tutti i progetti di riforma sin qui predisposti nell'ultimo ventennio abbiano avvertito al riguardo l'esigenza di una differente formulazione della norma di parte generale, in particolare nel senso di dotare l'oggetto medesimo non soltanto di una maggiore latitudine, ma anche di maggiore sostanza. Il tutto nella già indicata direzione di un recupero della dimensione psicologicamente qualificata e quindi della valenza selettiva del dolo.

E così, già il *progetto Pagliaro* (art. 12, comma 1) parlava di necessaria consapevolezza del "*significato*" del "*fatto*"; il *progetto Grosso* (art. 27 in combinato disposto con l'art. 4, comma 2) riferiva il dolo al "*disvalore*" del "*fatto costitutivo di reato*"; successivamente, il *progetto Nordio* (art. 19), anche se con una formula obiettivamente meno efficace delle precedenti, si esprimeva al riguardo nel senso di "*evento dannoso o pericoloso costitutivo del reato*" o di "*evento offensivo*"; infine, il *progetto Pisapia* (art. 15) definiva l'oggetto del dolo come il "*fatto costitutivo di reato*".

In sintesi, dunque, da una lettura complessiva e integrata di tutte queste proposte è possibile ricavare la esistenza di un tendenziale accordo scientifico intorno all'ampliamento dell'oggetto del dolo verso il "*fatto di reato*", preferibilmente qualificato in chiave di *offensività*.

Ma veniamo adesso al problema centrale in tema di dolo: *se, come e quanto definire il dolo eventuale*.

Orbene, al riguardo deve notarsi come tutti i progetti di riforma avessero espressamente ribadito, anzitutto, la classica articolazione strutturale del dolo secondo le sue due tradizionale note della *rappresentazione* e della *volontà*. Da qui in avanti iniziano, tuttavia, a scorgersi sensibili divaricazioni.

Il *progetto Pagliaro* (art. 12, comma 1), con un approccio piuttosto sintetico e anche più vicino alla soluzione codicistica attualmente vigente, si limitava a prescrivere la necessità che la formulazione del dolo *includesse univocamente* il dolo eventuale.

Già il *progetto Grosso* (art. 27), tuttavia, si orientava verso una soluzione più analitica, scegliendo di definire separatamente le tre forme classiche di dolo. In questo contesto, il dolo eventuale veniva definito facendo leva sui due requisiti strutturali della “*probabilità*” (quanto al versante intellettuale) e della “*accettazione del fatto*” (quanto al versante della volontà). Una formulazione, questa, *corretta in corsa*, se è vero che, in sede di prima stesura del progetto (art. 30), si parlava invece di “*alta probabilità*” e di mera “*accettazione del rischio*”. Secondo questa proposta normativa, quindi, si sarebbe avuto dolo eventuale solo in caso di *accettazione del fatto rappresentato come probabile*.

Il *progetto Nordio* (art. 19), in scia con il *progetto Grosso*, ribadiva la preferenza per una formulazione analitica e separata delle tre forme di dolo, riprendendo però, con riferimento al dolo eventuale, il requisito della “*alta probabilità*” risalente alla prima versione del progetto Grosso, oltre che rinunciando alla espressa menzione della *volontà*, così come al riferimento alla *accettazione* (del rischio o del fatto).

Il *progetto Pisapia* (art. 15), infine, oltre alla eliminazione della formula “*secondo l'intenzione*”, usciva in una sorta di *bipartizione* delle forme del dolo, dal momento che, alla descrizione della forma “ordinaria” di dolo costituita dalla “*concreta rappresentazione e volizione del fatto che costituisce il*

reato”, affiancava una definizione legale del dolo eventuale. Una definizione, questa, che ricalcava quella elaborata in seno alla *Commissione Grosso*, con una sorta di sintesi tra la prima e la seconda formulazione di quel *progetto*, oltre che con una significativa aggiunta finale. E così, il dolo eventuale veniva definito nel *progetto Pisapia* mediante la “*alta probabilità*” e la “*accettazione volontaria*”. L’aggiunta alla quale poc’anzi si alludeva consisteva nel riferimento alla dimensione anche *probatoria* del dolo eventuale, in particolare risultando prescritto che l’*accettazione* (volontaria) del fatto dovesse ricavarsi da “*elementi univoci*”. Al reato commesso con dolo eventuale veniva ricondotta, infine, una *circostanza attenuante*, ad applicazione facoltativa.

Giunti a questo punto, non si può certamente mancare di evidenziare la sostanziale mancanza di un vero e proprio accordo scientifico intorno alla definizione della struttura del dolo eventuale. Un disaccordo, questo, che si appunta tanto sulla sua dimensione intellettuale (“*probabilità alta*” o “*probabilità tout court*”?), quanto su quella volitiva (“*accettazione del rischio*” o “*del fatto*”, ovvero *rinuncia tout court* ad essa, in quanto formula priva di dignità volitiva?).

Talché, sembra riaffiorare il più sopra avvertito rischio di *pericolosità* insito in quelle definizioni che si mostrano “*prive di consenso dottrinale*” o “*incompatibili con prassi applicative consolidate*”²⁶⁴. In altri termini, in mancanza di un consenso scientifico e in costanza di un quadro giurisprudenziale pressoché compatto nel decolorare sistematicamente la dimensione volontaristica del dolo, a noi pare che un intervento definitorio in tema di forme del dolo e in particolare diretto a precisare i confini del dolo eventuale potrebbe non detenere quella efficacia taumaturgica che, viceversa, da più parti si suole attribuirgli. In definitiva, cioè, una positivizzazione non assistita da un retroterra

²⁶⁴ Sul punto v. *retro*: 4.3.

culturale di condivisione rischia obiettivamente di non importare gli sperati effetti di contenimento dell'arbitrio giudiziale, decretando in tal guisa la *ineffettività* della definizione legale adottata²⁶⁵.

Peraltro, in appendice alla presente trattazione, crediamo sia necessario anche solo accennare a talune recenti tendenze dottrinali volte a suggerire la importazione nel nostro diritto penale di un *modello tripartito* della *tipicità soggettiva dolosa*. In particolare, si propone la introduzione di una terza tipologia di elemento soggettivo, da collocare in posizione *intermedia* rispetto al dolo e alla colpa e modellata sulla c.d. *recklessness* di matrice inglese o sulla c.d. *mise en danger* propria dell'ordinamento penale francese. Forme di *tipicità soggettiva*, queste, fondate sul carattere *sconsiderato* della condotta tenuta dall'agente e tali da attrarre al loro interno, per un verso, tutte le ipotesi oggi qualificate come dolose in quanto caratterizzate da una elevata intensità rappresentativa, ancorché in assenza di una effettiva volontà (area del *dolo eventuale*), nonché, per un altro verso, tutte le ipotesi colpose caratterizzate dalla rappresentazione dell'evento (area della *colpa con previsione*)²⁶⁶.

A proposito di queste proposte definitorie ad altissimo tasso innovativo, ci limitiamo qui ad osservare come – a nostro parere – l'applicazione pratica di un sistema di *tipicità soggettiva del reato* strutturato *in senso tripartito* – soprattutto tenuto conto dell'odierno stato giurisprudenziale del diritto penale – potrebbe continuare a riservare, né più e né meno, le stesse sorprese spesso esibite dal sistema bipartito attualmente utilizzato. In particolare, infatti, nutriamo più di un dubbio in merito al fatto che il processo penale sia realmente in grado di chiarire in maniera sempre convincente ed univoca i confini tra i casi connotati dalla esistenza di una

²⁶⁵ Per utili spunti in vista di una riforma del dolo eventuale, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 318 ss.

²⁶⁶ In argomento cfr., per tutti, F. CURI, "Tertium datur", cit., *passim*.

forte volontà del rischio e quelli caratterizzati, invece, da una *debole volontà del fatto*. Ipotesi differenziate, queste, che, con l'adozione del modello tripartito qui in discussione, meriterebbero di conseguenza una risposta sanzionatoria differenziata, i primi integrando, diciamo così, l'ipoteticamente neo-introdotta modello della "*sconsideratezza*", i secondi costituendo, al contrario, ipotesi dolose. In effetti, una simile operazione discriminatoria sarebbe costantemente esposta al rischio di manipolazioni a causa dell'evidente difficoltà di giustificare che una *intensa volontà del rischio* non equivalga a una vera e propria *volontà del fatto* e, correlativamente, che una *esigua volontà del fatto* non equivalga a nulla più che a una *limitata volontà del rischio*. Sicché, non ci sembra poi così evidente che una opzione definitoria tripartita come quella proposta sarebbe realmente in grado di arginare l'odierno fenomeno giurisprudenziale costituito dalla disinvolta e opportunistica trasmigrazione di un fatto da un ambito all'altro della tipicità soggettiva, con relativa *trasfigurazione strutturale* dei fatti colposi in dolosi (così come dei fatti non colpevoli in fatti colposi)²⁶⁷.

Concludendo sul punto, una definizione del dolo ispirata al sistema inglese della *recklessness* o a quello francese della *mise en danger* potrebbe, in fin dei conti, rivelarsi anch'essa una definizione *pericolosa*, in quanto "*importata acriticamente*"²⁶⁸.

²⁶⁷ Al riguardo, v. ampiamente *retro*: 3.3.

²⁶⁸ Giova osservare come il progetto Pisapia (art. 15) avesse previsto la introduzione di un nuovo criterio di imputazione, la c.d. *colpa grave*, la quale veniva definita alla stregua di una "*inosservanza delle regole o di una pericolosità della condotta, particolarmente rilevanti*". Sennonché, tale ipotesi di colpa grave andava propriamente a sostituire la colpa con previsione, senza attrarre tuttavia il dolo eventuale, come si è visto, mantenuto infatti sul terreno delle possibili forme di dolo. Da qui la elaborazione di un sistema quadripartito: dolo, dolo eventuale, colpa grave e colpa.

4.4. Dalle definizioni alle denominazioni legali: il caso delle condizioni obiettive di punibilità

Guardando alla parte generale del nostro codice penale, è possibile altresì scorgere la esistenza di un istituto apparentemente marginale, ma in realtà assai denso di implicazioni teoriche, per come testimoniato del resto dalla sua frequente utilizzazione prasseologica – *in via diretta* o, per così dire, *indiretta* – in maniera gravemente distorta. Si allude alle *condizioni obiettive di punibilità* (art. 44 c.p.).

In particolare, in relazione a questo istituto, si pone il delicato problema relativo alla sua corretta individuazione in rapporto a quegli elementi di fattispecie che assurgono, viceversa, al rango di *eventi-conseguenza* della condotta, quindi che sono propriamente costitutivi del reato. Una questione ermeneutica di centrale importanza, questa, atteso l'antitetico operare del canone di imputazione al quale essi debbano rispettivamente sottostare. Un canone limitatamente *oggettivo*, quello stabilito per gli *eventi condizionali* (art. 44 c.p.), a fronte di un criterio su base *psicologica* sancito per gli *eventi costitutivi* del reato (art. 43 c.p.). Già da queste prime battute emerge, dunque, la contrarietà al principio di determinatezza della locuzione "*evento*" utilizzata in relazione alla condizione di punibilità. Infatti, se il rispetto del principio costituzionale di determinatezza, *sub specie* di precisione, implica la inutilizzabilità, da parte del legislatore penale, di formule linguistiche *ambigue* o *vaghe*, tali, cioè, da ingenerare dubbi o, peggio ancora, indebite sovrapposizioni giurisprudenziali di istituti totalmente diversi, è di ogni evidenza la sua violazione nel contesto della vigente disposizione in tema di reato condizionale. Sicché, l'utilizzo del termine "*evento*", in concorso con altre e, invero, anche più decisive mancanze legislative – l'assenza in radice di una definizione legale, la collocazione codicistica dell'istituto e la declinazione del relativo statuto causalistico e psicologico – sono alla base

delle alterazioni, strutturali e funzionali, arrecate al reato condizionale in sede giurisprudenziale.

D'altronde, in seno alla comunità scientifica, essenzialmente si concorda ormai sul fatto che la suddetta problematicità dell'istituto sia da ricercare "a monte", ossia nella eccessiva *elasticità* della descrizione legislativa delle condizioni di punibilità, la connotazione strutturale delle quali rimane, pertanto, affidata alle più disparate e contingenti opzioni interpretative via via fatte proprie dalla dottrina e dalla giurisprudenza, rispettivamente in esclusiva dipendenza della impostazione dogmatica aderita in partenza, ovvero della finalità pratica presa di mira²⁶⁹.

A un così elevato livello di consapevolezza della dottrina in ordine alla rilevanza del problema distintivo appena accennato, fa tuttavia da contraltare una sorta di atteggiamento di *indifferenza* da parte della giurisprudenza, la quale seguita infatti a fare registrare applicazioni approssimative e contraddittorie rispetto a tutte quelle ricorrenti fattispecie incriminatrici in cui l'evento figura descritto mediante l'impiego di formule condizionali, pur essendo al contempo posto in collegamento eziologico con la condotta dell'agente, se non con il complessivo fatto di reato.

Per uscire in qualche utile esemplificazione in proposito, il settore dei delitti contro la pubblica incolumità ci sembra oltremodo paradigmatico di questo atteggiamento della nostra giurisprudenza. Con riguardo, ad esempio, al delitto di incendio, è opinione diffusa che il "*pericolo per la pubblica incolumità*" connesso alla condotta incendiaria di cosa propria (v. art. 423, comma 2, c.p.) assurge tecnicamente al rango di condizione obiettiva di punibilità. Ad analoghe conclusioni si giunge in riferimento, ad esempio, al "*pericolo di incendio*" innescato dalla condotta di chi

²⁶⁹ Sul punto, cfr., per tutti, V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena*, cit., p. 59 ss.; M. ZANOTTI, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 535 ss.

intendeva usare il fuoco al solo scopo di danneggiare l'altrui patrimonio (v. art. 424, comma 1, c.p.). Infine, in questo stesso ambito di incriminazioni, è opinione pacifica che il "*pericolo per la pubblica incolumità*" derivante dal compimento di fatti diretti a provocare il crollo di costruzioni o un altro "*disastro*" (v. art. 434 c.p.) sia, anch'esso, un evento condizionale²⁷⁰.

Invero, non può sfuggire come l'attribuzione all'agente in via puramente oggettiva di elementi espressivi dell'offesa, resa possibile dal varco offerto dall'art. 44 c.p., finisca per realizzare una surrettizia e "*occulta*" applicazione della *responsabilità oggettiva*, concernendo componenti del fatto che dovrebbero inderogabilmente soggiacere a un meccanismo di imputazione di tipo doloso²⁷¹.

Peraltro, in apertura si diceva anche di una distorta utilizzazione giurisprudenziale dell'istituto condizionale "*in via indiretta*". Con ciò si intendeva propriamente alludere alla già analizzata tendenza giurisprudenziale a operare negli stessi termini "*mistificatori*" appena analizzati anche con riguardo ai *delitti colposi di evento*, con l'effetto di violare apertamente il dettato normativo di cui all'art. 43 c.p. Ci si intende riferire qui soprattutto alla colpa specifica o comunque a tutti quei settori dell'illecito colposo maggiormente esposti alla irruzione del *principio di precauzione*, in relazione ai quali si giunge, infatti, alla tendenziale trasformazione degli eventi-conseguenza della condotta in semplici condizioni obiettive di punibilità. Stravolgendo in tal modo l'autentico fondamento della responsabilità penale per colpa, dal momento che l'evento, non costituendo più la concretizzazione del rischio che la norma

²⁷⁰ Al riguardo, anche per i riferimenti giurisprudenziali, ci si permette di rinviare, volendo, a P.P. EMANUELE, *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 1142 ss.

²⁷¹ In argomento, cfr., in generale, F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, cit., p. 469 s.

cautelare mirava ad impedire, finisce per ridursi a mera *occasione* per punire. I reati colposi di evento assumono in tal guisa il volto dei reati di mera condotta (di pericolo), la punibilità dei quali resta subordinata all'oggettivo verificarsi del danno²⁷².

Giunti a questo punto, deve tuttavia ammettersi come una sorta di corresponsabilità nella formazione di una così distorta giurisprudenza sia da ascrivere ad alcune, talora anche persistenti, teorizzazioni dottrinali secondo le quali le condizioni obiettive di punibilità dovrebbero distinguersi in "*intrinseche*" ed "*estrinseche*", là dove le prime varrebbero ad attualizzare ed a qualificare, ossia a rendere più *evidente* l'interesse leso dal fatto di reato, al contrario delle seconde, dirette al più limitato scopo di subordinare l'intervento della punibilità di un fatto offensivo già compiutamente definito²⁷³. Sulla stessa scia si colloca, poi, la teorizzazione della c.d. "*progressione criminosa nell'offesa*" quale categoria ricomprensiva ulteriori casi di condizioni obiettive di punibilità espressive di una certa quota dell'offesa complessivamente recata dai reati ai quali accedono²⁷⁴.

Invero, a tacer d'altro, sarebbe già sufficiente rilevare come tutte queste teoriche che pretendono di ricostruire le condizioni di punibilità quali elementi in grado di contribuire - non importa *in che misura* - alla realizzazione dell'offesa restino inevitabilmente travolte dalla più volte ricordata ricostruzione ad opera della Corte costituzionale del principio di personalità colpevole della responsabilità penale di cui all'art. 27 della Costituzione. Una volta chiarito, infatti, che gli elementi significativi dell'offesa tipica non possano sottostare a un criterio di imputazione

²⁷² Sul punto v. già *retro*: 3.3.2. In argomento cfr., altresì, M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 415 ss.

²⁷³ Per questa bipartizione, cfr., per tutti, F. BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 590 ss.

²⁷⁴ Per questa categoria condizionale, cfr. G. NEPPI MODONA, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988, p. 4 ss.

meramente oggettivo, non vi dovrebbe essere più spazio per condizioni intrinseche o progressioni criminose nell'offesa, nemmeno per il tramite del pur addotto correttivo costituito da una loro imputazione *a titolo di colpa*²⁷⁵.

La verità è che, in relazione alle condizioni obiettive di punibilità, se correttamente intese, non hanno alcuna ragione di porsi dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che esse denotano una estraneità al profilo offensivo espresso dal reato e quindi alla tematica della responsabilità oggettiva. Per questa ragione, il criterio di imputazione su base meramente oggettiva di cui all'art. 44 c.p. altro non rappresenta se non la più immediata conseguenza della loro funzione politico-criminale di restringimento della punibilità²⁷⁶.

Tuttavia, la ostinata impermeabilità mostrata dalla nostra giurisprudenza a recepire una simile ricostruzione delle condizioni di punibilità, ossia quali elementi espressivi unicamente di *ragioni di opportunità* non punitiva o meglio punitiva *sub condicione*, evidenzia la indispensabilità di una riforma della relativa disposizione di parte generale, in quanto, a questo punto, da reputare evidentemente priva di una reale definizione legale.

Al di là, infatti di alcuni indici esegetici di una certa importanza e conducenti obiettivamente alla medesima conclusione appena rassegnata - si pensi in proposito alle locuzioni "*punibilità*", "*reato*" e "*colpevole*", tutte indicative dell'intervento della condizione su di un fatto già costituente reato (nel senso di fatto tipico, antigiuridico e colpevole); ma lo stesso deve dirsi per il criterio della *indifferenza del dolo* sancito dalla norma in veste di (eventuale) nesso di collegamento tra la condizione e il suo autore, laddove, come sappiamo, rispetto agli elementi costitutivi del

²⁷⁵ In tal senso, cfr. F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1478 ss.

²⁷⁶ Così, per tutti, V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena*, cit., p. 149 ss.

reato ed espressivi dell'offesa tale nesso di collegamento su basi dolose risulta obbligatorio²⁷⁷ – deve riconoscersi la *indeterminatezza* dell'art. 44 c.p., nella misura in cui esso, in fin dei conti, si limita a fungere da *norma di disciplina*, mancando tuttavia il pregiudiziale obiettivo di una effettiva descrizione dell'essenza dell'istituto disciplinato.

Una *indeterminatezza legale*, questa, che risulta del resto sufficientemente condivisa, ove solo si ripercorrano le tappe essenziali segnate sul punto dai vari progetti di riforma del codice penale.

Partendo dal *progetto Pagliaro* (art. 13), esso individuava il discrimine tra elementi condizionali ed elementi costitutivi del reato, ponendo l'accento sulla necessaria "*estraneità*" dei primi rispetto "*all'offesa tipica del reato*" e specificando, al contempo, che le condizioni medesime operavano "*oggettivamente*". La scelta terminologica "*offesa tipica del reato*" avrebbe contribuito a restringere il campo delle condizioni di punibilità alle sole condizioni "*estrinseche*", impedendo all'interprete di qualificare come tali tutti quegli elementi comunque espressivi del disvalore materiale del reato, in guisa da espungere definitivamente dall'area condizionale quelle "*intrinseche*". Tuttavia, è vero anche come, alla precisazione di cui è si appena detto, il progetto non faceva seguire alcuna indicazione che, sul piano della distinzione, valesse a segnare il confine tra elementi costitutivi e accadimenti condizionali. Se, infatti, risultava chiarito che la condizione doveva essere *estranea* alle componenti espressive del disvalore del fatto, da nessuna parte si indicava, però, quale fosse l'unità di misura mediante la quale stimare la intraneità o meno, di un dato elemento, rispetto all'offesa.

Per converso, il *progetto Grosso* (art. 33) si riproponeva di risolvere il problema della distinzione tra condizioni ed elementi costitutivi del reato, statuendo che le condizioni di punibilità avrebbero dovuto essere

²⁷⁷ Per questi essenziali rilievi cfr. V.N. D'ASCOLA, *op. ult. cit.*, p. 73 ss.

espressamente *denominate* come tali dal legislatore. Tuttavia, nonostante il più che condivisibile ricorso alla tecnica della *denominazione legale*, nell'art. 33 non figurava anche quanto la Commissione ritenne, alla fine, di non specificare, "*facendo affidamento sui vincoli costituzionali posti al legislatore dalla rilevanza costituzionale del principio di colpevolezza*", e cioè – per come indicato, invece, dall'art. 13 del *progetto Pagliaro* – la circostanza che la condizione di punibilità è "*elemento estraneo all'offesa del reato*".

Del tutto opportunamente, infine, il *progetto Nordio* (art. 99) riprendeva e compendia in una unica formula normativa la maggior parte delle indicazioni contenute nei precedenti progetti di riforma, in particolare insistendo sulla necessità della *denominazione legale* espressa delle condizioni di punibilità (come il *progetto Grosso*), ma ribadendo anche la loro necessaria *estraneità rispetto al reato commesso* e la loro *operatività a livello oggettivo* (come il *progetto Pagliaro*).

Nell'ambito del *progetto Pisapia* si era pensato a una norma in tutto identica a quella del suo immediato predecessore (ossia il *progetto Nordio*). Invero, confrontando le diverse soluzioni appena esposte, deve riconoscersi come, alla luce di un quadro giurisprudenziale come quello sin qui passato in rassegna, la norma del *progetto Nordio* figurasse come la più completa e soprattutto come la più adatta a disciplinare l'istituto delle condizioni obiettive di punibilità, al punto da potere realmente aspirare ad incidere, modificandola, sulla prassi applicativa vigente. Essa aveva scelto, infatti, di affidare direttamente al legislatore la soluzione del problema centrale in tema di reato condizionale, ossia quello della qualificazione di una data componente di fattispecie come condizione di punibilità ovvero come elemento costitutivo del reato. Affiorava, in altri termini, la consapevolezza che il perimetro del fatto non può essere ridotto da un'attività interpretativa che ne elimini talune componenti anche essenziali mediante la loro imputazione in via meramente

oggettiva. Ma è soltanto *denominando* l'istituto, in definitiva, che si potrebbero scongiurare in radice simili manipolazioni giurisprudenziali. Resta da spendere qualche considerazione conclusiva in merito alla utilità (o meno) di mantenere in vigore l'istituto condizionale. La nostra opinione è nel senso del mantenimento, a cagione della sua innegabile vocazione *deflattiva*. In effetti, se descritte in maniera determinata e oltretutto se *denominate* nei termini che precedono, le condizioni di punibilità, in quanto veri e propri elementi aggiuntivi di fattispecie, potrebbero essere impiegate dal legislatore per assegnare rilevanza a talune esigenze di opportunità e di discrezionalità punitiva in grado di rendere più selettiva l'applicazione di una data norma incriminatrice. Come è noto, però, il nostro diritto penale risulta particolarmente povero di ipotesi condizionali, ossia di *condizioni estrinseche*. Ipotesi, queste, che peraltro si ritrovano innestate all'interno di fattispecie incriminatrici di non particolare gravità (v., ad es., art. 720 c.p.), ovvero di scarsa applicazione pratica (v., ad es., art. 558 c.p.). Per questa ultima ragione, sarebbe forse il caso di pensare, allora, a un intervento riformatore in grado di esaltare la utilità dogmatica di questo istituto deflattivo²⁷⁸.

²⁷⁸ In argomento cfr., in particolare, V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena*, cit., p. 88 ss.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- ALEO S., *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Torino, 1999.
- AMBROSETTI E.M., *La legge penale nel tempo*, in M. Ronco (a cura di), *La legge penale*, Bologna, 2006, p. 221 ss.
- ANGIONI F., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1440 ss.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Sassari, 1981.
- ANGIONI F., *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18- 20 maggio 1995)*, a cura di S. Canestrari, Torino, 1998, p. 189 ss.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1989.
- BAFFI E., *Abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in C. Fiore (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 261 ss.
- BARATTA A., *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in Id., (a cura di), *Il diritto penale minimo*, Napoli, 1986, p. 443 ss.
- BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008.
- BASILE F., *Immigrazione e reati "culturalmente motivati"*, Milano, 2010.
- BASILE F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

- BECCARIA C., *De' delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano, 1839.
- BELLAVISTA G., *L'interpretazione della legge penale*, Milano, 1936.
- BENUSSI C., *Il delitto di abuso d'ufficio*, in G. Marinucci-E. Dolcini (sotto la direzione di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Padova, 2001, p. 552 ss.
- BENUSSI C., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998.
- BERNARDI A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010.
- BERNARDI A., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.
- BERNARDI A., *sub art. 7*, in Aa.Vv., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249 ss.
- BERTOLINO M., *Commento a Cassazione, s.u., 25.01.2005*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 853 ss.
- BERTOLINO M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 850 ss.
- BERTOLINO M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 190 ss.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1982.
- BLAIOTTA R., *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1176 ss.
- BLOY R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976.
- BOBBIO N., voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, p. 601 ss.
- BORSARI R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007.

- BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955.
- BRICOLA F., "Dolus in re ipsa". *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.
- BRICOLA F., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984, p. 99 ss.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.
- BRICOLA F., *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di delega italiano*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 175 ss.
- BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 3 ss.
- BRICOLA F., *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 317 ss.
- BRICOLA F., voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 588 ss.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 5 ss.
- BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011.
- BULYGIN E., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995.
- BULYGIN E., *Verità e metodo*, Milano, 2001.
- CADOPPI A., *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in Id. (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 1 ss.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente in diritto penale*, Torino, 1999, p. 70.
- CAIANI L., voce *Analogia. b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 348 ss.

- CAIANIELLO V.-FRONZA E., *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 307 ss.
- CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- CANESTRARI S., voce *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.
- CANESTRARI S., voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 107 ss.
- CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998.
- CARMONA A., *La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1843 ss.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871.
- CASSESE A.-GAETA P.-JONES J.R., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2002.
- CASTALDO A., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.
- CASTRONUOVO D., *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema della interazione psichica*, in Aa. Vv. (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, p.185 ss.
- CATENACCI M., *"Legalità" e "tipicità del reato" nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003.
- CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, p. 1415 ss.
- CAVALIERE A., *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. Gamberini-R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 265 ss.

- CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di stampo mafioso*, Napoli, 2003.
- CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.
- CONSULICH F., *“Materia penale” e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim dir. pen., econ.*, 2006, p. 72 ss.
- CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.
- CURI F., *“Tertium datur”*, Milano, 2003.
- D’ASCOLA V.N., *Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 682 ss.
- D’ASCOLA V.N., *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”*, Reggio Calabria, 2008.
- D’ASCOLA V.N., *Reato e pena nell’analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004.
- DE FRANCESCO G.A., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 113 ss.
- DE FRANCESCO G.A., *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 963 ss.
- DE FRANCESCO G.A., *La fattispecie dell’abuso d’ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1639 ss.
- DE VERO G., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1325 ss.
- DE VERO G., *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. De Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, p. 11 ss.,

- DELITALA G., *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976.
- DELITALA G., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Annuario dell'Università Cattolica*, Milano, 1932.
- DELITALA G., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
- DELMAS-MARTY M., *Politica criminale e diritti dell'uomo in Europa*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 205 ss.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
- DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 608 ss.
- DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 58 ss.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
- DOLCINI E., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 34 ss.
- DOLCINI E., *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 50 ss.
- DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338 ss.
- DOLCINI E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 863 ss.
- DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003.

- DONINI M., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in R. Kostoris-R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.
- DONINI M., *Illiceità e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 175 ss.
- DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla carta costituzionale. L'insegnamento della esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 29 ss.
- DONINI M., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18- 20 maggio 1995)*, a cura di S. Canestrari, Torino, 1998, p. 419.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI M.-PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it.. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.
- EMANUELE P.P., *Controversie dottrinali e distorsioni giurisprudenziali in tema di condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 1139 ss.
- EMANUELE P.P., *I reati culturalmente motivati tra personalizzazione della responsabilità penale e tutela delle vittime*, in *La Rivista Neldiritto*, 2010, p. 941 ss.
- EMANUELE P.P., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando-L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale (Atti del Seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008)*, Torino, 2009, p. 73 ss.

- ENGISCH K., *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Mezger*, 1954, p. 147 ss.
- ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, 2008.
- ESPOSITO A., *Il principio di legalità*, in Aa.Vv., *La corte penale internazionale. Organi – competenza – reati – processo*, Milano, 2006, p. 217 ss.
- EUSEBI L., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1053 ss.
- FERRUA P., *Il giusto processo*, Bologna, 2005.
- FERRUA P., *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992.
- FEUERBACH A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz, 1800.
- FIANDACA G.- MUSCO G., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995.
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss.
- FIANDACA G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca-A. Pizzorusso, *Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1991, p. 222 ss.
- FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FIANDACA G., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 454 ss.
- FIANDACA G., *Note sui reati di pericolo*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista*, vol. I, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 184 ss.

- FIANDACA G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 867 ss.
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Foro It.*, 1988, p. 1385 ss.
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione (1780-88)*, Paris, 1853.
- FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, p. 91 ss.
- FIORE C., *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 278 ss.
- FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007.
- FIORELLA A., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 770 ss.
- FIORELLA A., *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1007 ss.
- FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984.
- FIORELLA A., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1987, p. 1320 ss.
- FLORA G., *La "responsabilità penale personale" nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Temi*, 1974, p. 264 ss.
- FLORA G., *Riflessioni su colpevolezza e responsabilità oggettiva "occulta" nella prassi giurisprudenziale*, in A. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, pp. 547 ss.
- FOFFANI L., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in A. Giarda-S. Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Milano, 2002, p. 234 ss.

- FORTE G., *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 272 ss.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FORTI G., *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 476 ss.
- FRISCH W., *Le definizioni legali nel diritto penale tedesco*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 191 ss.
- G. CONTENUTO, *Il contributo della riflessione sulla prassi giurisprudenziale alla riforma del codice penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, p. 78 ss.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999.
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 7 ss.
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953.
- GALLO M., voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 624 ss.
- GALLO M., voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1963, p. 780 ss.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.
- GRASSO P.G., *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1972.
- GROSSO C.F., *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in C. De Maglie-S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006.
- GROSSO C.F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1474 ss.

- GROSSO C.F., *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 3 ss.
- GROSSO C.F., *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 35 ss.
- HASSEMER W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 171 ss.
- HASSEMER W., *Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 378 ss.
- HASSEMER W., *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRRS*, 2006, p. 130 ss.
- HASSEMER W., *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1967.
- IACONA A., *L'argomentazione*, Torino, 2005.
- IACOVIELLO F.M., voce *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Agg., Milano, 2000, p. 750 ss.
- INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003.
- INSOLERA G.-ZANOTTI M., *L'intervento interpretativo della Corte costituzionale sulle ipotesi di frode fiscale ex art. 4, n. 7), della l. 516 del 1982*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1685 ss.
- JAKOBS G., *I terroristi non hanno diritti*, in R. Kostoris-R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 3 ss.
- JAKOBS G., *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1997.
- JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 4 ed., Berlin, 1988.
- JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin, 1996.

- KAUFMANN ART., *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965.
- KLAB W., *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, p. 122 ss.
- LANZI A., *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 895 ss.
- LANZI A.-PRICOLO C., sub art. 2621 c.c., in A. Lanzi-A. Cadoppi (a cura di), *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, p. 21 ss.
- LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 122 ss.
- LEMME F., *Riflessioni sulla sentenza n. 247/89 della Corte Costituzionale in materia di frode fiscale*, in *Studi in onore di P. Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, p. 589 ss.
- LEONCINI I., *Le "posizioni di garanzia" nel progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale*, in A. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 183 ss.
- LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della legge penale*, Milano, 1989.
- LUZÓN PEÑA, *Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechenbau*, in *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra Symposium für Claus Roxin*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, p. 97 ss.
- MAIELLO V., *Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 206 ss.
- MANES V., *Il nuovo "falso in bilancio" al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1316 ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

- MANNA A., *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1318 ss.
- MANNA A., *Riforma dell'ordinamento giudiziario e scelte della "modernità" nella teoria dell'interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1860 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009.
- MANTOVANI F., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 460 ss.
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988.
- MARINI G., voce "Nullum crimen, nulla poena sine lege" (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 950 ss.
- MARINUCCI G., *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1040 ss.
- MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160 ss.
- MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 77 ss.
- MARINUCCI G., *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 327 ss.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARINUCCI G., voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 132 ss.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 1, Milano, III ed., 2001.
- MASSI S., "Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur". "Offesa" e "infedeltà" nella struttura della corruzione propria, Torino, 2004.

- MASUCCI M., *Definizione del crimine e principio di chiarezza nello Statuto della Corte penale internazionale*, in E. Mezzetti (a cura di), *Diritto penale internazionale, II, Studi*, p. 3 ss.
- MAURACH R., *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
- MAZZACUVA N., *Il futuro del diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 122 ss.
- MAZZACUVA N., voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 445 ss.
- MELCHIONDA A., *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, in *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 391 ss.
- MEZZETTI E. (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, Torino, 2007.
- MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, in M. Ronco (a cura di), *La legge penale*, Bologna, 2006, p. 101 ss.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOCCIA S., *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
- MOCCIA S., *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale: i profili della legalità*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 487 ss.
- MOCCIA S., *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

- MONACO L.-PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421 ss.
- MOROSINI F., *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 585 ss.
- MORSELLI E., *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *Ind. pen.*, 1978, p. 27 ss.
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- NAUCKE W., *Schwerpunktoverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, p. 125 ss.
- NAUCKE W., *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Mohr, Tübingen, 1973.
- NEPPI MODONA G., voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988, p. 1 ss.
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2004.
- PADOVANI T., *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1302 ss.
- PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 399 e ss.
- PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c. p.*, in *Leg. pen.*, 1988, p. 447 ss.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 418 ss.

- PAGLIARO A., *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore sulla legge extrapenale)*, in A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 113 ss.
- PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- PALAZZO F., "Ignorantia legis": vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920 ss.
- PALAZZO F., *Elementi quantitativi e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1194 ss.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, p. 49 ss.
- PALAZZO F., *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 381 ss.
- PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 230 ss.
- PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 338 ss.
- PALIERO C.E., "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 395 ss.

- PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1229 ss.
- PALIERO C.E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 147 ss.
- PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466 ss.
- PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510 ss.
- PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.
- PATERNITI F., *Appunti sulla non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 148 ss.
- PAVARINI M., *Lo scopo della pena*, in *Aa.Vv., Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, p. 351 ss.
- PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano, 1999
- PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Milano, 1993.
- PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1473 ss.
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.
- PIOLETTI U., *Ridefinire colpa e dolo? A proposito delle definizioni contenute nel terzo comma dell'art. 43 del codice penale e nell'art. 12 dello schema di legge delega*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure*

- pericolosa? *Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 467 ss.
- PROSDOCIMI S., "Dolus eventualis". *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
 - PULITANÒ D., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 786 ss.
 - PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
 - PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.
 - PULITANÒ D., voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 73 ss.
 - RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2007.
 - RAMACCI F., *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1992.
 - RAMPIONI R., "In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa), in *Cass. pen.*, 2004, p. 310 ss.
 - RAMPIONI R., *Dalla parte degli "ingenui". Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007.
 - RAMPIONI R., *I delitti di corruzione e il requisito costitutivo dell'atto di ufficio: tra interpretazioni abroganti e suggestioni riformatrici*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3420 ss.
 - RICCARDI G., *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 509 ss.
 - RIONDATO S., *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di giustizia CE: un accoglimento travestito da rigetto*, *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 911 ss.
 - RISICATO L.-LA ROSA E. (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009.
 - ROMANO M.-STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.

- ROMANO M., *“Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004.
- RONCO M., *Il principio di legalità*, in Id. (a cura di), *La legge penale*, Bologna, 2006, p. 1 ss.
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 815 ss.
- ROSI E., *Gli illeciti disciplinari*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1506 ss.
- ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München, 1992.
- RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale: genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Scritti in onore di G. Marinucci*, vol. II, p. 1743 ss.
- RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, vol. I, Napoli, 1965^{sim}.
- SALCUNI G., *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 843 ss.
- SANTAMARIA D., voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 118 ss.
- SAX W., *Das strafrechtliche Analogieverbot. Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht*, Göttingen, 1953.
- SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1975.

- SCHÜNEMANN B., *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristische Methodenlehre*, in *Festschrift für Klug*, Köln, 1983.
- SEMERARO P., *“Definizioni” e funzione di garanzia della legge penale*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 495 ss.
- SEMINARA S., *Interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 951 ss.
- SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1123 ss.
- SERENI A., *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato*, in A. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale*, Napoli, 2003, p. 351 ss.
- SGUBBI F., *La responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975.
- SOTIS C., *Il diritto senza codice*, Milano, 2008.
- SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.
- SPASARI M., *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 50 ss.
- SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.
- STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767 ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità, La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, 2 ed., Milano, 2002.
- STELLA F.-PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 567 ss.

- STILE A.M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, p. 275 ss.
- STORTONI L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1313 ss.
- STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 406 ss.
- STORTONI L., *Relazione di sintesi*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema della definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 499 ss.
- STRATENWERTH G., *Die Stufen des Verbrechenbaus*, in K. Lüderssen-F. Sack (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten. II Die gesellschaftliche Reaktion auf die Kriminalität*, Bd. I, Frankfurt a.M., 1975, p. 263 ss.
- STRATENWERTH G., *Zum Streit der Auslegungstheorien*, in *Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag*, Bern, 1969, p. 257 ss.
- TIEDEMANN K., *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 209 ss.
- TIEDEMANN K., *Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1975, p. 131 s.
- TRAPANI M., voce *Legge penale*, I) *Fonti*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1990, p. 1 ss.
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, 1982, p. 659 ss.
- VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 699 ss.
- VASSALLI G., *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Milano, 1942.
- VASSALLI G., *Statuto di Roma. Note sull'istituzione di una Corte penale internazionale*, in *Riv. di studi pol. internaz.*, 1999, p. 9 ss.

- VASSALLI G., *Sul concorso di persone nel reato*, A. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale*, Napoli, 2003, p. 345 ss.
- VASSALLI G., voce "Nullum crimen, nulla poena, sine lege", in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 278 ss.
- VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 158 ss.
- VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 299 ss.
- VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.
- VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in C. Ruga Riva (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 13 ss.
- VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 ss.
- VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648 ss.
- VISMARA G., *Frode fiscale ex art. 4 n. 7 l. n. 516 del 1982, "misura rilevante" dell'alterazione e dubbi di incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 867 ss.
- VOLK K., *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in *ZStW*, Bd. 97, 1985, p. 871 ss.
- VOLK K., *Struttura del reato e diritti dell'uomo*, in *Crit. dir.* 1999, p. 150 ss.
- WOLTER J., *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem. Zur Strukturgleichheit von Vorsatz und Fahrlässigkeitsdelikt*, in *140 Jahre Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 269 ss.
- ZANOTTI M., *Principio di determinatezza e tassatività*, in *Aa.Vv.*, *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, p. 154 ss.

- ZANOTTI M., voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 534 ss.
- ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, 1984, p. 1700 ss.