



IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE PENALE (*)

Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo

THE JUDGE-MADE LAW IN CRIMINAL CASES.

*Actual and apparent conflicts with the legality principle
and sanctions against the abuse of interpretation*

The study analyses concept, current developments and paradigmatic examples of the judge-made law in criminal cases in relation to topics like judiciary as source of law, doctrine of precedent, –constitutional limits of the principles of legal reservation, legal certainty and prohibition of analogy. The research investigates the category of the abuse of interpretation by violation of the non-retroactivity principle of changes (or results) of an unpredictable, but legitimate, judicial law-making or interpretation. The attention focuses on the cases which are not covered by that principle (concretizing and individualizing of the law, or occult analogy) and on those who are subjected to it, according to the different incidence of the discipline of mistake of law and to the ordering role of interpretation assigned to the United Sections of the "Cassazione" and generally to the Supreme Courts. The essay approaches in conclusion an updated reconstruction of the relationship between predictability of judicial decisions and legal syllogism.

di Massimo Donini

*Ci sono anche adesso uffici, come quello di giudice, sovrani nel decidere casi
che la legge è incapace di definire con esattezza: ma dove è capace, nessuno
dubita che nel modo migliore li regolerà e deciderà la legge.*

*Ma siccome può darsi che taluni casi siano contemplati dalla legge e altri no,
proprio questo fa dubitare e indagare se è preferibile che governi la legge
migliore o l'uomo migliore perché è tra le cose impossibili stabilire una legge
su tutto ciò su cui si delibera*

ARISTOTELE, *Politica*, III, 16, 1287 b

Abstract. Lo studio analizza concetto, sviluppo attuale ed eventi paradigmatici del diritto giurisprudenziale penale, in relazione ai temi della giurisprudenza-fonte, del precedente, e ai limiti costituzionali di riserva di legge, tassatività e divieto di analogia. La ricerca indaga la categoria dell'illecito interpretativo per violazione del principio d'irretroattività dei mutamenti (o dei prodotti) giurisprudenziali imprevedibili, ma legittimi. L'attenzione si concentra sui casi sottratti a tale principio (diritto-concretizzazione e individualizzante, ovvero analogia occulta) e a quelli che invece sono a esso sottoposti, nella diversa incidenza della disciplina dell'ignorantia legis e del ruolo nomofilattico delle Sezioni Unite e delle Corti supreme. Conclude lo scritto un aggiornamento ricostruttivo del rapporto tra prevedibilità del diritto e sillogismo giudiziale.

Abstract (Eng): ...

Parole chiave: diritto giurisprudenziale, fonti del diritto, divieto di retroattività, analogia, prevedibilità delle decisioni giudiziali

Keywords: judge-made law, sources of law, non-retroactivity principle, analogy, predictability of judicial decisions

SOMMARIO: 1. Premessa garantista sul *rule of law* e il suo rapporto con decisioni e *rationes*. – 2. Giurisprudenza e dottrina. – 3. Diritto giurisprudenziale e diritto dottrinale. – 4. “Disposizione” e “norma”. – 5. Diritto-fonte e diritto-concretizzazione. – 6. La legittimità di concretizzazioni che producono estensioni applicative corrette della norma, e che “riscrivono” di fatto la disposizione. L'esempio della concussione. – 7. Dalla concretizzazione estensiva della disposizione all'estensione diretta: l'analogia *in malam partem* e il suo carattere prevalentemente occulto. – 8. Come un intermezzo. La prevalente applicazione estensiva delle leggi penali. Il diritto come operazione logica e il diritto come strumento di lotta. – 9. Tre casi di analogia conclamata. Corruzione per la funzione, malattia-infortunio, onde elettromagnetiche. – 10. Dall'analogia in senso stretto alla creazione di tipi aperti. Il caso dei disastri innominati e del concorso esterno nei reati associativi. – 11. L'essenza del caso Contrada nella ricostruzione della Corte Edu. – 12. Perché il concorso esterno è un istituto che costruisce una forma nuova di partecipazione associativa, esclusa dall'art. 416-bis c.p. – 13. Segue. L'illecito interpretativo dell'applicazione retroattiva di un nuovo tipo di parte speciale dovuta alla sua atipicità prima di una pronuncia certificativa-costitutiva delle Sezioni Unite. – 14. I vincoli europei alla giurisprudenza-fonte e i mutamenti imprevedibili della giurisprudenza tra concretizzazione individualizzante e interpretazione generalizzante. – 15. I limiti della scusante (soggettiva, e in certi casi anche oggettiva) dell'ignoranza inevitabile della legge penale (art. 5 c.p.): quando è applicabile e quando sarebbe un *escamotage* di fronte a un vizio di legalità. – 16. Inattualità di Beccaria? Carattere politico dell'interpretazione *vs.* necessità del sillogismo giudiziale (*ex post*), e di quello “previsionale” (*ex ante*). – 17. La prevedibilità della legge, prima che delle decisioni. Certezza *vs.* mera prevedibilità. – 18. Nozione formale e sostanziale di giurisprudenza-fonte. – 19. Il “consolidamento” del diritto giurisprudenziale e il riparo dai rischi del conformismo giudiziario di tipo burocratico.

1. Premessa garantista sul *rule of law* e il suo rapporto con decisioni e *rationes*.

Il diritto non coincide con un commentario di giurisprudenza¹.

Ciò che ci differenzia dal *common law* “classico” (quello contemporaneo è ormai molto misto, e trasformato dalla legalità formale), dove pure da secoli trova riconoscimento l’esigenza del *rule of law* che contrappone il governo delle leggi (anche consuetudinarie) al governo degli uomini², è che non abbiamo ridotto il diritto a due cose separate: filosofia del diritto da un lato (comprensiva della nostra teoria generale del diritto) e raccolte di casi paradigmatici dall’altro. C’è anche il principio di legalità parlamentare e c’è il raccordo fra la trama legislativa e quella applicativa assicurato da un sapere ermeneutico e di teoria generale che fanno da *grammatica comune* agli operatori giuridici.

Questa *grammatica comune*, articolata oggi anche grazie alle Corti supreme attraverso leggi sovranazionali, come lo Statuto di Roma³, e per l’Europa, i Trattati UE, la Carta europea dei diritti, la Cedu, e il complesso dei principi di garanzia presenti nelle Costituzioni, è un *medium diverso* dalle consuetudini giurisprudenziali affiancate dalle discussioni sui fini della pena e le filosofie morali. La teoria del reato, in *civil law*, ha svolto questo compito da più di un secolo⁴.

* È il testo riveduto della relazione svolta al Convegno di Parma, 9-10 ottobre 2015, su “Cassazione e legalità penale”, i cui *Atti* sono in corso di pubblicazione.

¹ Basti l’esempio di un codice – testo di legge – col solo complemento giurisprudenziale e di un codice che contenga anche il commentario dottrinale, per illustrare l’idea. Il complemento giurisprudenziale *senza codice* sarebbe sostanzialmente il *common law*, ma in realtà neppure lo potrebbe davvero sostituire, essendo quel complemento costituito da (ripetute, numerose e spesso pletoriche) *massime*, più che da (singoli e paradigmatici) *precedenti* (con la loro specifica *ratio decidendi*). Sulla distinzione tra precedente e massima v. per tutti M. TARUFFO, *Precedents in Italy*, in *Precedent and the Law*, ed. by E. Hondius, Bruylant, Bruxelles, 2007, 177 ss., 181 s.; ID., *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007; R. S. SUMMERS/M. TARUFFO, *Interpretation and Comparative Analysis*, in N. MACCORMICK/R.S. SUMMERS (Ed.), *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1997, 489.

² Un tema, in questi termini, già scolpito in PLATONE, *Politico*, 294, 297d-e, 300a-c, prima ancora che in ARISTOTELE, *Politica*, 1287, a-b. Sulla storia del *rule of law* nella tradizione di lingua inglese, da Dicey in poi, T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Penguin, London, 2011, 10 ss.; v. pure A. DONATI, *Rule of law, Common Law. Lineamenti*, Giuffrè, Milano, 2010, 23 ss., 101 ss., e in prospettiva attuale internazionale G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012, *passim*. Sui profili di possibile tensione fra *Rule of Law* e *Common Law*, v. il saggio di M. STEILEN, *On the Place of Judge-made-Law in a Government of Law*, in *Buffalo Legal Studies Research Series*, Paper No. 2016-013. Ulteriori approfondimenti in F. VIOLA, *Rule of law. Il governo della legge, ieri e oggi*, Giappichelli, 2011; B.Z. TAMANHA, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2004.

³ Sull’importanza dello statuto di Roma e della comparazione fra sistemi giuridici per la costruzione di una *grammatica comune internazionale*, G. P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law, american, comparative and international*, vol. I, *Foundations*, Oxford Univ. Press, New York, 2007, VIII ss., 79 ss., 221 ss.

⁴ Più in generale sul diverso ruolo della dottrina nei sistemi di legge scritta e consuetudinaria, cfr. in chiave storica R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History* (1987), tr. it. *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991. In rapporto al sistema penale statunitense, poi, ricordo le lapidarie conclusioni di Markus Dubber, nel senso che non esiste una “*criminal law doctrine*” prodotta dai professori di *common law* (e corrispondente alla teoria generale del reato o alla dogmatica penale), mentre esiste una

Storicamente, peraltro, per raggiungere quell'obiettivo sintattico, linguistico e culturale, abbiamo realizzato quella che agli inizi del Novecento è stata definita una "eutanasia della filosofia del diritto"⁵, cioè la costruzione di una teoria generale del diritto (*allgemeine Rechtslehre*) o teoria generale del reato (*allgemeine Verbrechenlehre*) che sostituiva la sua filosofia e la rendeva 'tecnica'⁶. Di qui il tecnicismo e l'elaborazione di parti generali che da sempre hanno avuto l'effetto certo non sempre positivo di neutralizzare temi filosofici dentro alla riflessione sul reato⁷, ma anche la *funzione di limitare il potere giurisprudenziale* nella lettura e applicazione delle incriminazioni, al pari dell'elaborazione di principi sovraordinati, i quali tuttavia solo dal secondo dopoguerra hanno conosciuto uno sviluppo davvero forte.

2. Giurisprudenza e dottrina.

Noi abbiamo nel nostro DNA un deposito di dottrine, categorie, principi organizzati in sistema che costituiscono il *know-how* del sapere penalistico che il legislatore e il magistrato devono rispettare. Però, *da qualche tempo, una parte della stessa giurisprudenza ritiene di essere la costruttrice di quella grammatica, di quel know-how*⁸: una e trina, essa concretizza le norme al di là del dettato legislativo al quale dà spesso un contributo importante in sede di commissioni ministeriali, le applica in sede giudicante e ne definisce lo statuto conoscitivo, spiegandole al popolo e agli addetti ai lavori. Anche a livello filosofico la *Supreme Court* è stata vista come l'espressione della "ragione pubblica", la *public reason*, in quanto *motiva* le norme⁹, a differenza del legislatore tradizionale (*auctoritas, non veritas facit legem*), al quale non è imposta la motivazione della legge.

dottrina di *common law* prodotta da legislatore e giudici: M. DUBBER, *Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts*, in *ZStW*, 121, 2009, 977 ss., che poi conclude «una scienza penale americana non esiste...l'influenza della scienza penale americana sulla prassi penale è quindi, detto in breve, o assente o dannosa» (*ivi*, 984). Ovviamente si può raffrontare questo giudizio un po' ingeneroso con l'esempio dell'opera di George Fletcher citata alla precedente nota (e con la sua straordinaria produzione di teoria generale, molto educata anche alla Philosophy of law). Ma è certo che Fletcher, americano di origine europea e formazione germanica, non rappresenta il "normale" *common lawyer*.

⁵ Secondo la definizione di G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., Koehler Verlag, Stuttgart, 1973, 110.

⁶ Un'illustrazione di questi percorsi storici in M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, 1999, 228 ss., 234 ss.

⁷ Pagine fortemente censorie sul punto (rispetto alle note posizioni antifilosofiche di V. Manzini) in L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 31 ss.

⁸ Descrizione del fenomeno in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, cap. I, spec. 43 ss., 49 ss.; ID., "Sistema" delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa coordinata dal potere giudiziario, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), V. GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 179 ss.

⁹ "In a constitutional regime with judicial review, public reason is the reason of its supreme court": così, J. RAWLS, *The Idea of Public Reason*, in ID., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, 213 ss., 231; cfr. pure ID., *The Idea of Public Reason Revisited* (1997), in ID., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2002, 131 ss.

Questo è il problema del tempo presente: l'unificazione dei poteri in quello giudiziario. Il controllore-esecutore co-definisce le regole a ogni livello, le spiega e argomenta. Al vertice, poi, il "giudice delle leggi". E in concorrenza con esso, altre Corti che interpretano fonti para-costituzionali o sovra-costituzionali.

Pare perciò evidente che la giurisprudenza-fonte debba ormai essere salvata dal suo indiscutibile successo, che riempie il vuoto della crisi e dell'inadeguatezza del potere legislativo, ma rappresenta non solo per il penalista un "problema costituzionale".

C'è ancora un numero consistente di studiosi che continua a scrivere talvolta su questioni ideali eterne, più spesso su problemi solo attuali, ma distanziati da una *tempistica del distacco*, quella tra gli eventi di cronaca e le riflessioni meditate e cronologicamente affrancate dal ritmo quotidiano. Invece, quella parte della dottrina che ha deciso di misurarsi soprattutto con i problemi dell'ordinaria interpretazione delle leggi più discusse a livello applicativo, deve guardarsi a sua volta dal rischio di non rappresentare bene il sapere scientifico, di depotenziarne l'autorevolezza: il sapere scientifico-accademico mantiene infatti una sua specificità in quanto coltiva visioni di sistema, collaudate anche in termini di razionalità generale e comparata, o storico-comparata. Mentre la soluzione di una questione interpretativa contingente non è il suo *proprium*, e ne modifica anzi la *forma mentis* e l'argomentazione. L'analisi di una sentenza o di una decisione concreta interessa lo studioso soprattutto nella sua valenza di sistema. L'attività di pura concretizzazione è più giurisprudenziale che teorico-scientifica in senso stretto, dato che non si tratta – mai si tratta soltanto – né di mera deduzione logica (si decide, non si conosce soltanto il diritto), né di costruzione generale.

Esattamente come non è il suo *proprium* della giurisprudenza quella visione generalizzante e storico-comparata ("saggistica") che mal si addice all'ordinaria e rapida decisione dei casi, restando solo patrimonio culturale del singolo giudicante.

È tuttavia innegabile che queste differenze costitutive siano oggi attenuate, pur restando ancora valide¹⁰.

3. Diritto giurisprudenziale e diritto dottrinale.

Il diritto giurisprudenziale¹¹ è quello che si definisce, stabilisce, organizza e consolida nelle sentenze di ogni grado di giurisdizione, ma soprattutto quello che si

¹⁰ La rappresentazione del testo illustra la misura della distanza temporale da quando, ancora nel 1970, Gino GORLA redasse la sua classica voce *Giurisprudenza*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970, 489 ss., poi in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, 263 ss.

¹¹ Per tutti, restando alla letteratura italiana, W. BIGIAMI, *Appunti sul diritto giudiziario* (1933), Cedam, Padova, 1989; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. inalterata, Giuffrè, Milano, 1975, 470 ss.; G. ORRÙ, *Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1985 (rist. ed. 1983), 100 ss.; M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Cedam Padova, 1995; G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1988; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Joseph Esser*, Giuffrè, Milano, 1984, cap. II; F. ROSELLI, *Dovere di conoscere la*

consolida in indirizzi interpretativi ripetuti, tanto più rilevanti se collocato nei gradi superiori, perché è lì che esso comincia a cristallizzarsi come giurisprudenza-fonte. In *civil law*, peraltro, dove non vige (o è ben diverso) lo *stare decisis*, sono massime e sentenze, più che *precedents* i casi che lo formano. Finché questo “diritto” rimane liberamente valutabile e derogabile da altri giudicanti, esso esprime una *dottrina giurisprudenziale*, in quanto sia realmente motivato e non meramente deciso con richiami autoritativi a superiori e precedenti statuizioni.

Ovviamente c’è anche un *diritto dottrinale* degli studiosi, che non è in linea di principio diverso da quello giurisprudenziale che non sia fonte, salvo che per *due differenze di fondo*: il *diritto dottrinale* è ritenuto *fonte privata*, o meglio conoscenza o opinione privata dei singoli autori giuridici, mentre quello giurisprudenziale è pur sempre un diritto di organi pubblici; inoltre il diritto dottrinale tende a essere *più generale e astratto* di quello giurisprudenziale: ad essere pensato per un numero di casi più ampio di quello stabilito in qualche sentenza.

Ma *in entrambi i casi* (di diritto non fonte, ma concretizzazione) si tratta di diritto, cioè di elemento conoscitivo e non semplicemente imperativo della legge: la legge non spiega se stessa mentre prescrive qualcosa, mentre il diritto contiene la *ratio* intellettuale, politica e giuridica della legge.

Ovviamente, *la parte della dottrina che può essere “diritto”* è solo quella che *definisce meglio il contenuto* della legge, non quella che la “spiega” sul piano storico-politico, criminologico, economico, filosofico etc.: ma lo stesso vale per le sentenze. Quanto più le sentenze contengono spiegazioni storico-dottrinali, e non definizioni del

giurisprudenza, in *Interpretazione e diritto giudiziale*, a cura di M. BESSONE, Giappichelli, Torino, 1999, 268 ss.; V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Giuffrè, Milano, 1996, 235 ss., 246 ss., 276 ss. Con specifico riferimento al diritto penale, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Esi, Napoli, 2001, 299 ss., 303 s. (anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.); ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722 ss., 1736 s.; ID., a cura di, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*; M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1165 ss.; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, cap. VI; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di ‘diritto penale giurisprudenziale’, ‘partecipazione’ e ‘concorso esterno’*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, AL. MELCHIONDA, Cedam, Padova, 2005, 280 ss.; R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, PUP, Padova, 2013, *passim*. V pure il *Dibattito* dal titolo *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?* in *Criminalia* 2011, 77 ss. con interventi di F. Giunta, G. Fiandaca, A. Gargani, C.F. Grosso; e sempre *Criminalia* 2012, 261 ss., *Il punto su: La legge del giudice penale: a proposito di fonti e interpretazione*, con interventi di R. Bricchetti, O. Di Giovine, G. Insolera, S. Moccia, V. Velluzzi, N. Zanon. E ancora in *Criminalia* 2013, 205 ss. la *Tavola rotonda: Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?* con interventi di C. de Maglie, F. Fiandanese, S. Riondato, V. Maiello, A. Vallini. Quindi *Criminalia* 2014, 91 ss., il dibattito su *Garanzie e garantismo*, con interventi di A. di Martino, F. Morelli, L. Ferrajoli, G. Pino. Si cfr. pure le numerose annate (dagli anni ‘80 del secolo scorso) dedicate al “precedente” dalla rivista *Contratto e Impresa*.

contenuto normativo della legge o dei casi a quella riconducibili, esse sono dottrina e nulla più.

Però la “dottrina di una sentenza” può essere parte essenziale della decisione, e diventare con ciò “diritto” e anche “fonte”, là dove esprima il senso del *decisum*.

È questa la distinzione tra la *ratio decidendi* di un caso e l'*obiter dictum*¹².

Ci sono giudici che divagano molto in diritto, scrivono molti *obiter dicta*. Altri che si limitano all'essenziale per spiegare la decisione del caso: scrivono solo la *ratio decidendi*.

Sono scelte, entrambe con *pro* e *contra*¹³.

4. “Disposizione” e “norma”.

Prima di capire il senso del rapporto tra il diritto giurisprudenziale e la legalità, occorre avere definito un dato *normale* e per nulla patologico, dell'interpretazione della legge.

Riassumo qui soltanto il semplice risultato di precedenti ricerche penalistiche¹⁴.

La distinzione tra disposizione e norma, che nella cultura pubblicistica è diffusa a far data da un famoso scritto di Vezio Crisafulli¹⁵, afferma che il legislatore crea le *disposizioni*, cioè gli enunciati normativi. Il loro contenuto reale, però, lo si raggiunge all'esito dell'interpretazione e dell'applicazione ai casi. La *norma*, pertanto, è solo il *risultato dell'interpretazione della disposizione astratta* (o della disposizione all'esito della sua applicazione ai casi).

¹² A.L. GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, in ID., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, The University Press, Cambridge, 1931, 1 ss.; R. CROSS, *Precedent in English Law*³, Clarendon Press, Oxford, 1977, 38 ss. (Chap. II); J.L. MONTROSE, *Precedent in English Law*, (1965), in ID., *Precedent in English Law and Other Essays*, ed. by Greville HANBURY, Shannon, Ireland, 1968, 9 ss.; N. MACCORMICK, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in L. GOLDSTEIN (Ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, 155 ss.

¹³ Quando la questione è controversa in diritto, è inevitabile che la sentenza si diffonda in questioni dottrinali, tanto più se la questione non riguarda la qualificazione di singole tipologie di casi (ipotesi di *precedent*), ma la interpretazione generale e astratta di disposizioni di legge, assumendo così i tratti della vera “massima”, della riscrittura di un principio di diritto o di una norma legislativa.

¹⁴ M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., cap. II.

¹⁵ V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 195 ss. (che peraltro vedeva nella norma più che un prodotto dell'attività di interpretazione, il risultato di individuazione dell'interpretazione ‘vera’, mentre ad esso si affiancava il valore puramente ricognitivo di un significato preesistente all'interpretazione, il significato *prima facie*, considerato fare parte della stessa disposizione); G. TARELLO, *Diritti, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, 143 ss. (parte II); ID., *L'interpretazione della legge*, cit., 61 ss.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, 15 ss., e qui a p. 20-22 la diversa accezione rispetto alla teoria originaria di Crisafulli; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 15 ss., 136 ss., 497 ss.; ID., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 35 ss., 398 ss.; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 117 s., 320 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, 15 ss.

Da quando abbiamo proposto di introdurre questo binomio linguistico nel dibattito penalistico¹⁶ – il più conservatore di tutti, il più vetero-illuministico, per definizione – sono trascorsi solo tre lustri, ma oggi essa è comunemente diffusa, in un contesto complessivo di linguaggio del diritto.

Solo le norme sono illegittime nel contenuto, non le disposizioni.

Solo sulle norme e non sulle disposizioni è costruita la categoria del “diritto vivente”.

Solo le norme sono tassative o no (tassatività *vs.* determinatezza), dopo che si è interpretata la disposizione. Le disposizioni possono essere indeterminate *prima facie*, ma ciò non basta per sancire la non tassatività della norma.

Solo le norme sono oggetto di *abolitio* parziale e del tipo d’illecito (*abrogatio sine abolitione*), o di depenalizzazione implicita.

Solo le disposizioni, invece, si estendono per analogia con la costruzione di una nuova “dispositio”: vale altrimenti (se non c’è analogia) la vecchia disposizione arricchita di casi nuovi. *Hard cases* finché si vuole, ma pur sempre casi. Casi-norma (Fallnormen)¹⁷, se si preferisce, che tuttavia possono modificare la disposizione, ma non intenzionalmente (come fa invece l’analogia), quanto per effetto di una somma

¹⁶ M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, (Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 27 ss., poi) in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 11 ss., § 3; e quindi ID., *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 161 s. Una critica contro-corrente, in ambito costituzionalistico, alla distinzione tra disposizione e norma, oggi dominante anche fra i pubblicisti, preferendosi quella tradizionale tra norma e interpretazione, è ora condotta da M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 391 ss., spec. p. 413 ss. (§ 4), di cui prendiamo visione solo in sede di correzione della trasmissione alla *Rivista trimestrale* del presente studio. Non è dunque possibile un’illustrazione del saggio di Luciani, né un’adeguata replica ad esso, che non si confronta comunque con i penalisti. Basti per il momento quest’osservazione: se utilizzassimo solo la categoria dell’interpretazione per definire la norma del diritto giurisprudenziale vincolante, di fatto o di diritto, la equipareremmo a quella dottrinale, che vincolante non è; se fosse solo interpretazione quel prodotto *decisorio* (e non solo di conoscenza intellettuale) che deve risultare irretroattivo quando peggiorativo e innovatore, esso non avrebbe un *ubi consistam*: solo se definito in un contenuto preciso, diverso dalla mera ermeneutica, il risultato di una interpretazione diviene “norma”, è identificabile come tassativo, imprevedibile e irretroattivo, e si consolida in massime o principi di diritto. Solo se è norma vale per esso l’identificazione di ciò che è una *abolitio* parziale, etc. etc. Ci sono dunque ottime e insuperate ragioni “di garanzia”, e non solo conoscitive, per restare ancorati alla distinzione proposta. Evitiamo invece, come da sempre, di utilizzare il lessico che si richiama al pensiero della “creazione” di una norma da parte dell’interprete, che ci pare generico, fuorviante e sbagliato, persino in caso di analogia (vietata). Il fatto è che la norma può essere prodotta sempre e solo dall’interprete, non dal legislatore (salvo in caso di interpretazione autentica), mentre la disposizione può essere creata solo dal legislatore, in un contesto di *civil law* e principio di legalità: la costruzione della norma avviene dunque anche nei casi più innovativi in un perimetro già legalmente predefinito. Poiché le differenze quantitative diventano qualitative (da una pozzanghera a un allagamento, da un’esonazione a un’inondazione, da una pioggia intermittente a un’alluvione), la differenza tra microanalogie *dentro al tipo* e analogie *fuori dal tipo* rimane una estensione quantitativa che si trasforma qualitativamente, ma sempre da un contesto predefinito dalla legalità originaria.

¹⁷ Sulla categoria della “Fallnorm”, W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. IV, Mohr, Tübingen, 1977, 202 ss., 336 ss. e *passim*.

cumulativa di fattispecie che in modo indiretto producono quella conseguenza (*infra*, § 6).

Da questi usi linguistici e da queste distinzioni concettuali occorre peraltro trarre alcune conseguenze anche in tema di fonti del diritto, non solo in materia di teoria delle norme.

5. Diritto-fonte e diritto-concretizzazione.

Per diritto giurisprudenziale intendiamo *sia quello che è 'fonte* di diritto in senso più stretto, *sia quello che non lo è*. Di regola esso è fonte solo in senso sostanziale, non formale. Ma le cose stanno cambiando rapidamente.

È "fonte" di diritto in senso formale solo la produzione giurisprudenziale che:

a) presenta capacità innovativa rispetto al diritto preesistente, di portata generalizzante, e che

b) avendo quel carattere innovativo, non ha contenuto puramente conoscitivo della legge, ma estensivo per effetto di un atto decisorio, e

c) è caratterizzata da profili formali di vincolatività (ipotesi di *binding precedent* e *stare decisis*).

Se il vincolo è solo sostanziale (di fatto), esso presenta un aspetto *sociologico* di fonte, che peraltro può essere più forte di quello formale.

Se non vincola neppure di fatto altri giudici, tale diritto è solo una dottrina più creativa, ma non è fonte.

Non è fonte di diritto, tuttavia, la produzione giurisprudenziale che risulti di prevalente significato conoscitivo della legge, avendo una specifica funzione di concretizzazione giuridica, che individualizza ciò che la legge astratta e il Parlamento mai potrebbero fare. Si potrebbe a volte anche parlare, come per la dottrina, di "invenzione" e di "scoperta"¹⁸: di categorie e istituti che hanno un valore obiettivo-conoscitivo in sé, ma servono anche a realizzare scopi predeterminati dalla legge stessa, anche se non predeterminati negli strumenti operativi e concettuali che pur necessitano (per es., si cfr. anche il carattere operativo di nozioni come il *ne bis in idem* sostanziale, il nesso di rischio, la discontinuità del tipo di illecito, e quello più conoscitivo, ma anche processuale, di categorie come le scriminanti e le scusanti, oppure del negozio giuridico etc.).

Può dunque esistere un diritto innovativo con funzione solo conoscitiva, perché il progresso nella conoscenza della legge, e nel suo adattamento a un sistema *in fieri*, produce innovazione giuridica, senza creare nuove regole di tipo politico-legislativo: *nuove regole* sì, eventualmente, ma *subordinate alla legge anche in termini cognitivi*. Sono quindi "norme" che costituiscono il risultato dell'interpretazione della disposizione

¹⁸ Sul rapporto tra scoperta e invenzione nella ricerca giuridica si consenta il rinvio a M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 123 ss.

legislativa in funzione soprattutto conoscitiva. Diciamo che si tratta di diritto-concretizzazione¹⁹, e diritto-invenzione dentro a una cornice preesistente²⁰.

Questo tipo d'innovazione, in diritto penale, riguarda soprattutto le singole incriminazioni.

*“Solo i commentari ci dicono la verità”*²¹. In questa frase di Joseph ESSER²² è contenuta l'essenza della distribuzione geografica tra diritto (testi di legge + decisioni di casi) e principi che servono per concretizzare la legge e far evolvere il diritto.

In *entrambi i casi* sopra ripartiti – diritto-fonte e diritto-concretizzazione – si pongono problemi di legalità, ma essi sono stati tradizionalmente ritenuti abbastanza distinti, in nome della divisione dei poteri: vietato il primo, del tutto lecito il secondo; ovvero inesistente il primo, esistente solo il secondo.

La verifica della legalità della concretizzazione innovatrice è costituita dal controllo sulla correttezza ermeneutica dell'inserimento di casi e sottofattispecie all'interno della disposizione. Se è individualizzante e corretta, *nulla quaestio: solo il giudice può concretizzare la legge, essendo ciò precluso al Parlamento*.

Del tutto scontata e tuttavia poco discussa è *l'innovazione che concretizzi la legge anche in forme espansive e incriminanti*. Vediamone un esempio paradigmatico.

6. La legittimità di concretizzazioni che producono estensioni applicative corrette della norma, e che “riscrivono” di fatto la disposizione. L'esempio della concussione.

Occorre distinguere tra *applicazione innovativa di casi* (nuovi) che non modificano la disposizione, ma estendono la portata della norma, ed *estensione della fattispecie che modifica la stessa disposizione*.

Posso applicare una disposizione a un caso diverso e nuovo rispetto a quelli già vagliati in passato (numero definito di tipologie di casi X). Una tipologia X + 1, che è consentita dalla lettera della legge.

¹⁹ Lo studio più importante sulla concretizzazione giuridica rimane quello di K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*², C. Winter, Heidelberg, 1968, purtroppo non tradotto. V. anche ID., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*³, C. Winter, Heidelberg, 1963.

²⁰ In continente di *common law* o di esperienze di *common law* è frequente la demitizzazione della legalità (scritta) quale fonte davvero esclusiva del diritto applicato. Per riflessioni di grande profondità sul ruolo costruttivo dell'attività del giudicante, v. in vario senso B. N. CARDOZO, *Il giudice e il diritto* (tr. it. di *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, 1947), La Nuova Italia, Firenze, 1961, 46 ss., 67 ss.; F. A. von HAYEK, *Rules and Order* (1973), tr. it. in ID., *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1994, 93 ss., 144 ss.; R. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, 2008, 78 ss., 180 ss. La superiorità del sistema giuridico rispetto alle singole sue regole trovasi già espressa in modo insuperato nel famoso brocardo del giurista romano PAOLO: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat*.

²¹ Ciò non contraddice il primo enunciato (*retro*, § 1), per il quale il diritto non coincide con un commentario di giurisprudenza, essendo tale complemento del tutto insufficiente senza la parte strettamente dottrinale.

²² J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Mohr, Tübingen, [1956], 1990⁴, 151.

Per esempio se estendo le offese penalmente rilevanti (ora depenalizzate quanto all'ingiuria) all'onore e alla reputazione anche alle *persone giuridiche*²³, muta il contenuto (l'ampiezza) del precetto e anche della norma che concretizza il reato di *diffamazione* e l'illecito civile di ingiuria (dopo il d. lgs. n. 7 del 2016). Tuttavia, non devo immaginare di riscrivere la disposizione degli artt. 594 e 595 c.p. perché quelle disposizioni si adattino al contenuto così allargato dei soggetti passivi. La disposizione è identica, ma la norma è diversa.

Le cose cambiano se prendiamo l'esempio del delitto di *concussione* (art. 317 c.p.), le cui modifiche legislative intervenute nel 2012 (che hanno eliminato la concussione per induzione dall'art. 317 c.p.) non incidono su quanto stiamo per osservare.

La concussione è stata dapprima estesa alla "dazione" indebita di rapporti sessuali (prestazione di per sé non patrimoniale), e poi anche di favori politico-amministrativi, anziché rimanere circoscritta alla dazione di un'utilità economica, com'era viceversa spesso intesa fino al principio degli anni '90 del secolo scorso. Sennonché, già per es. Manzini escludeva che vi fosse una testuale limitazione all'utilità economica, anche se poi, in relazione ai favori sessuali, restringeva la rilevanza come concussione solo in caso di prestazioni di una prostituta²⁴. Infatti, in caso di costrizione o (in passato anche di induzione) a prestazioni sessuali indebite, solo se la persona offesa era una prostituta si riteneva pacificamente che si trattasse di concussione, dato il sicuro significato "patrimoniale" della prestazione (e dell'«utilità») ottenuta con costrizione o induzione. Per effetto della svolta nell'interpretazione della fattispecie (ratificata da SS.UU., 11 maggio 1993, Romano)²⁵, il delitto di concussione è dall'ultima decade del secolo scorso pacificamente applicato alle prestazioni sessuali con persona che non sia una prostituta, provocate dall'abuso del p.u. La prestazione sessuale è dunque *una sottofattispecie del concetto di "utilità"* in un significato non più necessariamente economico-patrimoniale. Non solo. Sempre la sentenza delle Sezioni Unite del 1993 afferma in motivazione che l'utilità anche non economica per il p.u. può dipendere da un "facere" della vittima, non solo da una dazione in senso stretto o fisico.

L'orientamento si consolida nel tempo. In una nota vicenda riguardante il caso Lonardo, per la minaccia di presentare un'interpellanza in consiglio regionale contro la sussistenza dei requisiti della nomina a direttore generale di una AUSL, in quanto tale direttore non aveva (o non avesse) ubbidito agli ordini politici del suo partito che esigeva la nomina di due primari ospedalieri, Cass., sez. VI, 8 giugno 2009, n. 33843, Pres. Lattanzi, Est. Fidelbo, decide in diritto testualmente: "la giurisprudenza di questa

²³ Su questa oggi pacifica estensione, V. PACILEO, in V. PACILEO, D. PETRINI, *Reati contro la persona*, Tomo II. *Contro l'onore e la reputazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Giuffrè, Milano, 2016, 36 ss.

²⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Utet, Torino, 1950, 168. Per la netta esclusione che la concussione potesse riguardare un mero *facere*, tra codice Zanardelli e codice Rocco, N. LEVI, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Società ed. del Foro italiano, Roma, 1930, 200 s.

²⁵ In Cass. Pen., 1993, 2252.

Corte ritiene che in tema di concussione l'espressione "altra utilità" di cui all'art. 317 c.p. ricomprende qualsiasi bene che costituisca per il pubblico ufficiale (o per un terzo) un vantaggio, non necessariamente economico, ma comunque giuridicamente apprezzabile; tale utilità quindi può consistere in un "dare", in un "facere", in un vantaggio di natura patrimoniale o non patrimoniale, purché sia ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal comune convincimento (Sez. VI, 9 gennaio 1997 n. 1894, Raimondo; Sez. VI, 11 novembre 1998, n. 3513, Plotino)²⁶.

Ciò premesso, ne consegue questo effetto sulla "disposizione" dell'art. 317 c.p.

Attraverso una "rilettura dei casi" già consolidati, e in realtà anche risalenti, è possibile riscrivere (prima mentalmente, poi ermeneuticamente, o in forma dottrinale) la disposizione (art. 317 c.p.), perché se guardiamo i casi ai quali essa si applica, le parole impiegate dal legislatore per descriverla non sono più attuali, e forse non lo sono mai neppure state, apparendo inesatte: se si dovesse riscriverla oggi guardando i commentari e i massimari, dovrebbe sicuramente essere redatta diversamente.

In effetti, anche se la novella del 2012 (l. 6 novembre 2012, n. 190) che ha espunto la concussione per induzione dall'art. art. 317 c.p., mantenendolo per il resto nella sua essenza, ha conservato immutata la descrizione del fatto di chi "*costringe taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità*", in realtà il contenuto di questa disposizione corrisponde a un enunciato letterale diverso, vale a dire: "*costringe taluno a fare, a proprio o altrui vantaggio, oppure a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità*".

La disposizione *enunciata* dalla legge è infatti diventata *inesatta* di fronte alla sua prassi applicativa, rispetto alla "norma" *vigente*. Ciò potrebbe dipendere da una prassi illegittima, ovviamente. Ma può anche dipendere da una prassi corretta, come nel caso della concussione, la cui estensione ermeneutica rispetta il dettato normativo.

Lo rispetta perché quando costringo taluno a dare o *promettere*, posso farlo anche mediante comportamenti che passano attraverso contratti e obbligazioni. Non è richiesta una "dazione diretta", e dunque rileva la dazione o la prestazione indiretta, e perciò anche un *facere*. L'utilità, a sua volta, può non essere economica, lo si dice almeno dall'Ottocento: che sia economica non è del resto richiesto dall'art. 317 c.p., anche se a lungo venne interpretato restrittivamente almeno rispetto ad alcune tipologie di casi. Così come non è richiesto che ci sia un danno economico per la vittima. Però una volta rivisitato dalla prassi nel senso qui ricordato, tale articolo andrebbe riscritto, e *di fatto* lo è già stato. Soprattutto il riferimento ormai dispiegato alla costrizione ad un *facere* ci appare che abbia conseguito il mutamento della disposizione. Con effetti potenziali nuovi, peraltro, una volta acquisita la *piena consapevolezza* della norma reale rivisitata.

Questo esito non è stato adeguatamente evidenziato in precedenza dagli interpreti soprattutto penali, a mia memoria, ma è un aspetto importante

²⁶ Per il testo di questa sentenza, delle precedenti SS.UU. Romano del 1993, e di altre in materia, cfr. P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Vol. II, Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*⁵, Wolters & Kluwer, Cedam, Padova, 2016, 315 ss., 319 ss.

dell'evoluzione del diritto legittimo: *l'estensione della fattispecie attraverso i casi (operazione lecita) può produrre l'esigenza di riscrivere la disposizione, o di leggerla come se fosse scritta diversamente.*

Questo caso, infatti, è solo esemplificativo di una modalità rilevante e diffusa di evoluzione del diritto.

7. Dalla concretizzazione estensiva della disposizione all'estensione diretta: l'analogia *in malam partem* e il suo carattere prevalentemente occulto.

Mentre il caso della concussione costituisce un esempio di diritto-concretizzazione che modifica la disposizione in modo implicito, indiretto, e per effetto di ciò non ha ricevuto a quanto consta nessuna censura sul piano ermeneutico della legittimità, è stata invece sempre tabuizzata, censurata, e quindi anch'essa poco elaborata, sino a tempi recenti, la seconda operazione: quella che costruisce diritto-fonte, quando cioè la giurisprudenza produce diritto di sua pura creazione, in modo più immediato, talora *intenzionale*, poi recepito in seguito dal legislatore. Sono *modalità diverse di estensione* quella che concretizza dai casi e quella che amplia da subito la regola in modo diretto, *una interna alla disposizione, una esterna ad essa*²⁷.

La prima è una riscrittura indiretta, spesso *non intenzionale*, che discende dal deposito di casi e decisioni raccolte in massimari e commentari.

La seconda è tradizionalmente detta analogica, anche se mascherata specialmente dai penalisti dietro tanti argomenti, e anche *in letteratura* attraverso una valorizzazione della storica categoria del "*typus*", ben diverso dal tipo penale tassativo della nostra tradizione²⁸.

²⁷ È l'orizzonte di senso della distinzione tradizionale tra estensione analogica e non. Rinvio alla lucida ricostruzione di G. CARCATERA, *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss. Alla fine converge su tale linea direttiva tradizionale e a mio avviso corretta (legittimità di una estensione interna alla disposizione, o alla "fattispecie", e illegittimità di quella esterna ad essa) anche O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, 276 ss., pur se dopo un'intera *pars destruens* dove si tende a sostenere l'impossibilità tecnica della distinzione fra analogia e interpretazione estensiva e il carattere necessariamente analogico del ragionamento giuridico in generale: posizioni in sé in effetti compatibili, anche se problematicamente, con il mantenimento dell'adesione politica e giuridica al divieto di analogia.

²⁸ Nel recente studio di M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, il cui approccio olistico (98) suggerisce nei casi difficili (peraltro secondo l'A. non agevolmente distinguibili in astratto da quelli facili: *ivi*, 85 s., seguendo la critica di Fuller a Hart) di partire dal caso (101 ss.) più che dal testo letterale (65 ss., 100, 113 ss.), dal contesto e dallo scopo normativo (*ibidem*), ma esclude che esista ormai un "sistema" e dunque un limite sistematico (115 s.), esistendo solo un "ordine dinamico, cangiante e poliprospectivo" (*ivi*, 116). Su tali basi, che peraltro riprendono la categoria della *intentio operis* (oggettiva) rispetto a *intentio auctoris* e *intentio lectoris* (dalla distinzione di U. ECO, sulla quale v. *infra*, nota 61), l'A. approda infine a convogliare i limiti tradizionali rappresentati da testo, contesto, *ratio* e caso, in quello ritenuto più risolutivo di 'tipo'. Sennonché il tipo di cui parla l'A. è quello impiegato da Arthur Kaufmann per giustificare il ragionamento analogico in generale: è il *Typus*, non il *Tatbestand* (Arth. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982), ora in trad. it., a cura di G. Carlizzi, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*,

La *giurisprudenza penale* usa spesso definire un'interpretazione come analogica applicandola a un caso d'interpretazione estensiva sbagliata o vietata e comunque non condivisa.

Una rassegna aggiornata di giurisprudenza può stupire se si osserva quanto siano *frequenti le censure*, compiute da giudici di Cassazione in nome del *divieto di analogia in malam partem*²⁹, rispetto a sentenze di merito.

Vivarium, Napoli, 2004, 53 ss., 70 ss.; v. pure sul punto O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 49 ss.; G. CARLIZZI, in V. OMAGGIO, G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, 121 ss.; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik* (C. Heymanns, 1968), tr. it. *Fattispecie e tipo*, ESI, Napoli, 2007, 73 ss., 98 ss., 163 ss. e spec. 166-177 (sulla spirale), 180-187 (sul tipo), 237 ss.; G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1535 ss.): non è il fatto tipico tassativo della fattispecie legale, ma un'essenza normativa ad essa sottostante, come una sorta di *anima della fattispecie*, che sta tra la realtà e il normativo: è un "universale in re", non un "concetto", solo spiegabile, ma non definibile, una sorta di via mediana ("Mittelhöhe", "altezza media") tra il generale e il particolare (ART. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1997, 127). Il concetto è "chiuso", il tipo è "aperto" (*ibidem*). Il concetto ammette sussunzione e segue una logica binaria, sì/no (*Trennungsdenken*); il tipo, invece, è sempre un più o meno, sotto il segno di una logica fuzzy (*Op. loc. ult. cit.*). Che tale nozione, che pur presenta una millenaria tradizione semantica (ampiamente G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, relazione al convegno di Padova, 6-7 maggio 2016 su "Ermeneutica e scienza penale", dattiloscritto), ma di incerta afferrabilità, rappresenti un vero limite all'interpretazione creativa, pare lecito dubitare. Il 'tipo' in oggetto è, per intenderci, più vicino a quello che C. cost. n. 327/2008 sull'art. 434 c.p. (*infra*, § 10) ha desunto dai disastri tipici per costruire i disastri atipici, innominati: un mezzo per l'analogia. Forse l'esilarante "Nel cielo dei concetti" di Jhering (R.v. JHERING, *Im juristischen Begriffshimmel*, tr. it. *Nel cielo dei concetti giuridici*, in *Id.*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, tr. it. *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Sansoni, Firenze, s.d. [1954], 269 ss.) può costituire un monito rispetto alle pretese che tali categorie tanto fasciose quanto poco afferrabili abbiano capacità risolutiva (*ex ante*), anziché solo esplicativa (*ex post*) rispetto a una opzione da accogliere. Ci piace la logica fuzzy per spiegare come le 'formE del dolo e della colpa non siano riducibili a un vero concetto di genere, formale e linneano, ma non ci serve più se vogliamo impedire che un giudice s'inventi una nuova fattispecie di parte speciale.

²⁹ **Solo per exempla:** *Cass. pen., sez. III, 6 novembre 2014, n. 45921 e Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2013, n. 42463*, contro l'applicazione (ritenuta) analogica dell'art. 731 c.p. estendendo la sanzione penale per i genitori che abbiano impedito la frequenza di una scuola media superiore (anziché la sola istruzione "elementare" ex art. 731 c.p.) del minore. *Cass. pen., sez. III, 10 dicembre 2009, n. 46983*, contro l'estensione (ritenuta) analogica dell'irrelevanza dell'*error aetatis* nei reati sessuali anche all'art. 600bis c.p. (prima della sua riforma legislativa); *Cass. pen., sez. I, 27 aprile 2011, n. 16512* contro l'applicazione (ritenuta) analogica dell'art. 677, co. 3, c.p. al fatto della mancata ottemperanza a un'ordinanza comunale di rimuovere un accumulo-deposito di residui di una ristrutturazione di edifici, che minacciavano l'incolumità pubblica per eventuali smottamenti, senza che vi fosse nessun pericolo derivante da una minaccia di "rovina dell'edificio" ex art. 677, co. 2 e 3, c.p.; *Cass. pen., sez. VI, 7 settembre 2012, n. 34275*, sulla non configurabilità (altrimenti ritenuta analogica) del reato di cui all'art. 570 c.p. per il convivente *more uxorio*; *Cass. pen., sez. IV, 13 settembre 2013, n. 37743*, § 3.2, sulla natura analogica *in malam partem* dell'estensione dell'aggravante di cui all'art. 186, co. 2 bis C.d.S. a chi non abbia "provocato" un incidente nelle previste condizioni di stato di ebbrezza, ma ne sia rimasto solamente "coinvolto"; *Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2011, n. 18503*, contro l'applicazione (ritenuta analogica *in malam partem*) del reato di omessa comunicazione della contaminazione ambientale ex art. 257, co. 1, d. lgs. n. 152/2006, da parte non già di chi abbia cagionato l'inquinamento, ma da parte del proprietario; *Cass. pen., sez. III, 22 dicembre 2009, n. 49385*, contro l'applicazione (ritenuta analogica) dell'art. 171bis, co. 1, d. lgs. n. 633/1941, alla detenzione da part di un geometra di programmi software duplicati abusivamente (da terzi) e utilizzati nello studio professionale, sul presupposto che si trattasse di detenzione "a scopo commerciale o imprenditoriale", pur non essendo

Ma si tratta di un *uso anche argomentativo del divieto di analogia*. Varie volte sono solo interpretazioni sbagliate, non certo intenzionalmente analogiche, ma risultando estensive *in malam partem*, vengono censurate in quanto analogiche di fatto.

Premesso che componenti analogiche (induzione/abduzione) sono coesenziali al pensiero e a quello giuridico³⁰, *il tema della analogia in senso stretto*, quella vera fondata su lacune non intenzionali, regola-parametro simile, *eadem ratio, eadem dispositio*, è molto *circoscritto*: essendo vietata in diritto penale, nessuno la pratica esplicitamente, preferendo forme di *cripto-analogia, o analogia occulta*, dove spetta ai terzi “scoprire” l’analogia sotto mentite spoglie.

Il suo terreno di coltura più insidioso rimane quello delle *clausole generali*³¹ e delle *fattispecie aperte*, poco tassative. Qui per definizione il legislatore apre all’analogia non avendo compiuto scelte politiche precise: neppure si può dire, in questi casi, che sia violata dal giudice la riserva di legge o la divisione dei poteri, tanto è conclamata l’inadempienza originaria del Parlamento. Resta però vigente il dovere di un’interpretazione conforme al principio-regola della tassatività.

8. Come un intermezzo. La prevalente applicazione estensiva delle leggi penali. Il diritto come operazione logica e il diritto come strumento di lotta.

Le disposizioni conoscono soprattutto interpretazioni estensive. Perché?

a) perché sono spesso *elastiche*, estremamente sintetiche e astratte, pensate per potere adattarsi a molti casi anche soggettivamente non previsti dal legislatore storico, che ha in mente solo una tipologia limitata di fattispecie; quando sono molto tassative, di regola appaiono alla prassi difettose; la celebrazione dottrinale del principio (o

commerciale (di vendita) la finalità della detenzione, ma solo l’uso: al § 4 della motivazione si ricorda che “innumerevoli volte” la S.C. ha richiamato il principio di tassatività e il divieto di analogia in relazione a tentativi di forzare i limiti derivanti dal metodo casistico della l. 633/1941; *Cass. pen., sez. II, 26 novembre 2009, n. 45555, Cass. pen., sez. II, 12 gennaio 2012, n. 498, Cass. pen., 30 maggio 2013, n. 23587*, sulla non configurabilità della c.d. truffa processuale, essendo *in malam partem* l’analogia che ravvisi nell’organo giudicante il soggetto ingannato-passivo del reato patrimoniale di truffa ex art. 640 c.p.; *Cass. pen., 29 novembre 2011, n. 44126*, sul carattere estensivo-analogico erroneo, contrastante con la tassatività, dell’estensione al direttore di periodico *on-line* della responsabilità ex art. 57 c.p. prevista per la sola stampa cartacea.

³⁰ Per tutti Arth. KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, cit., trad. it. *Analogia e “natura della cosa”*, cit., *passim*; C.R. SUNSTEIN, *On Analogical Reasoning*, in *Harvard Law Review*, 106, 1993, 741 ss., sull’analogia *case by case* quale procedimento tipico del ragionamento giuridico in *common law*; e gli AA. richiamati *retro* a nota 28 sulla dottrina del tipo. Sul tema in generale si deve rinviare all’opera enciclopedica e straordinaria di E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia*, Il Mulino, Bologna, 1968. Qui, sull’analogia nel diritto, alle pp. 715 ss., alcune osservazioni di particolare interesse.

³¹ Per una recente riflessione penalistica al riguardo cfr. D. CASTRONUOVO, [Clausole generali e diritto penale](#), in *questa Rivista*, 2012, anche in *Scritti Stile*, Esi, Napoli, 2013, 477 ss. E in chiave teorico-costituzionale, F. PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, BUP, Bologna, 2013, 151 ss.

carattere) di frammentarietà del diritto penale è vissuta infatti nella prassi addirittura come un intralcio alla giustizia, esattamente come ai tempi di Binding³².

b) perché, infatti, sono delle *armi, mezzi di lotta* contro fenomeni ritenuti criminali, a disposizione della magistratura per scopi di tutela; come tali non contengono “dentro di sé” l’enumerazione di tutti i possibili obiettivi (né la definizione del bene giuridico protetto!), perché solo alcuni più tipici sono da esse presupposti e immaginati;

c) perché *non sono semplici premesse di un’operazione logica di sussunzione*, come le intende di solito quella lettura garantista che pensa le regole come strumenti di conoscenza del diritto, anziché strumenti di lotta alla criminalità, e si figura che il magistrato di Cassazione sia come il pubblico ministero in trincea.

C’è un’antinomia tra queste due culture e anime giuridiche.

Sono archetipi coesistenti come lo sono i diversi attori: polizia giudiziaria, pubblici ministeri, giudici, giuristi accademici, Corti superiori e supreme, vittime e autori e *not least* i loro rispettivi difensori.

Oggi è in corso uno sforzo di avvicinamento o di dialogo tra queste culture, mediato da diversi giuristi. Ma l’eliminazione dell’antinomia o della dialettica è impossibile. È solo consentito realizzare mediazioni dentro a un pendolo continuo di posizioni in conflitto. *Però la legalità, anche costituzionale, deve prevalere sulla lotta, che può svolgersi solo entro i suoi confini.*

Attualmente il dibattito sulla legalità si è spostato da quella *in the books* (formale, letterale, uguale) a quella *in action* (sostanziale, teleologica, differenziata). E quindi la discussione verte sulla legge applicata, o meglio sul diritto giurisprudenziale, che è, o *appare*, comune a *civil law* e *common law*.

Tema che sembra consentire soluzioni comuni o dialogiche tra i diversi sistemi giuridici. Somiglianza solo parziale, ma fruttuosa. Vediamo di tentare un’analisi di casi tipici.

9. Tre casi di analogia conclamata. Corruzione per la funzione, malattia-infortunio, onde elettromagnetiche.

Sono casi tipici, e patologici, di un diritto penale “di lotta”³³. Lotta ermeneutica contro fenomeni che non si ritengono adeguatamente tutelati dalla legge.

³² Notoriamente Karl Binding, che fu tra i primi a trattare del carattere frammentario del diritto penale, gli assegnava una connotazione negativa, non quella positiva corrente nel pensiero penalistico del secondo Novecento. V. sul punto la ricostruzione di T. VORMBAUM, [Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2015, 51 ss., e altresì, tanto radicale quanto istruttivo, W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI E M. PAVARINI, BUP, Bologna, 2011, 79 ss.

³³ Illustrazione della categoria, ben più ampia del tema dell’analogia, in M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS e R.

1. Prima della riforma del vigente art. 318 c.p. si estendeva la responsabilità per la corruzione riguardante gli atti dell'ufficio alla *corruzione per la funzione*³⁴: qui eravamo oltre i confini letterali della disposizione se ci si riferiva alla messa a libro paga del pubblico ufficiale per atti futuri non identificabili (forse contrari, forse conformi ai doveri d'ufficio), applicando magari la corruzione propria³⁵. Eppure questa estensione, che "colmava una lacuna" costituita dal riferimento ai soli "atti" da parte della legge penale, è stata anch'essa applicata retroattivamente, come se si fosse trattato di mera interpretazione. Poi il legislatore ha addirittura 'recepito', nel 2012, il prodotto creato dai giudici e la nuova norma è diventata anche formalmente disposizione, mentre prima era contraria alle disposizioni vigenti. Una vera "lacuna" riconosciuta e sancita dalla novella 6 novembre 2012, n. 190 con il nuovo art. 318 c.p.

2. Lo stesso potrebbe dirsi, quanto a esemplarità dell'analogia, per la *malattia-infortunio*³⁶, il più puro *passepertout* analogico – che fa da ponte tra l'infortunio (tipico) e la malattia (lacuna normativa) – per giustificare l'estensione dell'art. 437 c.p. (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) alle malattie professionali realizzate con mezzi non "violenti", e mai neppure pensate dal codice del 1930. Qui il legislatore non è ancora intervenuto, purtroppo, e si vive alla giornata, tra un diritto giurisprudenziale totipotente e le censure dei difensori, che vengono mal sopportati da alcuni pubblici ministeri e peggio giudicati come garantisti a pagamento, quando in realtà ribadiscono regole costituzionali ispirate alla divisione dei poteri. Abbiamo bisogno di una novella legislativa anche qui per "vedere" che è già stata colmata, anche se non "disciplinata", una lacuna normativa da parte del diritto giurisprudenziale?

3. Consapevole della propria analogia *in malam partem*, in quanto divisa al suo interno da pronunce contrastanti di Cassazione, è poi la stessa giurisprudenza sul reato di *getto pericoloso di cose* (art. 674 c.p.), esteso niente di meno che alle emissioni "pericolose" di *onde elettromagnetiche*³⁷. Una fattispecie legale costruita su tipologie di casi che ripetono dalle *Cose quotidiane* di GAIO e dalle *Istituzioni* di GIUSTINIANO la loro tipicità (!) e dunque preindustriale a tutto tondo: "getta o versa...cose atte a offendere o

ORLANDI, Giappichelli, Torino, 2006, 19 ss.; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2007, 55 ss.

³⁴ Ricostruzione critica dell'intera vicenda in C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Tomo I, *I delitti dei pubblici ufficiali*², Cedam, Padova, 2013, 651 ss., 655 (sulla cancellazione del requisito dell'atto d'ufficio da parte del "diritto vivente").

³⁵ Ma anche dopo la riforma è possibile farlo, e risulta che venga attuato, per punire ex art. 319 c.p. retribuzioni slegate da un preciso atto identificabile, ma ritenute riferirsi a possibili atti contrari futuri, e non alla "più modesta" e meno grave vendita funzionale.

³⁶ Ricostruzione critica in A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I. *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2008, 560 ss.; S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*. Tomo I, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Cedam, Padova, 2003, 750 ss.

³⁷ A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I. *Reati di comune pericolo mediante violenza*, cit., 677 ss. V. pure la rassegna di giurisprudenza contenuta in R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, parte gen., XII ed., Nel diritto editore, Roma, 2016, 651 ss.

imbrattare o molestare persone”, dice la disposizione³⁸. In presenza di una disciplina sanzionatoria amministrativa ben più tassativa sui limiti-soglia delle emissioni, la giurisprudenza penale allarga il getto di cose a tali oggetti materiali. Siamo lontani anni-luce da quando il legislatore introdusse nell’art. 624 cpv. c.p. il riferimento all’energia elettrica per prevederne il furto. Che cosa è accaduto alla nostra cultura ermeneutica dopo Gadamer e Derrida? È accaduto che accanto a una migliore consapevolezza di che cosa significhi interpretare i testi si è anche smarrito il valore *deontologico* dell’ermeneutica penale, l’idea che vi sia *responsabilità ermeneutica* e che si possano violare attraverso di essa diritti fondamentali dell’uomo. Si vedono solo le vittime presunte dell’elettrosmog – per effetti cumulativi e a distanza, effetti già seriamente contrastati dall’illecito amministrativo di cui alla l. 22 febbraio 2001, n. 36 (“Legge quadro sulla protezione da esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici”) – e non si vedono le lesioni del diritto di prevedere *ex ante* le possibili incriminazioni di fonte applicativa.

Ciò almeno fino a quando la Corte Edu, con la sentenza nel caso Contrada, non ci ha messo di fronte per la prima volta – Stato e istituzioni – a questa responsabilità. Ma per arrivare a quest’ultima tappa dobbiamo ancora compiere un piccolo passo verso il fenomeno delle fattispecie aperte, del delitto come illecito atipico.

10. Dall’analogia in senso stretto alla creazione di tipi aperti. Il caso dei disastri innominati e del concorso esterno nei reati associativi.

Oggi si è sviluppata *una giurisprudenza molto più avanzata di quella analogica*: è in atto la stessa costruzione di fattispecie nuove, non la ben più modesta e timida estensione di vecchie regole a “*casi*” simili.

E purtroppo un impulso “metodologico” a seguire questo indirizzo è stato avallato dalla stessa Corte costituzionale.

L’esempio più travolgente, autorizzato dal legislatore del 1930 e poi dalla Corte costituzionale nel 2008, è infatti quello dell’art. 434 c.p. (crollo di costruzioni o di edifici), che consente la creazione giudiziale di *nuovi tipi di disastro* (ambientale, sanitario etc.) non previsti dalla legge (“fuori dei casi previsti dagli articoli precedenti”)³⁹: come se fossimo in presenza di *un tipo aperto*, di quella che i civilistici chiamano la *atipicità dell’illecito*, anche in diritto penale si ragiona in termini civilistici, costruendo nuove figure di fatto illecito, che però è delitto.

³⁸ Cfr. *Iustiniani Institutiones*, V, 1; *Gai rerum cottidianarum libri VII*, III, 5 (sempre in tema di obbligazioni quasi da delitto per cose gettate o versate).

³⁹ Ampiamente, sui vizi di determinatezza del disastro innominato e di quello ambientale costruiti prima delle riforme legislative del 2015, D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale doloso*, in *Casi di diritto penale dell’economia, II. Impresa e sicurezza* (Porto Marghera, Eternit, Iva, Thyssenkrupp), a cura di L. FOFANI e D. CASTRONUOVO, Il Mulino, Bologna, 2015, 130 ss., 142.

Chiamata a decidere la violazione dell'art. 25 cpv. Cost., la Consulta statuisce nel 2008⁴⁰ che esiste un concetto nucleare di disastro desumendolo dalle figure tipiche già esistenti: un'operazione in astratto ispirata a recuperare al sistema maggiore tassatività. Sennonché questa operazione è stata compiuta dalla Corte sapendo benissimo che la giurisprudenza, da vari anni, aveva costruito la figura del disastro ambientale e a tale operazione ha fornito un supporto formidabile. Dopo la sentenza C. cost. n. 327/2008, infatti, è stata autorizzata al massimo livello la costruzione di tipi nuovi di disastri non previsti dalle figure tipiche della legge (incendio, disastro ferroviario, valanga, inondazione, naufragio etc.). È la stessa Corte costituzionale che, pur suggerendo una riforma legislativa, offre il *know-how* in forza di un concetto comune di disastro. Neppure si rende conto che sta spiegando come fare analogia nel modo "migliore". È vero che non si tratta di analogia in senso stretto: perché la lacuna è stata prevista dal legislatore! È dunque la legge (del 1930) ad autorizzarla. Tuttavia la Costituzione non è subordinata alla legge. Un ulteriore problema qui risiede nell'indeterminatezza di un concetto di disastro "aperto", perché nessuno dubita della tassatività di un incendio o di un disastro aviatorio, ma quando si tratta di definire il disastro ambientale prima della tipizzazione legale ci si deve rendere conto che ci sono almeno "x" possibilità di farlo. Autorizzare la gestione ermeneutica di un concetto così indeterminato significa dunque consentire una prassi ermeneutica *corrispondente a un'analogia implicita e in malam partem*.

L'art. 434 c.p. *doveva pertanto essere dichiarato illegittimo* per contrasto col principio di determinatezza, con quello di riserva di legge e col divieto di analogia. Averlo salvato significa avere autorizzato la violazione di tutti e tre quei principi.

Il gioco ermeneutico dell'analogia implicita o della costruzione di un tipo aperto è stato svelato a tutto il mondo penalistico con l'introduzione dell'art. 452-*quater* c.p. (disastro ambientale) ad opera della l. n. 68 del 2015: *il legislatore aveva la possibilità di scegliere altre 10 versioni testuali, tutte un po' – poco o tanto – diverse*: ciò dimostra che *tutte quelle opzioni, prima della riforma legislativa del 2015, erano nelle mani della giurisprudenza*. In assenza del testo legale, e in presenza di un'autorizzazione a gestirlo, esistevano numerose possibilità di ricostruire figure *alternative* di disastro ambientale, tutte peraltro con caratteristiche "basiche" rispondenti al tipo enucleato dalla Corte costituzionale: ma tutte diverse!

Il modello civilistico dell'atipicità dell'illecito è quindi transitato in diritto penale: come se fossimo in presenza di contratti innominati, abbiamo i delitti innominati. Basterà tipizzare in via interpretativa le casistiche che la prassi sottopone all'analisi, e avremo così ricondotto il 'tipo' prasseologico a un qualche 'tipo' nominato.

Il fenomeno s'intensifica e diventa di dominio internazionale attraverso la costruzione di nuovi tipi di parte speciale mediante il grimaldello, lo strumento, di regole indeterminate di parte generale.

⁴⁰ C. cost. 30 luglio 2008, n. 327. V. sul punto quanto osservato *retro* a nota 28 sul concetto di 'tipo' come nozione animistica della fattispecie.

È il problema del caso Contrada, che costituisce anch'esso un esempio paradigmatico della creazione di una fattispecie di parte speciale, ma attraverso un "non-tipo", la clausola generale del concorso di persone comune (art. 110 ss. c.p.), il cui utilizzo ha permesso di affiancare ai tipi nominati di partecipi, capi, organizzatori, promotori delle associazioni mafiose, una figura nuova di "partecipe esterno", non prevista dalla legge.

La dottrina da tempo ha sollevato, ma con scarso dibattito collettivo, la tematica delle *norme di parte generale*, che sono quelle dove è più difficile, tradizionalmente, una definizione tassativa e che sono perciò suscettibili di estensione tale da *compromettere la stessa differenza tra analogia e interpretazione estensiva*⁴¹. Ci si riferisce ai concetti di dolo, colpa, causalità, concorso di persone, pericolo etc., non certo alle regole sul calcolo delle pene o della prescrizione.

In ogni caso, se si operano modifiche estensive di quelle categorie generali *non muta la disposizione, ma solo la responsabilità*. E almeno dai tempi del Manifesto sul tecnicismo giuridico di Arturo Rocco è ben nota l'importanza del ragionamento analogico per lo sviluppo della stessa parte generale del diritto penale⁴².

La questione è di interesse internazionale: solo il modello della *Law Commission* inglese o degli *elements of crimes* dello Statuto di Roma – dove analiticissime sottodefinitive di parte generale o speciale affiancano le previsioni legislative⁴³ –, costituisce un'alternativa alla prassi dei legislatori di *civil law* di non poter/voler disciplinare quelle nozioni nelle parti generali, o di saperlo fare solo con clausole prive di vero contenuto definitorio. Eppure tutti sappiamo come una nuova gestione ermeneutica della causalità omissiva o della causalità della colpa possa cambiare totalmente la responsabilità penale per un numero notevole di fattispecie. È *un potere definitorio enorme*, concesso ai tecnici solo sul presupposto erroneo che non sia vera politica del diritto.

Qui, nel caso del concorso esterno, abbiamo un'estensione innovativa che concretizza regole di parte generale e non è strettamente analogica, e tuttavia realizza, come vedremo, la costruzione "autonoma" di un nuovo tipo di *parte speciale*, una nuova figura di partecipe che riguarda il *solo* reato associativo.

⁴¹ Si consenta il rinvio a M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 88 s. nota 123, e *amplius* 88-97; v. quindi F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato 2001-2002, L'interpretazione e il giurista*, Cedam, 2003, 507 ss. (estratto), spec. 549 ss.

⁴² Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, 497 ss., poi in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Foro it. ed., Roma, 1933, 300-302.

⁴³ Cfr. in merito, sui modelli inglesi e angloamericani di legislazione analitica e definitoria, A. CADOPPI, *Dalla Judge-made Law al Criminal Code. La codificazione nel mondo di Common Law (Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 923 ss.)*, poi in ID., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Cedam, Padova, 2004, 153 ss., spec. 192 ss., 226 ss.; nonché AA.VV., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, Padova, 1996. Sugli *elements of crimes* allegati allo Statuto di Roma, cfr. E. FRONZA, *Le fonti*, in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*³, Giappichelli, Torino, 2016, 64 ss.; G. WERLE, *Principles of international Criminal Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2005, n. 138 s., 313 ss., con opportuni richiami.

È come se si fosse inventata una nuova (*sic*) figura di istigazione, valida però solo per la circonvenzione di persona incapace o per la truffa o per l'estorsione. *Non è questa la "apertura" del tipo di parte speciale mediante lo strumento "da scasso" di parte generale?* Credo che proprio il penalista comprenda bene questa immagine illustrativa.

Vediamo di illuminarla con argomenti di maggiore tecnicismo.

11. L'essenza del caso Contrada nella ricostruzione della Corte Edu.

La sentenza della Corte Edu 14 aprile 2015, caso Contrada c. Italia, ric. 66655/13, accerta che Bruno Contrada, *ex* capo della Squadra mobile di Palermo, *ex* dirigente della Criminalpol, *ex* capo del Gabinetto dell'Alto Commissariato per la lotta contro la mafia ed *ex* direttore aggiunto dei servizi civili per la sicurezza (SISDE), viene definitivamente giudicato dalla Corte d'Appello di Palermo il 26 febbraio 2006 (poi confermata in Cassazione) per fatti commessi *tra il 1979 e il 1988*, motivando in diritto l'istituto del concorso esterno sulla base di tre sentenze delle Sezioni Unite penali, pronunciate tutte successivamente ai fatti commessi, e cioè nel 1994 (SS.UU. Demitry), nel 2002 (SS.UU. Carnevale) e nel 2005 (SS.UU. Mannino). Contrada era accusato di aver apportato sistematicamente un contributo alle attività e al perseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa denominata «Cosa nostra». Secondo il Tribunale, il ricorrente aveva fornito ai membri della commissione provinciale di Palermo della suddetta associazione informazioni riservate riguardanti le indagini e le operazioni di polizia di cui essi, ed altri membri dell'associazione in questione, formavano oggetto. Ai §§ 64 ss. della motivazione così scrive la Corte Edu: "64. La Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, *a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione*⁴⁴ della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale. 65. [omissis]. 66. La Corte fa notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale. Ora, come ha giustamente ricordato il Tribunale di Palermo nella sua sentenza del 5 aprile 1996 (si veda il paragrafo 7 *supra*), l'esistenza di questo reato è stata oggetto di approcci giurisprudenziali divergenti. 67. L'analisi della giurisprudenza citata dalle parti (si vedano i paragrafi 26-30 *supra*) dimostra che la Corte di Cassazione ha menzionato per la prima volta il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha contestato l'esistenza di un tale reato e ribadito questa posizione in altre sentenze successive, in particolare Agostani, n. 8864 del 27 giugno 1989 e Abbate e Clementi, nn. 2342 e 2348 del 27 giugno 1994. 68. Nel frattempo, in altre cause, la Corte di Cassazione ha riconosciuto l'esistenza del reato di

⁴⁴ Corsivi aggiunti.

concorso eventuale in associazione di tipo mafioso (si vedano la sentenza Altivalle, n. 3492, del 13 giugno 1987 e, successivamente, Altomonte, n. 4805 del 23 novembre 1992, Turiano, n. 2902 del 18 giugno 1993 e Di Corrado, del 31 agosto 1993). 69. Tuttavia, è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno. "74...la Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. 75. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie *la pena in cui incorreva* per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti".

12. Perché il concorso esterno è un istituto che costruisce una forma nuova di partecipazione associativa, esclusa dall'art. 416-bis c.p.

Premesso che *esistono condotte di aiuto* a un'associazione criminosa che *non sono atti di partecipazione "interni"* alla stessa e che, secondo tutte le sentenze della sua vicenda Bruno Contrada, senza il concorso esterno, sarebbe stato responsabile solo del reato di favoreggiamento personale (prescritto), si può contestare solo formalmente che la giurisprudenza abbia "creato" un reato nuovo. Essa ha formalmente applicato l'art. 110 c.p. a una norma di parte speciale. È però esatta la tesi del nuovo reato se si spiega come ciò è avvenuto: *accrescendo titoli autonomi di reato, quali sono le singole figure dei reati associativi, così appiattendolo la logica pluralistica delle figure autonome di parte speciale sul modello unitario della disciplina di parte generale (art. 110 c.p.)*. Si tratta in altri termini di "tipologie aggiunte" all'art. 416-bis c.p.: cioè fattispecie nuove, perché ogni figura partecipativa è un *titolo autonomo di reato*, come risaputo, mentre non lo è l'associazione criminosa che rappresenta il fatto-evento comune alle diverse figure che ne rispondono secondo distinti titoli. Il codice Rocco, qui, in queste ipotesi di parte speciale, abbandona la "concezione unitaria" del concorso di persone *ex art. 110 c.p.*, e ritorna a valorizzare le forme di partecipazione al reato come titoli autonomi di responsabilità. Ciò significa che non si può rispondere come promotore, né come capo, se si è partecipe. È come contestare un reato diverso. Però non si può neppure rispondere del titolo di "finanziatore" del reato di cui all'art. 416-bis, non essendo autonomamente previsto, a differenza, per es., da quanto oggi avviene per il delitto di associazione con finalità di terrorismo, dove il finanziamento assurge a modalità autonoma di partecipazione associativa (art. 270-bis c.p.).

Se dunque, attraverso la "porta" dell'art. 110 c.p., si valorizzano nuove figure di partecipe esterno, è perché non sono previste come partecipi interni, la cui cornice di

pena viene ad esse estesa: sono figure nuove, come se si aggiungesse il finanziatore o l'arruolatore (ciò che è accaduto per il terrorismo), sia pur con la parvenza di un contributo aggiuntivo (*v. infra*). Se sei concorrente esterno sei *come* il partecipe intraneo, che però è un titolo autonomo. Ma *questo nuovo* titolo autonomo è *estraneo* alla previsione dell'art. 416-bis, dove ci sono tanti *altri* titoli autonomi (promotori, capi, organizzatori, partecipi), che infatti non potrebbero adattarsi a esso. E se gli è estranea, è in realtà da esso *esclusa*. Dunque l'assimilazione del concorrente esterno a quello interno ha realizzato davvero un nuovo "titolo autonomo" di reato.

È scorretto sostenere che si tratti di una normale applicazione di una regola di parte generale: l'art. 110 c.p., in questo caso, ha la funzione specifica di aggiungere una tipologia di concorrente esclusa dalla parte speciale e di farlo *solo per questo delitto* (o solo per i reati associativi). Non c'è un concorrente esterno nella rapina o nella bancarotta. Si tratta, perciò, di un'operazione che riguarda solo poche norme di parte speciale, non la applicazione normale di categorie di parte generale.

Infatti, un "normale" concorso sarebbe un concorso nella partecipazione interna (titolo di reato cui si accede *quoad poenam*), o nella promozione, mentre qui si partecipa dall'esterno alla mera associazione, che *non* è il titolo di reato di cui si va a rispondere alla luce della vera cornice di pena applicata⁴⁵. Anche nel delitto *ex art. 609-octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo) ci può essere una partecipazione interna e una partecipazione *ex art. 110 c.p.* per chi non agisca "riunito" agli altri, ma a distanza. Però tutti si risponde del medesimo titolo di reato, cioè della medesima cornice edittale autonoma. Così come il palo rispetto al rapinatore.

Per i reati associativi è diverso. Non sono le sue figure tipiche circostanze di un reato di cui può rispondere qualcuno senza essere capo, organizzatore, promotore o partecipe interno.

La funzione dell'istituto perciò è di creare forme di responsabilità prima precluse (equiparate *quoad poenam* al partecipe interno): la funzione, cioè, di *colmare una lacuna della parte speciale* del codice. Ovvero, di fingere che neppure si tratti di una lacuna o di un'implicita esclusione, in quanto, col *passepartout* dell'art. 110 c.p., si aggirano tutte queste preclusioni.

Avvenendo ciò attraverso una regola indeterminata di parte generale, il procedimento cripto-analogico è stato mascherato. Ma l'effetto creativo è corrispondente. Anzi. Corrisponde più precisamente alla costruzione di un "tipo nuovo", perché non si tratta di un 'caso' non previsto (per es. l'arruolatore), ma di *una complessa tipologia di casi*, la cui stessa identità normativa è rimasta incerta dai primi anni '80 sino alle Sezioni Unite Mannino del 2005. Ci rientrano l'aggiustare processi, il "mettersi a disposizione" dell'associazione, il passare informazioni ai capi che sono in stato di detenzione, il fornire supporto politico-amministrativo in ruoli di rilevanza pubblica, fornire aiuti rilevanti di natura economica all'organizzazione etc.

⁴⁵ In termini già chiaramente V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014, 99 ss.; ID., *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 1022.

Molte e diverse tipologie che, cacciate dalla porta stretta delle figure di parte speciale, rientrano dall'*open window* della clausola generale dell'art. 110 c.p. Però *ad una condizione aggiuntiva*: che questa 'forma' di partecipazione abbia conseguenze (anche qui, peraltro, il dubbio è ricorrente: conseguenze *reali o potenziali?*) sull'organizzazione o sulla vita dell'associazione. Perché il requisito abbia una forza giustificante occorre *che tale condizione sia vera e non apparente*. Vediamolo.

13. Segue. L'illecito interpretativo dell'applicazione retroattiva di un nuovo tipo di parte speciale dovuta alla sua atipicità prima di una pronuncia certificativa-costitutiva delle Sezioni Unite.

Non potendo ora affrontare in dettaglio la questione, dobbiamo rinviare a un nostro commento specifico alla sentenza della Corte Edu⁴⁶. Basti qui ricordare che la Corte di Strasburgo riprende la sua pluriennale giurisprudenza riguardante l'art. 7 Cedu, sul punto dell'accessibilità e prevedibilità del diritto, inerente alla legalità convenzionale, che riguarda sia la legge formale e sia il suo formante giurisprudenziale che rende più tassativa la legge. *Entrambi* devono essere prevedibili e dunque precedenti la commissione dei fatti di reato previsti o sanzionati. La formazione di una nuova giurisprudenza peggiorativa o incriminante, posto che l'innovazione si sia consolidata solo da una certa data, non può essere retroattiva quando la sua evoluzione non fosse prevedibile *ex ante*. La prevedibilità *ex ante* è un giudizio di fatto, ma l'irretroattività è una regola di diritto, tale da sanzionare ogni applicazione retroattiva come illecito interpretativo⁴⁷.

⁴⁶ M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 346 ss.

⁴⁷ Il *modus operandi* della Cassazione pre-Demetry era negli anni '80 e '90 del tutto ammesso come al di fuori di ogni logica di *prospective overruling*, applicandosi la regola della "retroattività" della nuova giurisprudenza. Certo, statuire *ex post*, nel 2015, una regola di *prospective overruling* con effetti "sanzionatori retroattivi" sarebbe ingiusto e inaccettabile, *se la Corte Edu non avesse praticato da vent'anni questi principi*, almeno da *S.W. c. regno Unito del 22.11.1995* e *CR c. Regno Unito, 22.11.1995 sul marital rape* (cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012, 138 ss.; V. MANES, *Art. 7, VI, IX*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Cedam, Padova, 2012, 274 ss., 278 ss.; e in precedenza A. BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Cedam, Padova, 2001, 249 ss., 259 ss.)

Però è vero che i casi più famosi, quelli appunto della violenza sessuale del coniuge che costringe la moglie al rapporto non voluto e quello degli spari dal muro di Berlino (Grand Chamber, Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. C. Germania, 22.3.2001) sono vicende dove la Corte Edu ha ritenuto in concreto *prevedibile* il successivo mutamento nell'applicazione giudiziale, pur se in contrasto con il *common law* anteriore in un caso, e con la giurisprudenza della *ex DDR* nell'altro, così assolvendo lo Stato inglese e quello tedesco nelle due vicende. È solo nel caso *Pessino c. Francia* del 10.10.2006, riguardante un illecito edilizio, che si è affermata concretamente *in bonam partem* la violazione del divieto di retroattività occulta, poi consolidatasi, sempre in senso favorevole, con C. Edu, Grand Chamber, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, relativo a un mutamento giurisprudenziale imprevedibile in materia sanzionatoria esecutiva, come tale escluso da tematiche di scusanti-prevedibilità soggettiva, richiamato dalla stessa sentenza *Contrada* (per un

Nel caso di specie non è in gioco – come pur si è detto – la prevedibilità soggettiva di un'imputazione per concorso esterno in associazione mafiosa da parte di un alto funzionario della polizia di Palermo che alla fine degli anni '80 del secolo scorso commettesse condotte di favoreggiamento personale di esponenti di spicco di Cosa Nostra, mettendosi "a disposizione" dell'organizzazione per altri eventuali aiuti (informativi etc.). Infatti, una generica prevedibilità soggettiva, di per sé incontestabile, non può compensare la mancanza del tipo. Anche la Corte d'Appello di Caltanissetta, che rigetta la domanda di revisione azionata da Contrada ricorrente *in executivis* dopo la sentenza europea, afferma che quella prevedibilità fosse esigibile quanto meno dopo la sentenza sul processo Abbate della Corte d'Assise di Palermo (il primo maxiprocesso palermitano) del dicembre 1987⁴⁸...ma ciò significa *dopo* quasi tutti i fatti ascritti a Contrada...(contestati dal 1979 a metà 1988): il 'tipo' si sarebbe formato alla fine del 1987 secondo tale Corte territoriale. Un dubbio salvataggio *in extremis* come ognuno può constatare.

In realtà, è in gioco, secondo la superiore e vincolante decisione della Corte Edu, l'oggettiva insussistenza di un tipo criminoso prima delle Sezioni Unite Demitry del 1994. Il tipo penale prima di quella data era incerto nei suoi contorni (**non era "sufficientemente chiaro"**: § 74 sent. cit.) e discusso nella sua stessa legittimità. La Corte Edu non entra nella valutazione dell'ermeneutica nazionale, non essendo in gioco, secondo la prospettazione delle parti nel processo, un problema di analogia (che contrasterebbe con l'art. 7 Cedu), ma di retroattività in *malam partem*. Ammessa o impregiudicata la legittimità della costruzione giudiziale di un tipo nuovo, esso comunque non era definito prima del 1994. *La sua irretroattività è dunque oggettivamente apprezzabile, non da valutarsi soggettivamente come se fosse una scusante d'inconoscibilità soggettiva della legge: era come se mancasse la legge, in quanto mancava il tipo, prima del 1994.*

A essere puntuali, si dovrebbe osservare che anche con le Sezioni Unite Carnevale del 2002 e con le Sezioni Unite Mannino del 2005 il 'tipo' penale del concorso esterno non si è precisato in modo appagante. Anzi esso si è in parte allargato rispetto alle Sezioni Unite Demitry del 1994 che pur volevano limitare i casi di concorso

commento a C. Edu, Grand Chamber, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. N. 42750/09, in *Cass. pen.*, 2014, 683 ss., v. E. PROFITI, *La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, *ivi.*; F. MAZZACUVA, [La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli](#), in *questa Rivista*, 30 ottobre 2013). L'irrogazione della sanzione europea per questo caso di retroattività occulta nel quadro di un delitto non artificiale (l'associazione di tipo mafioso), ma comunque "nuovo" e inesistente nella maggior parte degli ordinamenti, non rappresenta dunque una novità.

⁴⁸ C. Appello Caltanissetta, 18 novembre 2015, dep. 17 marzo 2016, p. 16 ss. Questione diversa è se più che una revisione, fosse esperibile una diversa richiesta di revoca della sentenza, in applicazione analogica o costituzionalmente conforme al vigente art. 673 c.p.p. Sul punto, v. quanto osservato in DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., note 19 e 58. V. pure in senso analogo F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu](#), in *questa Rivista*, 22 aprile 2016.

ai contributi realizzati in momenti di fibrillazione o patologici della vita dell'associazione criminale⁴⁹.

I grandi sforzi di tipizzazione anche da parte delle Sez. Un. 12 luglio 2005, Mannino⁵⁰ lasciano ancora in ombra, nel 2005, *il secondo termine del rapporto causale del contributo* del concorrente esterno: se si pone una *c.s.q.n.* della sopravvivenza dell'associazione o del suo "rafforzamento" o di un risultato "utile" per le sue "capacità operative", ognuno coglie come l'apporto possa, a seconda dei punti di vista, essere qualificato come agevolatorio o decisivo, "di danno" o a sua volta "di pericolo", o soltanto utile in riferimento a profili anche molto parziali della mera organizzazione dell'attività criminosa di un sodalizio. Non solo: se il secondo termine si allarga nel tempo, esso può diventare il punto di riferimento non più di singole e puntuali condotte di aiuto, ma di vari episodi ciascuno dei quali di per sé non rilevante. Annacquandosi così condotta ed evento in una forma partecipativa "mista" protrattasi nell'abitudine. È come aver introdotto una nuova figura (sic) "tipica" di parte speciale, che per l'appunto oscilla tra il paradigma causale e quello organizzatorio⁵¹. La definitiva sentenza di Cassazione che conferma la condanna di Contrada nel 2007, ammette esplicitamente che vi è una "complessiva condotta antigiusuridica" che "non può essere frazionata nelle sue complesse e continuative manifestazioni" di *reato unitario e permanente*⁵².

⁴⁹ Rinviamo ancora all'analisi condotta in DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., § 5, e alla letteratura ivi cit.

⁵⁰ In *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss., 3749 ss.

⁵¹ Sul rapporto di apparente alternatività fra paradigma causale e organizzatorio v. tutta l'analisi di C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003, cap. III (e 238 ss.), 309 ss., 483 ss. di vent'anni di giurisprudenza (al 2003). E quindi, G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 86 ss.; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Arch. Pen.*, 2012, 487 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit.

⁵² C. Cass., Sez. VI, 9-10 maggio 2007, Pres. Lattanzi, est. Paoloni, p. 34. Per una critica alle ricostruzioni del concorso esterno come reato permanente, V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 167 ss.; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, cit., spec. 500 ss. Anche la *Corte costituzionale*, nella recente sentenza 25 febbraio 2015, n. 48, nel dichiarare l'illegittimità della presunzione di pericolosità prevista dall'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. nella parte in cui estende al concorrente esterno la presunzione di adeguatezza della sola misura custodiale carceraria prevista per il partecipe intraneo nel delitto di cui all'art. 416-bis, da un lato si appoggia totalmente alla giurisprudenza consolidata che oscilla nel definire questa figura tra causalità, tipicità autonoma e contributo all'organizzazione, dall'altro ammette che una presunzione prevista per il 416-bis si dovrebbe estendere *automaticamente* alle figure ad esso *estranee* dei concorrenti atipici ed esterni *ex art. 110 c.p.*: col che dimostra che queste figure sono di parte speciale, e solo surrettiziamente di parte generale, come ancora chiarito nel testo. Se fosse un delitto tentato (titolo autonomo di reato) la norma processuale (art. 275, comma 3, c.p.p.) dovrebbe prevederlo espressamente. Se si tratta di un partecipe esterno, invece, ciò non avviene. Ma poiché il partecipe esterno non è un partecipe interno, e l'art. 110 c.p. realizza un concorso non nella partecipazione interna (altro titolo autonomo), ma nell'associazione in generale (che non è un titolo autonomo di reato, esistendo solo partecipi, capi, promotori etc.), è evidente che siamo in presenza di una forma di partecipazione di parte speciale nuova, equiparata a quella interna *quoad poenam*. V. pure V. MAIELLO, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., 1022 s.

La circostanza che qui *non si abbia a che fare con un evento puntuale nello spazio-tempo* (estorsione, omicidio, rapina commessi il giorno X nei confronti del soggetto Y), ma con uno stillicidio di condotte disperse negli anni o nei decenni, *rende incerta, se non vana, la prospettiva causale*. Nei processi per concorso esterno quelle condotte spesso neppure vengono contestate nell'imputazione: sono *meri elementi di prova* del contributo "complessivo e permanente" all'organizzazione o alla vita associativa. Il contributo all'organizzazione o la presenza di una figura comunque "utile all'organizzazione" sposta il baricentro del contributo sul momento organizzativo. Questo dato ancipite e irrisolto (organizzazione o causalità?) non può che conferire all'istituto un nucleo identitario problematico e inappagante di *fattispecie aperta*, superabile solo in prospettiva di *riforma legislativa*⁵³.

È quindi discutibile che il tipo sia veramente definito anche oggi, ma certo non lo era, secondo la Corte Edu, prima del 1994.

14. I vincoli europei alla giurisprudenza-fonte e i mutamenti imprevedibili della giurisprudenza tra concretizzazione individualizzante e interpretazione generalizzante.

La Corte Edu ipotizza dunque *due tipologie d'illecito giurisprudenziale*:

a) *quello originario (illecito per essenza)*, di tipo analogico-creativo o comunque vietato;

b) *quello derivato, per vizio di applicazione temporale (illecito per applicazione retroattiva)*.

Nel caso sub a) la violazione dell'art. 7, co. 1, Cedu non potrebbe essere compensata dall'irretroattività di un'interpretazione comunque in sé vietata in quanto analogica *in malam partem*.

L'estensione della punibilità può *non integrare un illecito interpretativo originario* se si mantiene nel perimetro della disposizione esistente secondo corretti criteri ermeneutici: se è un diritto-concretizzazione o solo un caso nuovo riconducibile alla disposizione.

⁵³ V. in vario senso, ma sempre perseguendo un'anticipazione della tutela (anche sulla base di modelli stranieri attuali o di legislazioni antiterrorismo) senza attendere la verifica causale dell'incidenza dei contributi su eventi improbabili come la vita o la sussistenza dell'associazione, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 494; V. PATALANO, *Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia. A proposito di un recente contributo di Costantino Visconti*, in *Riv. pen.*, 2004, 927 ss.; G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in AA.VV. *Scenari di mafia*, a cura di G. FIANDACA e C. VISCONTI, Giappichelli, Torino, 2010, 211; V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, *ibidem*, 172 s., e qui (167 ss.) un'impetosa analisi della successiva "gestione" giurisprudenziale dei principi statuiti dalle Sez. Un. Mannino; G. INSOLERA, in *Opinioni a confronto. Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2012, 281 ss., spec. 289 ss. Nel senso dell'affiancamento a forme tipizzate di concorso esterno, di una clausola generale agevolatoria, G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1327 ss.

ESEMPIO. Se viene applicata la ricettazione (art. 648 c.p.) a un trasferimento immobiliare, anziché di beni mobili, si può trattare di una casistica nuova, ma non di una nuova norma generale e astratta sottostante all'identica disposizione. Chi leggeva la fattispecie capiva perfettamente che *avrebbe potuto* essere applicata anche ai beni immobili, anche se non lo era stata in passato. Ci sarebbe qui un *caso nuovo*, ma *non un mutamento giurisprudenziale* rispetto a un precedente indirizzo consolidato.

OPPURE: se si disapplica una scriminante (art. 51 c.p.) che è cambiata, e che rendeva leciti alcuni atti di correzione in famiglia o sul luogo di lavoro, o alcune forme di violenza sessuale, o alcune forme di critica sociale, oggi non più giustificabili, questo *mutamento* non crea una nuova fattispecie, anche se amplia la punibilità. Sono mutamenti di valutazione sociale e normativa che dovranno peraltro apparire *prevedibili* al tempo del fatto, anche se non risultavano all'epoca sentenze già pubblicate.

ALTRO ESEMPIO. La lettura della concussione (art. 317 c.p.) per costringere a un "facere" (dalle prestazioni sessuali al caso Lonardo, al caso Ruby etc.) ha precisato e noi riteniamo cambiato la norma reale, ma non ha esteso intenzionalmente la disposizione, che poteva essere riscritta, ma non lo è stata mai. La diversa interpretazione ha quindi ampliato i casi, ma non era analogica. *Poteva comunque essere retroattiva, perché in realtà era prevedibile*. Nonostante ciò, così reinterpretata la disposizione, essa avrebbe potuto essere meglio riscritta dal legislatore quando è intervenuto sull'art. 317 c.p. nel 2012: ma è stata avvertita così naturalmente come concretizzazione, anziché come diritto nuovo, che il legislatore non ha ritenuto di doverlo fare. Neppure lo ha pensato.

Un'evoluzione *prevedibile*, peraltro, non rende legittima la norma se analogica *in malam partem*. Quando si è cominciato ad applicare l'art. 437 c.p. alle c.d. malattie-infortunio, è chiaro che da allora in poi risultò prevedibile l'allargarsi di quella giurisprudenza. Ma la ripetizione dell'analogia non la sana rispetto all'art. 25 cpv. Cost.

Analoghi gli effetti in tema di irretroattività rispetto alle costruzioni estensivo-analogiche *in malam partem* come quelle analizzate ai §§ 9 e 10: *corruzione per la funzione, malattia-infortunio, onde elettromagnetiche come getto pericoloso di cose e disastro innominato*.

In questi casi *l'irretroattività non avrebbe potuto/non può "sanare" un vizio originario* di costruzione di una tipicità contrastante con l'art. 25 cpv. Cost. e 7 Cedu. Ma qualora si dovesse opinare diversamente, come la stessa Corte costituzionale ha fatto per il disastro ambientale, in ogni caso dovrebbe operare il divieto di retroattività.

Rispetto a tali patologie, *il caso del concorso esterno* nei reati associativi si colloca invece *a metà strada*. Esso riguarda l'applicazione di una regola di parte generale che ha formato una nuova fattispecie associativa, la cui costruzione, nel corso di anni di elaborazione che hanno richiesto l'intervento di ben tre decisioni delle sezioni Unite, ha infine prodotto una nuova tipicità: le fattispecie associative, infatti, sono tante quante le figure di partecipi in esse. Il partecipe-concorrente esterno, che invece concorre proprio

*nell'associazione, vale a dire in un non-titolo-di-reato, è di diritto e di fatto una nuova forma di partecipazione di parte speciale, non di parte generale, come detto*⁵⁴.

Se la riteniamo autorizzata dalla presenza dell'art. 110 c.p. – e questo giudizio risente a mio avviso di inevitabili condizionamenti di tipo politico-istituzionale legati alla specificità della “lotta” alla mafia – in ogni caso essa deve soggiacere, in quanto forma di costruzione giurisprudenziale di un tipo nuovo, alle regole del divieto di retroattività.

Lo stesso deve dirsi rispetto a tutte le *forme dubbie o certe di analogia che pure modificano una disposizione* (per es. quella sul getto pericoloso di cose o sulla malattia-infortunio), *ma non necessariamente costruiscono un tipo legale nuovo* (come invece nel caso del disastro ambientale): se non si vuole accogliere la regola, che abbiamo prospettato in un precedente scritto, per la quale *in dubio pro analogia*⁵⁵, in ogni caso la *massima operativa in questi casi* deve essere nel senso che l'interpretazione estensiva discussa come possibile analogia, deve *avere come conseguenze pratiche quella dell'irretroattività del diritto nuovo*.

Lo stesso dovrà valere per eventuali nuove applicazioni incriminanti della causalità, della colpa, del dolo, del concorso di persone, del concetto di pericolo, etc. che appaiano introdurre estensioni della punibilità solo astrattamente prevedibili, ma di fatto escluse dalla prevalente e dominante giurisprudenza. *Per sortire tali effetti, peraltro, il diritto nuovo dovrà essere consolidato in una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione* (v. infra): *in caso di prime applicazioni non ancora consolidate, invece, potrà operare la scusante soggettiva dell'art. 5 c.p., nei limiti che diremo*.

Nella sostanza, si dovrebbe applicare, come da tempo segnalato, il principio-regola, accolto fra quelli che facevano da preambolo al *Corpus Juris 2000*, secondo il quale (Principle of legality) «[.....]. Changes of interpretation are only permitted when they are reasonably predictable»⁵⁶. Tuttavia, tale regola non dovrebbe applicarsi alle ipotesi di mera concretizzazione individualizzante, che costituiscono un'attività di *applicazione ai casi*, più che di *interpretazione (generalizzante)* della legge⁵⁷.

15. I limiti della scusante (soggettiva e in certi casi anche oggettiva) dell'ignoranza inevitabile della legge penale (art. 5 c.p.): quando è applicabile e quando sarebbe un escamotage di fronte a un vizio di legalità.

⁵⁴ Chi scrive, pur avendo ritenuto di intuire tale conclusione anche in passato, l'ha compresa davvero soltanto ora come giudizio analitico, logico-discorsivo e argomentato, riflettendo più a fondo sul caso Contrada (cfr. ancora il nostro *Il caso Contrada*, cit.), come prima non era riuscito a fare.

⁵⁵ M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 113.

⁵⁶ M. DELMAS-MARTY/J. VERVAELE (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Members States*, vol. I, Intersentia, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000, 187. Ne avevamo discusso in M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 477 ss.

⁵⁷ Una legge nuova, altrimenti, che apre alla gestione di numerosi casi mai visti in precedenza, quasi non dovrebbe mai potersi applicare, se non al caso successivo...

La scusante dell'ignoranza inevitabile della legge penale (art. 5 c.p.) suppone che o la legge sia già chiara e presente al tempo del fatto, ma solo non conoscibile da parte del singolo; oppure che la nuova ricostruzione della legge sia comunque problematica in termini di accessibilità/prevedibilità, ma non di legittimità, determinatezza o tassatività.

Se manca il tipo, lo Stato non “scusa” il cittadino per un difetto radicale di costruzione della legge⁵⁸.

E se il tipo ha bisogno del consolidarsi di una giurisprudenza che lo sta perfezionando, *nella misura in cui tale operazione sia legittima*, prima di quel consolidamento la legge non è *oggettivamente* applicabile. Si pone peraltro, in questo caso, una problematica “intertemporale”.

Che cosa deve fare il giudice di merito che vede per la prima volta una casistica nuova e ancora non sa se è “dentro alla disposizione” o la sta progressivamente mutando? Dovrebbe forse, nel dubbio, astenersi da un'interpretazione estensiva? Non penso che un tale esito sia obbligato o corretto e desiderabile, perché troppe concretizzazioni le si comprende come del tutto logiche e ragionevoli, nel quadro della disposizione originaria, solo a distanza di tempo.

Il giudicante (e prima ancora il pubblico ministero) potrà, in questi casi, sostenere la legittima costruzione di un nuovo diritto – un diritto che non riscrive *intenzionalmente* la disposizione, ché altrimenti non sarebbe legittimo, ma si limita a regolare nuove tipologie di casi prima non accaduti – e tuttavia operare affinché i singoli primi indagati e imputati possano *beneficiare della scusante* dell'ignoranza inevitabile della legge *per ragioni più obiettive di inaccessibilità, che soggettivo-personali*: ciò sul presupposto che l'art. 5 c.p. si applichi *anche* alle nuove “norme” che potrebbero condurre a riscrivere la disposizione, ma solo per effetto di un deposito progressivo di casi, e che dunque producono un nuovo diritto la cui applicazione sia da subito avvertita come suscettibile di soggiacere al divieto di retroattività.

Il discorso, anche qui, non dovrebbe valere per i meri casi di diritto-concretizzazione di tipo individualizzante (v. i citati esempi di diffamazione delle persone giuridiche, o della ricettazione immobiliare). Tuttavia, ci rendiamo conto che qui si apre un continente del tutto nuovo, che dovrà essere esplorato collettivamente nei prossimi tempi, una volta introdotti questi principi nella vita giudiziaria. *Das ist ein zu weites Feld.*

⁵⁸ È nota la *critica radicale* a quest'aspetto della scusabilità degli errori sulla legge penale che dipendano da violazioni della legalità o della sussidiarietà, che perpetuano il fallimento dei principi di *ultima ratio* e di tassatività, autorizzando il profluvio dell'inflazione penalistica: L. FERRAJOLI, *Quattro proposte di riforma delle pene*, in G. BORRÉ/G. PALOMBARINI, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Franco Angeli, Milano, 1998, 50; ID., *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in P. COSTA/D. ZOLO, a cura di, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, 364. V. altresì L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1313 ss., 1347 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 32 ss., 48 ss., 50, 55, 66 ss.

Al fine di accelerare la costruzione del diritto nuovo, sarà opportuno un rapido intervento di giudizi di legittimità e delle Sezioni Unite, in caso di contrasti. Se invece si tratti di pacifico diritto-concretizzazione di casi nuovi ma sicuramente rientranti nel tipo, il destinatario della legge potrà beneficiare della scusante dell'art. 5 cp. solo per ragioni soggettivo-personali relative alla sua impossibilità di conoscere quelle evoluzioni che la disposizione in realtà sicuramente ammette, pur non risultando registrate in precedenti noti⁵⁹.

16. Inattualità di Beccaria? Carattere politico dell'interpretazione vs. necessità del sillogismo giudiziale (*ex post*), e di quello "previsionale" (*ex ante*).

Per concludere l'analisi del formarsi della categoria dell'illecito interpretativo, dobbiamo peraltro fare i conti fino in fondo con la cultura ermeneutica, perché non si pensi di ritornare al tecnicismo di maniera, ai brocardi *ubi lex voluit dixit* etc.

L'interpretazione non è un atto di deduzione logico-formale: essa è produttiva di conoscenza non analitica⁶⁰. Però ammette l'esistenza di un'*intentio lectoris* che abbia

⁵⁹ Si misura qui un'analogia tra il "precedente" consuetudinario di *common law* e il "precedente applicativo" della legge scritta, cioè della *statutory law*. Entrambi possono avere una natura dichiarativa anche se appaiono nuovi i casi. L'irretroattività e il *prospective overruling* dovrebbero riguardare i casi effettivamente innovativi della regola astratta, com'è ogni precedente che risulti *generalizzabile* e dunque suscettibile di regolare nuove fattispecie ad esso corrispondenti. Sulla generalizzabilità quale caratteristica del precedente anche consuetudinario, al di là del fatto che sia molto individualizzato su alcune caratteristiche del caso concreto, v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*. cit., 174 ss. Questo assunto, del resto, risponde alla concezione dominante del precedente come "rule", come regola. Utile analisi in L. ALEXANDER, *Constrained by Precedent*, in *Univ. of Southern California Law Review*, 63, 1989, 1 ss., poi in ID., *Legal Rules and Legal Reasoning*, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 2005, 103 ss., 119 ss., 129 ss.; nonché, con altra, personale terminologia, F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, 1991, tr. it. *Le regole del gioco*, Il Mulino, Bologna, 2000, 47 ss., 259 ss.; ID., *Do Cases Make Bad Law?*, in *The University of Chicago Law Review*, 73, 2006, 885 ss., e la discussione su questo scritto in E. SHERWIN, *Judges as Rulemakers*, *ibidem*, 2006, 919 ss.

⁶⁰ Su questo punto specifico, si noti, non c'è contrasto tra le storiche posizioni contrapposte di Emilio Betti e Hans-Georg Gadamer, anche se per Betti il caso non è di regola costitutivo rispetto alla norma (cfr. sulla sua posizione in generale, E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), poi in ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*², Giuffrè, Milano, 1971, spec. 10 ss.; nonché ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1948-49), *ibidem*, spec. 136 ss., 140 ss., 228 ss., 261 ss.), ed egli non afferma certo quanto sostenuto, per es., dagli interpreti ispirati a un'ermeneutica postgadameriana, secondo i quali solo dall'*applicatio* (e dai suoi scopi) si comincia ad intendere il testo (per tutti W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, tr. it. cit., 166 ss., J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles* (1965), tr. it. *La costituzione del caso giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2009): se riconduco la comprensione della regola ai casi che succedono *dopo* non si capisce come vi potrebbe essere prevedibilità di una decisione possibile al momento del fatto commesso *prima*. Ma se ammetto questa prevedibilità del diritto, non ne consegue che si debba ridurre l'interpretazione ad un'attività logico-analitica o deduttiva. Cfr. sul pensiero di Betti *Quaderni Fiorentini*, 1978 (numero dedicato a "Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento"), nonché M. FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano, 1988, 363 ss.; T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1988, 202 ss. Certo Betti, che ha difeso l'idea che per l'interprete "*sensus non est inferendus, sed efferendus*", restava da un lato fedele a concezioni prescrittive

come *limite l'intentio operis* oltre che *l'intentio auctoris*⁶¹. Ecco perché solo i commentari ci dicono la verità sul contenuto normativo di una disposizione: nessun geniale esegeta, nessun Prometeo, avrebbe mai potuto *ex ante* conoscere interamente quel contenuto. Lo può fare solo un Epimeteo. Chi oserebbe dire il contrario rispetto alla maggior parte del deposito dottrinale e giurisprudenziale delle regole più importanti del codice e delle leggi penali complementari?

Questa conoscenza è fatta anche di valutazione, di giudizi di valore, di analogie tra casi sussumibili, anche se tutti *interni* alla disposizione.

Per questo motivo BECCARIA avrebbe voluto vietare l'interpretazione giudiziale, riducendola a pura operazione logico-sillogistica. Nel § 4 di "Dei delitti e delle pene"⁶² sono contenute le famose statuizioni programmatiche: "*Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori*". Ad esse si aggiungevano le direttive sul sillogismo giudiziale: "*Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?*"

In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni".

dell'interpretazione (ben consone allo stile del giurista), ma dall'altro anche legato a quell'ideale romantico-diltheyano di una sorta di "corrispondenza di amorosi sensi" tra l'interprete e il testo, che rivela oggi una qualche ingenuità epistemica. Lo stesso H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*³, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*², Bompiani, Milano, 1983 pp. 9-11, nella premessa alla seconda edizione, nel riconoscere alle critiche di Betti piena validità là dove esse esigono che le singole discipline osservino i propri parametri di *corretta* interpretazione, sostiene che solo dopo questo intendimento si può affrontare il discorso sul significato costitutivo dell'ermeneutica, nel rapporto lettore, autore e opera, che va ad instaurarsi su una precedente lettura metodologicamente corretta. In questo senso, per Gadamer, metodo interpretativo ed ermeneutica sono due momenti diversi dell'intendere un testo. In questo senso la "*verità*" ermeneutica di un'opera, storicizzata nell'attualità di chi la comprende, la fruisce e la "applica", è ben diversa dalla *mens auctoris*, ed è distinta e autonoma rispetto al "*metodo*" scientifico e anche rispetto al metodo di una disciplina umanistica, giustamente osservato dall'autore dell'opera.

⁶¹ Il concetto di *intentio lectoris*, elaborato da U. ECO, *Limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano 1990, 15 ss. (ma già in *Alfabeta* 84, 1986, a sviluppo di premesse presenti in ID., *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano, 1979); ID., *Interpretazione e sovrainterpretazione* (1992), Bompiani, Milano, 2002, 77 ss., è assente nell'ermeneutica *giuridica* tradizionale "pre-gadameriana", o "bettiana", diremmo, in quanto tutto si giocava attorno alla dialettica tra *ratio objectiva* e *ratio subjectiva legis*, o interpretazione oggettiva e soggettiva. L'idea di una *intentio lectoris* suppone un "legittimo" ruolo *costruttivo* dell'interprete nell'intendimento del testo, legittimo ma con evidenti (anche se non precisi) limiti. La disamina delle condizioni di legittimità dell'intenzione del lettore – in posizione critica rispetto alle note tesi decostruzioniste di Derrida – muove gli scritti citati di Umberto Eco al riguardo. Siamo dunque nel quadro di un'ermeneutica prescrittiva, e non aperta al ruolo dominante dell'interprete quale creatore perpetuo di una *semiosi illimitata*.

⁶² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi".

L'idea forte alla quale queste indicazioni si ispiravano era ed è ancora oggi molto condivisa: *l'interpretazione è sempre politica*⁶³. Quanto meno in tutti i casi dove ci sono margini di discrezionalità e di pluralismo. E sono numerosi, *anche se sugli hard cases prevalgono i casi facili*, dove di politico non c'è molto (a parte la misura della pena...). Nessuno, peraltro, anche se condivide quelle premesse, ne deduce oggi il divieto d'interpretazione giudiziale.

Esso sembra imporre una sorta di *interpretatio sine applicatione*: la possibilità di una vera interpretazione a prescindere dai casi che accadono nella vita sociale, come se il diritto non fosse *un essere vivente*, ma una premessa di logica formale.

I casi nuovi sono sempre un po' "difficili". Capitano vicende mai giudicate prima, ma questo non significa che siano estranee alla fattispecie: occorre effettuare il "riconoscimento" senza disporre di una massima, o di un repertorio che contengano fatti identici o analoghi. E se una disposizione vive ottanta-novant'anni come il codice Rocco oggi, è inevitabile che succedano casi nuovi o che sono nuovi perché solo l'evoluzione del sistema complessivo li rende oggi ammissibili.

Poiché non si possono ritenere violate la *determinatezza* (precisione legale in astratto) e la *tassatività* (precisione in fase applicativa della norma interpretata) di una disposizione di legge, *prima di averla interpretata*, non solo l'interpretazione non è vietata, ma è necessaria per capire se una norma è tassativa. E ad essere tassativo o meno non è l'enunciato legislativo testuale a sé stante, ma insieme alla norma che lo riempie di contenuto. Ma se si attendono anni di contrasti sincronici di giurisprudenza può accadere che la Corte costituzionale non accerti mai una violazione della determinatezza/tassatività.

Quindi chi volesse vietare l'interpretazione – come pretendeva Beccaria – renderebbe impossibile la tassatività stessa. *Questo modello illuministico*, apparentemente espressivo della massima precisione e tassatività della legge, è dunque *contrario al principio di tassatività*. Infatti, se per principio di tassatività s'intende l'aspetto *giudiziale-ermeneutico* della determinatezza della legge, ossia il dovere del giudice di non depotenziare o violare l'esigenza di precisione e determinatezza della formulazione legale della regola, chi chiede al giudice di non interpretare la legge, rende automaticamente quest'ultima imprecisa e inapplicabile.

Tuttavia il sillogismo giudiziale, operato *ex post facto* dal magistrato, ma anche quello *previsionale* condotto *ex ante* da parte di qualsiasi interprete e da parte del cittadino, è ancora uno strumento *indispensabile*, anche se non come lo voleva applicare Beccaria, senza interpretazione, cioè "al posto" della interpretazione.

*Si provi del resto a stabilire la prevedibilità di una possibile qualificazione giuridica di un fatto, per non parlare di una decisione, senza fare un sillogismo*⁶⁴.

⁶³ *Amplius* sul punto il nostro *Letture di C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi"*, in *Diritto pen. XXI Secolo*, 2014, 245 ss.

⁶⁴ Critici, ma un po' *à la page*, nella nostra letteratura, verso il modello sillogistico, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, cit., 6 ss., *passim*; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013, 38 ss.; G. CARLIZZI, *Una teoria ermeneutica del diritto*, in V. OMAGGIO, G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., 100 ss.; e già, tra i penalisti,

È chiaro che la stessa esigenza “costituzionale” della prevedibilità del diritto, della sua conoscibilità, dell’accessibilità delle norme, richiede che il cittadino possa compiere un’operazione di sussunzione di una fattispecie concreta in una regola astratta o in un precedente. E come lo deve poter fare il destinatario della legge, dovrà farlo il giudice, per non “dribblare” e “incastrare” l’imputato a posteriori.

17. La prevedibilità della legge, prima che delle decisioni. Certezza vs. mera prevedibilità.

L’editto del Pretore romano era un provvedimento generale la cui efficacia durava quanto la carica del magistrato. Solo con la *lex Cornelia* del 67 a.C. i pretori furono obbligati a seguire i loro editti perpetui⁶⁵. Siamo noi in cerca di una *lex Cornelia*? O di una sua consolidazione e codificazione nell’*edictum perpetuum* dell’imperatore, come quello di Adriano del 130-133 d.C.?

Oggi si parla spesso di *prevedibilità delle decisioni*, al punto che la Corte Edu ne ha fatto un contrassegno della legittimità dell’evoluzione *in malam partem* (consentita, non analogica) della giurisprudenza penale⁶⁶.

Ma *l’espressione va meglio ponderata*.

Dobbiamo infatti considerare che, guardando le cose dal punto di vista del difensore penale, l’incertezza sull’esito di una decisione giudiziaria è un dato costante e normale, non eccezionale, della pratica professionale, nei casi non facili, o rispetto alle nuove regole.

Chi ha pratica giudiziaria sa perfettamente che solo conoscendo la persona fisica del giudicante può tentare più facilmente di indovinare la decisione, che risente

W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., 73 ss., 98 ss., 163 ss. e spec. 166-177 (sulla spirale), 180-187 (sul tipo). Nondimeno, sempre all’interno del medesimo circolo culturale critico, cfr. i ben attenti *distinguo* tra i limiti e l’abbandono del sillogismo giudiziale tradizionale, in Arth. KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Beck, München, 1999, 29 ss., 67 ss., spec. p. 68, e già le opere di Karl Engisch ivi cit. Per una difesa del modello sillogistico v. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, 19 ss., 100 ss.; J. WRÓBLEWSKI, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (cur.), *L’analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1987, 277 ss.; ID., *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht, 1992, spec. 229 ss.; v. pure gli altri AA. cit. in M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, cit., spec. 72 ss., e nota 15; ID., *Lettura di Beccaria*, cit.

⁶⁵ Cfr. E. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano* (1926, poi) in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Cedam, Padova 1927, 57 ss.

⁶⁶ Cfr. in generale ora l’ampio studio di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in corso di stampa in *Riv. it. dir. proc. pen.* In precedenza, A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008, 325 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 98 ss., 105 ss., 136 ss.; O. DI GIOVINE, [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), in *questa Rivista*, 12 giugno 2015, 8 ss.; M. FAURE, M. GOODWIN, F. WEBER, *The regulator’s dilemma: caught between the need for flexibility & the demands of foreseeability. Reassessing the lex certa principle*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 2014 (24 Alb. L.J. Sci. & Tech. 283), spec. 308 ss., e 348 ss. sul *prospective overruling*; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., 53 ss.

di numerose variabili, anche individuali, sia sulle questioni di fatto e sia anche su quelle di diritto. Le numerose variabili, sostanziali e processuali, rendono obiettivamente non prevedibili tempi ed esiti di molti processi da parte dello stesso magistrato che inizia ad istruirli o celebrarli. Le *decisioni* perciò non sono direttamente prevedibili, soprattutto in punto *di fatto*, ma anche a parità di convincimento sui fatti presentano spesso margini di pluralismo applicativo. Solo le possibili soluzioni in diritto, nella dimensione dell'*interpretazione in astratto* delle regole, possono e devono essere prevedibili.

Per quanto riguarda invece la loro *applicazione ai casi*, che abbia carattere più o meno individualizzante, si schiude qui la necessità di approfondire in quali ipotesi essa possa costituire un prodotto deliberativo nuovo del giudicante tale da essere percepita come un imprevedibile mutamento della legge.

Non è la prevedibilità *della decisione*, comunque, che rileva, ma *della qualificazione*, tra quelle possibili in un contesto pluralistico.

Il problema maggiore del nostro sistema è la presenza massiccia di *contrasti sincronici di giurisprudenza* che perdurano addirittura negli anni. È evidente che *il permanere di contrasti sincronici* è capace di produrre una sostanziale violazione della certezza del diritto, ma altresì di ingenerare *una permanente decadenza della tassatività della legge*.

Un simile evento si verifica ancor più *quando un nuovo istituto "di costruzione giurisprudenziale" è in corso di formazione*. In tal caso, quell'incertezza permanente produce automaticamente *un difetto di tipicità*.

Viceversa, nei *tempi brevi di un fisiologico contrasto interpretativo* la controversia dottrinale-giurisprudenziale in atto *non rende imprevedibile* una decisione: la rende *incerta*. È prevedibile che si possa giudicare A o non-A, o B, ma è incerto l'esito di tali alternative. Quando invece sia intervenuta una giurisprudenza superiore tendenzialmente più vincolante a eliminare il conflitto, la soluzione sarà più certa, anziché soltanto prevedibile.

Un diritto certo dovrebbe rendere più prevedibili anche le decisioni, di riflesso.

Le sentenze, peraltro, possono ben essere *innovative in quanto di tipo individualizzante, adatte al caso*: e dunque solo se si disponesse di un vero *precedent* individualizzato e pressoché identico al caso deciso si potrebbe parlare davvero di prevedibilità della decisione. Ciò che in un sistema di *civil law* non è dato riscontrare. Ma anche in *common law*, l'evolversi di nuovi *precedents* nelle *statutory laws* fa comprendere il distacco temporale dal buon tempo antico, quando ci si illudeva che tutto fosse "già stato deciso" nel passato, e che bastasse cercare il caso corrispondente in qualche polverosa raccolta.

18. Nozione formale e sostanziale di giurisprudenza-fonte.

Possiamo dunque terminare il nostro viaggio con alcune definizioni conclusive.

Costituisce *giurisprudenza-fonte* quella pronuncia innovativa, capace di modificare la disposizione anche in via indiretta e consequenziale, che vincola

formalmente altri giudici futuri: sia essa delle Sezioni Unite, della Corte Edu, della CGUE o della Corte costituzionale, là dove le sue sentenze abbiano questo effetto. Ovviamente essa può esprimersi *in bonam partem*, ma a certe condizioni anche *in malam partem*.

Questo *vincolo può essere formale o sostanziale*. La giurisprudenza, come già anticipato, è tanto più fonte quanto più il vincolo è formale o quanto più il vincolo sostanziale è pregnante in termini d'influenza pratica. Le sentenze delle SS.UU. penali della Corte di Cassazione, pertanto, non sono fonte al pari delle sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile (art. 374, co. 3, c.p.c.), o delle sentenze dell'Adunanza plenaria del C.d.S. (art. 99 c. , co. 3, c. proc. amm., d. lgs. n. 40 del 2006): però la loro incidenza nomofilattica è di regola molto rilevante: esse *operano di fatto come fonte* del diritto futuro. E anche se formalmente oggi non lo sono, tuttavia *i più recenti progetti di riforma* assicurano un prossimo adeguamento del processo penale alle regole di quello civile e amministrativo. Ci si riferisce al *ddl n. 2067/2015* unificato ad altri vari ddl, presentato dal Governo (Min. Orlando, Alfano, Padoan), approvato alla Camera il 23 settembre 2015, e ora avanti al Senato in Commissione Giustizia, recante diverse "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi, nonché all'ordinamento penitenziario", il quale prevede *una modifica dell'art. 618 c.p.p.* con l'introduzione di una regola analoga a quella degli artt. 374 c.p.c. e 99 d. lgs. n. 104 del 2010⁶⁷.

Nelle facoltà o nei dipartimenti di giurisprudenza non s'insegna semplicemente la legislazione penale, ma il diritto penale, e dunque il deposito delle interpretazioni della legge vigente, il loro contenuto normativo, per come ricostruito da dottrina e giurisprudenza.

Rispetto a quanto ora detto, va registrato che *gli studi principali di teoria delle fonti* non riconoscono alla giurisprudenza il valore di fonte del diritto, ma solo quello di dichiarare il diritto, senza appunto "crearlo". Si parte dalla premessa che "la vera fonte crea diritto", mentre l'interpretazione e la giurisprudenza no. Dal che si deduce erroneamente che la giurisprudenza sarebbe solo ricognitiva.

Anche in *common law* hanno prosperato a lungo le *concezioni puramente dichiarative del precedente (anche se overruling)*, come *ratio* di una regola, quello che modifica un diritto comune consolidato, e lo hanno considerato retroattivo solo di fatto, come la mera interpretazione della legge.

Noi però non possiamo più seguire questa vecchia impostazione, che si rivela ormai come un'ideologia del passato. Ci sono applicazioni conoscitive e dichiarative del diritto preesistente, ma presentano una forte componente di *inventio*, e di accrescimento tipico di ogni conoscenza di un essere vivente quale è il diritto; e ci sono applicazioni che appaiono sbilanciate verso la costruzione di nuove norme, al punto da riscrivere di fatto, quale conseguenza indiretta, la stessa disposizione.

⁶⁷ Tra coloro che da tempo hanno patrocinato questa soluzione, M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione*, cit., 1165 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., 1736 s.; A. CADOPPI, *Premessa alla ristampa di ID., Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2007, XIII ss., XXIX s.

Gli *studi principali di teoria delle fonti* distinguono peraltro correttamente tra disposizione e norma, che costituisce la premessa tecnica per individuare la giurisprudenza-fonte, ammettendo che la norma non coincide pressoché mai con la disposizione, ma negando che chi crea la norma sia “fonte di diritto”⁶⁸.

Questa impostazione ci pare comunque discutibile e ideologica, ma convergente in un punto con quanto qui sostenuto: *là dove il ‘deposito’ dei casi non imponga una riscrittura* (mentale, teorica, ermeneutica o legislativa) *delle stesse disposizioni*, in quanto non più aderenti al loro contenuto normativo legittimo (*retro*, § 6), e il diritto applicato sia davvero soprattutto *individualizzante* (casi-nuovi e non norme da essi desunte), non si pongono esigenze di equiparazione garantistica della giurisprudenza alle fonti in senso stretto. Anche se può accadere – ed è *il vero punctum dolens*, forse la maggiore novità teorico-pratica, di tutta questa materia – che quella riscrittura avvenga dopo numerose *micro-analogie* che alla fine rendono del tutto prevedibile il *restyling*⁶⁹.

Se la disposizione non va riscritta o non si costruisce un nuovo tipo, la giurisprudenza mantiene spesso una funzione conoscitiva, anche se evolutiva come ogni conoscenza, del diritto. Negare a ciò il titolo di fonte è questione che, se non involge aspetti di garanzia (retroattività/irretroattività), presenta un valore solo teorico o nominalistico.

19. Il “consolidamento” del diritto giurisprudenziale e il riparo dai rischi del conformismo giudiziario di tipo burocratico.

È una chimera il pensiero che il diritto giurisprudenziale, una volta consolidato, resti immutabile. Solo una società autoritaria può pensarlo, o una società silvo-pastorale dove non succede nulla, come per decenni o secoli è accaduto in passato, ma non oggi. E solo una società autoritaria e non pluralista, o estremamente tradizionalista e conservatrice, può auspicare una giurisprudenza immobile: noi preferiamo i mutamenti alla fissità insopportabile del *common law* inglese dell’Ottocento o della prima metà del Novecento. Infatti, ci affascina un modello del precedente vincolante perché ci promette maggiore stabilità⁷⁰, ma il retroterra politico di quella cultura è un

⁶⁸ La posizione “ufficiale” di vari teorici del diritto italiani è che quando trattano d’interpretazione, distinguono fra *disposizione* e *norma* (ciò che suppone concettualmente che il diritto non discenda analiticamente dall’enunciato, ma abbia origini ulteriori nell’applicazione); quando trattano di fonti, escludono che l’autore della “norma” (desunta dalla disposizione) sia ‘fonte’ del diritto: a prescindere che il suo prodotto sia contenuto in pronunce vincolanti o meno. Paradigmatico, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 15 ss., 136 ss., 497 ss.; ID., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 35 ss., 398 ss.; ID., *Nuovi studi sull’interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, 51 ss., 77 ss.; v. pure F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*², Cedam, Padova, 2012, 58 ss., 78 ss. e 272.

⁶⁹ Questo aspetto ha sicuramente bisogno di approfondimenti che presentano un carattere molto innovativo per il penalista, quanto importante per la costruzione delle garanzie che devono presidiare l’interpretazione.

⁷⁰ È il *leitmotiv* della ricerca già ricordata di A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit.

certo immobilismo della giurisprudenza e della società. È una cultura tanto conservatrice quanto garantista: che garantisce conservazione. Vero che l'abbiamo di recente riscoperta, ma con uno *spirito opposto* alla sua storia: solo perché ci promette anche il *prospective overruling*! E con esso, una garanzia per coltivare il *distinguishing* e tutelarci dal mero conformismo giudiziario.

La capacità della stessa legge, del diritto, di adattarsi ai mutamenti sociali è oggi vista, del resto, come una qualità, non come un difetto, non solo dalla Corte Edu⁷¹, ma anche dalle Sezioni Unite penali⁷², e in parte dal legislatore, che non è in grado di tenere testa al cambiamento con una legislazione perennemente *in fieri* nel quotidiano. Perciò esiste il diritto giurisprudenziale che attua una vera collaborazione con il legislatore in questo compito di ripartizione, ma non più di divisione, dei poteri.

È fondamentale distinguere, a tale riguardo, tra:

1) la mera concretizzazione della legge costituita da "casi nuovi" che *non* modificano i tratti generali e astratti della disposizione, e presentano quindi la stessa prevedibilità-conoscibilità della disposizione già nota;

2) i casi-norma che estendono l'area del divieto, senza costituire un'estensione che modifica la disposizione, ma tendono a innovare di fatto la portata della disposizione, tanto che dovrebbero essere specificamente prevedibili; e infine

3) le ricostruzioni generali innovative nella lettura di una fattispecie di parte speciale o di parte generale (massime innovative, generalizzanti), che non dovrebbero applicarsi retroattivamente *in malam partem*.

Il tempo presente, perciò, è quello dell'elaborazione di un sistema di garanzie adatto a questi scopi. La concezione tradizionale dell'interpretazione, quale momento puramente dichiarativo-conoscitivo della legge, è dunque *in parte* superata: non solo in termini *epistemologici*, ma proprio *garantistici*, perché non assicura che la funzione di adeguamento e di evoluzione della legge, nei limiti ammessi, sia rispettosa dei principi di conoscibilità, e d'irretroattività della legge penale e di prevedibilità delle soluzioni possibili.

Nondimeno, al di fuori di un contesto di precedenti individualizzati di *common law* classico, l'obiettivo più che la prevedibilità delle *decisioni*, in sé, che dipendono da molte variabili, riguarda la prevedibilità del *diritto*, nella sua duplice veste di formante legislativo e giurisprudenziale. E se dovremo poter fare un sillogismo, sarà con buona pace dei suoi critici contemporanei.

⁷¹ Per tutte, con richiami, Corte EDU, Grand Chamber, 17 settembre 2009, Scoppola v. Italy, spec. §§ 91-118, ora in *Cass. pen.*, 2011, 26 ss. V. sul punto M. GAMBARDELLA, Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole, *ibidem*, 2010, 2020 ss.

⁷² Cass., SS.UU., 21 gennaio 2010, 31 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, §§ 6-11 (in diritto), in *Cass. pen.*, 2011, 17 ss., con nota di R. RUSSO (*ivi*, 26 ss.).