

## QUESITI

---

**PIERGIORGIO GUALTIERI**

**Interpretazione, creazione e analogia  
in materia penale:  
spunti di riflessione a partire dal caso Contrada**

Il caso Contrada offre lo spunto per riflettere sulla natura giuridica dell'art. 110 c.p. L'identità strutturale con l'art. 12 disp. prel., in un paradigma metodologico orientato alle conseguenze, impone all'interprete di qualificare l'art. 110 c.p. alla stregua di una norma generale inclusiva.

Se il diritto assume i tratti di un linguaggio *costitutivo* del proprio oggetto, ogniqualvolta si pervenga ad una estensione del tipo di disciplina applicabile secondo il metodo della combinazione di norme e relativa scissione nelle c.d. *norme generali di analogia*, ne consegue la necessità di ascrivere all'art. 110 c.p. il significato di genuina regola analogica.

*The case Contrada offers the inspiration to reflect on the legal nature of art. 110 c.p. The structural identity with art. 12 disp. prel., in a methodological paradigm oriented to the consequences, requires to qualify art. 110 c.p. as a general inclusive rule.*

*If the law assumes the traits of a constitutive language of its object, whenever an extension of the type of discipline applicable according to the method combination of norms and their splitting in so called general rules of analogy, it follows from the need to refer to art. 110 c.p. the meaning of a genuine analogical norm.*

**SOMMARIO:** 1. Creazione giudiziale di norme? - 2. L'art. 110 c.p. clausola o principio generale? - 3. L'art. 110 c.p. in funzione di norma generale inclusiva. - 4. Completezza e analogia nelle forme di concorso di più persone nel reato. - 5. Concorso eventuale, diritto valido e principio di effettività. - 6. La finestra sul cortile.

### 1. Creazione giudiziale di norme?

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa al Contrada<sup>1</sup> sembrerebbe aver confermato quanto si va dicendo e pensando da molto tempo in ambito penalistico. In poche parole, l'impostazione metodologica che vuole l'attività giudiziaria come attività di genuina creazione del diritto ha trovato nei giudici internazionali dei validi collaboratori.

---

<sup>1</sup> Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, ric. 66655/13, su cui v. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 1, 2016, 12 ss.; DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2015, 16 ss.; DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 346 ss.; MANNA, *Il principio di legalità*, in *questa Rivista* online, 3, 2017, 5 ss.; ID., *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4 ss.; PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2015, 47 ss.; RONCO, *Le aporie del concorso esterno in associazione mafiosa*, in *questa Rivista*, 3, 2016, 743 ss.; VALENTINI, *Normativa antimafia e diritto europeo dei diritti umani. Lo strano caso del dottor Bruno Contrada*, in *questa Rivista*, 2, 2017, 15 ss.

*Infraction d'origine jurisprudentielle*: con queste parole la Corte presenta ai suoi lettori la figura italiana del concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Nulla di nuovo sotto il sole verrebbe da aggiungere<sup>2</sup>, se non fosse che al saggio del vecchio continente l'idea di un illecito giudiziale suona come ortica per la legittimazione democratica del Parlamento<sup>3</sup>.

L'impressione, però, è quella per cui il bagaglio culturale del penalista italiano continui ad utilizzare un linguaggio impreciso, atecnico e foriero di innumerevoli incomprensioni quale è il linguaggio ambiguo e generico della Corte di Strasburgo<sup>4</sup>. Nonostante gli esiti cui è pervenuta la migliore scuola analitica del nostro Paese, in effetti, il procedimento interpretativo degli organi giudiziari viene spesso inteso ed inquadrato nella categoria dei procedimenti nomopoietici, in quanto tali e per definizione sempre creativi di norme.

All'origine della questione vi è senza dubbio una incomprensione legata ai concetti base dell'argomentazione giuridica. "Creazione", "interpretazione", "norma" e "diritto", infatti, non appartengono ai fenomeni della natura, empiricamente qualificabili come veri o falsi: in quanto mere stipulazioni rappresentano ciò che di volta in volta il singolo o una comunità scientifica, sia essa composta di giuristi accademici o per contro di professionisti del "concreto" in veste di avvocati o magistrati, vuole sia "creazione", "interpretazione", "norma" e, in ultimo, "diritto"<sup>5</sup>. Ciò non toglie che, una volta definiti questi concetti, sia possibile predicare la verità o la falsità di determinate proposizio-

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 103, 115 ss.

<sup>3</sup> Sulla legittimazione democratica del Parlamento, BverfG, 30 giugno 2009, §§ 356, 358; FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 81-84; PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fior.*, 2007, 1291; TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *questa Rivista online*, 1, 2017, 58 ss. Per l'analisi critica della giustizia costituzionale, condotta sul filo della legittimazione democratica, cfr. NINO, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in *Card. L. Rev.*, 1993, 829-831; TROPER, *El poder judicial y la democracia*, in *Isonomía*, 18, 2003, 69 ss.; ID., *The logic of justification of judicial review*, in *IJCL*, 2003, 99 ss., spec. 103 ss.

<sup>4</sup> In generale, ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 69 ss., spec. 77 ss.

<sup>5</sup> Secondo GUASTINI, *Prólogo*, in TARELLO, *La interpretación de la Ley*, trad. di Dei Vecchi, Lima, 2013, 16-17, «la polémica sobre la creatividad de la jurisprudencia nace del hecho de que la expresión "crear derecho" (además de su indeterminación semántica) pertenece, como dice Tarello, «al lenguaje en función persuasiva y no al lenguaje en función informativa o descriptiva»; de modo que las diversas respuestas a la cuestión no constituyen descripciones alternativas de la actividad jurisdiccional, sino que simplemente reflejan «divergencias político-ideológicas» — en torno a la así llamada separación de los poderes, a las relaciones entre el legislador democrático y el poder judicial, etc. — y «un diverso uso del lenguaje en función persuasiva». Dello stesso avviso, CARRIÓ, *I giudici creano diritto (Esame di una polemica giuridica)*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Scarpelli, Milano, 1976, 402-406.

ni aventi ad oggetto certi fenomeni in qualità di fatti, argomentando proprio dalle suddette concettualizzazioni<sup>6</sup>.

Ora, in ossequio ad una corrente di pensiero espressione del realismo giuridico che guarda al principio di effettività<sup>7</sup>, si sarebbe tentati di rispondere positivamente, sempre e comunque, all'annosa domanda se i giudici creino diritto. Non possono sfuggire, al riguardo, le parole di John Chipman Gray secondo cui «*the courts put life into the dead words of the statute*»<sup>8</sup>. Solo che, una volta dato ingresso a queste prime formulazioni, è come se all'interprete bisognoso di conoscenza rimanesse l'amaro in bocca. Non che simili prese di posizione non siano o non possano essere condivise *tout court*, ma di fatto coloro che sovente richiamano l'aspetto creativo di norme dell'interpretazione giudiziale sembrano accontentarsi di questo approccio apodittico alla questione. A volte richiamando la tesi kelseniana della sentenza come norma individuale, altre volte, invece, rifacendosi al pensiero dell'ermeneutica che esalta il momento della precomprensione e cioè della componente eminentemente soggettiva dell'attribuzione di senso ai vocaboli legislativi<sup>9</sup>, il risultato non cambia: il giudice non può non creare la norma nel momento in cui applica il dettato legislativo.

<sup>6</sup> Per GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, 13, gli enunciati del discorso interpretativo non presentano «valori di verità». Per un'analisi più dettagliata, ID., *Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación*, in *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima, 2010, 158-160. In altri termini per GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 239, le norme, in quanto significati di enunciati *prescrittivi*, non sono vere o false mentre le proposizioni, ovvero i significati di enunciati *descrittivi*, possono essere vere o false; ID., *El escepticismo ante las reglas replanteado*, in *Discusiones*, 2012, 47-50; ID., *Disposizione vs. norma*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Studi teorico-giuridici*, vol. II, Milano, 1990, 240; ID., *Genaro Carrió e la trama aperta del diritto*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, a cura di Comanducci, Guastini, Torino, 1989, 160. Sul punto, BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Milano, 2007, 29, 147 ss.; KELSEN, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), in *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 112-114; MAZZARESE, "Norm Proposition". A Tentative Defense of a Sceptical View, in *In Search of a New Humanism*, Dordrecht, 1999, 193-194, 196; SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 1971, 557-559; TARELLO, *Introduzione al linguaggio precettivo*, in ID., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 146, 163-164; TUZET, *Descrivere norme*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1, 2015, 103-118; VELLUZZI, *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta"*, in ID., *Tra teoria e dogmatica. Sei studi sull'interpretazione*, Pisa, 2012, 21 ss.

<sup>7</sup> SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico* (1965), a cura di Catania, Jori, Napoli, 1997, 9-10, associa il punto di vista «*tout court* di tipo realistico» al principio di effettività.

<sup>8</sup> J.C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, New York, 1909, 120, riprese, di recente, da TROPER, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*, in *Pouvoirs*, 1981, 9; ID., *Una teoria realista dell'interpretazione*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2, 1999, 478, 481-482, e considerate «too sweeping», anche se di fondo «it contains a large part of the truth», da J. FRANK, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, in *Colum. L. Rev.*, 1947, 1264. In questo senso anche TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., 29-35.

<sup>9</sup> Sul punto v. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, V, 1988,

Per come impostate, le dottrine creazioniste sembrano cedere di fronte agli assunti di teoria analitica. Sviluppando il discorso a partire dalla separazione concettuale tra enunciato linguistico e significato dell'enunciato stesso, da tradurre, secondo il senso comune dei giuristi, nella tradizionale alternativa tra disposizione e norma<sup>10</sup>, se per interpretazione intendiamo il momento ascrittivo di significato ad una proposizione linguistica e per creazione invece la formulazione di una norma il cui contenuto non sia identico a quello di nessun'altra appartenente allo stesso ordinamento giuridico, né conseguenza logica (deducibile) di altre norme<sup>11</sup>, pare chiaro, allora, come interpretazione e creazione non siano sinonimi bensì aspetti diversi che solo una approssimazione di significato può circoscrivere nelle categorie del simile. A ben vedere, l'unico elemento costante nei due fenomeni considerati è la fase decisoria a monte.

Quando interpreta il giurista decide la norma applicabile, sceglie cioè uno dei possibili significati ricavabili da un enunciato formulato in lingua entro una cornice di significati ascrivibili alla disposizione stessa<sup>12</sup>. Quando crea, il giuri-

---

484 ss.

<sup>10</sup> Per questa fondamentale distinzione nel caso Taricco, GAMBARDILLA, *Prevedibilità e sufficiente determinatezza della regola Taricco nel nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, a cura di Bernardi, Cupelli, Napoli, 2017, 161-162; 171; LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante*, in *questa Rivista* online, 2, 2017, 4 ss.

Condivisibile *in toto* la critica rivolta da GUASTINI, voce *Ordinamento giuridico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 433 ss., al modo di esprimersi corrente che «non distingue nettamente tra i testi normativi [...] e le norme propriamente dette (i significati delle disposizioni, che sono invece il prodotto dell'interpretazione)». Omissione, questa, considerata dall'illustre Autore come «deplorable». Si veda anche CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto per un Vademecum giuridico*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di Comanducci, Guastini, Torino, 2004, 56-57. Fondamentali anche le osservazioni di PINO, *La gerarchia delle fonti. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, XVI, 2011, 19 ss., che dopo aver definito fonte del diritto i «documenti normativi, testi idonei ad esprimere norme giuridiche a seguito di interpretazione», sottolinea come «in primo luogo, le fonti non producono direttamente norme giuridiche: producono piuttosto [...] testi, disposizioni, e dunque producono un presupposto (uno dei presupposti) affinché possano poi essere individuate, a seguito di attività interpretativa, le norme giuridiche».

<sup>11</sup> BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto* (1967), in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, a cura di Comanducci, Guastini, Torino, 1987, 313; ALCHOURRÓN, *Sobre Derecho y Lógica* (1996), in *Isonomía*, 2000, 22-23, sottolinea l'importanza di tenere in considerazione il punto di vista di colui che emette «una oración para comunicar algún contenido conceptual» ed il punto di vista dell'interprete «que trata de captar el contenido conceptual comunicado» al fine di individuare la componente creativa nel processo di interpretazione giuridica. «Para saber si una interpretación ha modificado el derecho no hay otra opción que comparar los significados atribuidos a un texto por el intérprete y el significado que le haya atribuido el legislador».

<sup>12</sup> Sul giusrealismo interpretativo cfr. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, 2014, 187-195; ID., *Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía*, in *Dir. quest. pubbl.*, 11, 2011, 534-542; CHIASSONI, *L'interpretazione della legge: normativismo semioti-*

sta formula una norma inespressa, cioè non contemplata nella cornice, decidendo egli stesso, in prima persona, di colmare eventuali lacune del linguaggio giuridico<sup>13</sup>. In quella che una corrente del giusrealismo analitico qualifica come interpretazione in astratto, entrambe queste attività, nell'ambito della pratica giudiziaria, prendono avvio da un testo e pervengono, a loro volta, ad un enunciato linguistico dotato di senso, precisamente del significato ascrivito dal giudice e formalizzato nella parte motivazionale della sentenza<sup>14</sup>.

Se queste sono le premesse definitorie, non sembra che possano essere ricondotte nel *genus* "creazione di una norma nuova all'interno del sistema giuridico" sia la c.d. precomprensione sia la teoria kelseniana della sentenza come norma individuale. Essendo le norme significati di enunciati del discorso giuridico, l'interprete, soprattutto il giudice, non crea proposizioni linguistiche *sub specie* di significati nuovi se decide entro l'area dei significati potenzialmente ascrivibili ad un enunciato. Unica via logicamente percorribile al fine di mantenere comunque l'idea dell'attività giudiziaria come creazione sarebbe quella di interpretare il vocabolo creazione traducendolo in senso debole e cioè come creazione di norme in quanto "entità" individuali. Ma come evidenziato da tempo<sup>15</sup> un simile passaggio è solo apparentemente creativo, manifestandosi al più come attività deduttiva di una norma individuale entro gli schemi di una norma generale. A ben vedere, una fase di genuina creazione

---

*co, scetticismo, giochi interpretativi*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, cit., 122 ss., spec. 138 ss.; GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in *Osservatorio sulle fonti (Online)*, 2015, 7 ss.; ID., *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, 11-48; ID., *Il realismo giuridico ridefinito*, in *Revus (Online)*, 2013, 98-101; ID., *El escepticismo ante las reglas replanteado*, cit., 28-31; ID., *Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación*, cit., 147-172; ID., *Problemas de interpretación*, in *Isonomía*, 1997, 121-131; ID., *Produzione di norme a mezzo di norme*, cit., 9, 12-13; TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Scarpelli, Milano, 1976, 375 e, tra i penalisti, TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., 14 ss.

<sup>13</sup> BULYGIN, *Los jueces ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, 14 ss.; GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, cit., 249. Sulle lacune come prodotto dell'interpretazione e non anche come un qualcosa di predefinito cfr. ROSS, *Teoría de las fuentes del derecho* (1929), Madrid, 2007, 407 ss., spec. 413-415, con una distinzione importante tra lacune politiche e lacune giuridiche; SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947), Torino, 2003, 112-113.

<sup>14</sup> Per GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 63-65, 85-86; ID., *Giurisdizione e interpretazione*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di Bessone, Torino, 1996, 22; ID., *Enunciati interpretativi*, in *Ars Interpretandi*, 1997, 52; ID., *Produzione di norme a mezzo di norme*, cit., 12-13, 22; SCARPELLI, *Norma*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985, 570; ID., *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 175, le norme (espresse ed implicite) e cioè i significati delle disposizioni normative, trovano formulazione anch'esse e a loro volta in enunciati linguistici. Cfr. anche A. BURDESE, M. GALLO, *Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 3, 1949, 365-366, 371-373. Sulla concezione hyletica ed espressiva della teoria delle norme, per tutti, gli scritti di Alchourrón e Bulygin richiamati in BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, cit., XIII-XXVI.

<sup>15</sup> BULYGIN, *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., 12-14.

plausibilmente riconoscibile in capo al giudice è quella concernente l'attribuzione ad un testo di un significato che non rientra nel ventaglio dei possibili significati ad esso riconducibili, attività che si manifesta, in prima battuta, con un ragionamento analogico.

Discorso simile per la c.d. precomprensione. In realtà, il bagaglio culturale di un giurista, le sue considerazioni politiche su cosa sia e come debba articolarsi un ordinamento giuridico, i suoi pregiudizi, non nel senso spregiativo del termine quanto, piuttosto, come giudizi prevenuti o comunque "in formazione" rispetto all'atto conclusivo del processo, rileveranno nel momento interpretativo con la scelta di una determinata norma o, per converso, nel momento della c.d. interpretazione in concreto, cioè orientata ai fatti, nella decisione politica<sup>16</sup>, essendo tale qualsiasi atto decisorio, circa l'applicazione di una determinata disciplina ad una vicenda storica circoscritta nel tempo, nello spazio e nei soggetti coinvolti.

In quest'ottica, ciò che sovente prende il nome generico di diritto può essere rappresentato niente più niente meno come un linguaggio. Nel dettaglio, come insieme di disposizioni e di norme. Le disposizioni, appannaggio esclusivo dell'organo costituzionalmente autorizzato ad immettere nel sistema proposizioni linguistiche suscettibili di interpretazione<sup>17</sup>; le norme, meglio le

---

<sup>16</sup> Sull'interpretazione decisoria come attività politica rispetto alla scientificità dell'interpretazione cognitiva cfr. ALCHOURRÓN, *Sobre Derecho y Lógica*, cit., 29; CHIASSONI, *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*, in *Analisi e diritto 1998*, Torino, 1999, 46; GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Dir. quest. pubbl.*, 13, 2013, 530; ID., *Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación*, cit., 166, nota 43; MAZZARESE, *Dudas epistemológicas acerca de las nociones de quaestio facti y quaestio juris*, in EAD., *Lógica, derecho, derechos*, México, 2012, 85. Cfr. le interessanti osservazioni di PINO, *Nobile sogno o pia illusione? Teoria e politica dell'interpretazione giuridica, ovvero: altre glosse ad Aljs Vignudelli*, in *Lo Stato*, 2, 2014, 203-205; ID., *Di interpretazione e interpreti della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2, 2013, 353-373; ID., *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2013, 77 ss., secondo cui la differenza sarebbe solo di grado e non anche qualitativa fra attività comunque decisorie. In generale, sulla natura «intrinsecamente politica», in quanto volitiva/decisionale, dell'attività giudiziaria secondo il realismo giuridico, riportando anche il pensiero di Tarello, v. PUPOLIZIO, *Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1, 2010, 92, 102; M.S. GREEN, *Legal Realism as Theory of Law*, in *William and Mary L. Rev.*, 2005, 1921 ss., spec. 1986 ss.; LEITER, *Realismo jurídico estadounidense*, in *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, 2015, 262, e con forza ID., *Constitutional Law, Moral Judgment, and the Supreme Court as a Super-Legislature*, in *Hast. L. Journal*, 2015, 1601 ss., spec. 1614-1616.

In diritto penale, DONINI, *Lettura di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi"*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2, 2014, 246-247, 259; ID., *Jueces y democracia*, in *ADPCP*, 2005, 407 ss., spec. 410 ss.; TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., 58-63.

<sup>17</sup> Tanto che il legislatore, anche in materia penale, può solo proporre norme. Cfr. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., 81, secondo cui «il legislatore non può fare altro che produrre solo i materiali bruti del diritto, le disposizioni»; DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU*, cit., 367 (anche

norme vigenti<sup>18</sup>, come espressione, tra l'altro, dell'attività giudiziaria sempre decisoria e mai solo conoscitiva<sup>19</sup>. Sembra scontato, allora, come non tutto il diritto, specie quello penale, sia appannaggio esclusivo della volontà parlamentare. Assunto il vocabolo diritto come sintesi di proposizioni linguistiche contenute in un documento scritto e di significati di tali enunciati scelti all'interno di un ventaglio di significati potenzialmente individuabili dagli organi di applicazione pratica, l'idea di un sistema penale quale prodotto unico del formante legislativo si basa su presupposti troppo labili e comunque cedevoli rispetto agli assunti di un preciso indirizzo di teoria dell'interpretazione<sup>20</sup>. Ciò consente, pertanto, di introdurre una distinzione fondamentale, quella tra fonti mediate e fonti immediate<sup>21</sup> di norme penali.

Nel sistema penale italiano, fonte immediata di norme, seguendo il ragionamento ora esposto, è sempre la magistratura qualora si introducano, ad esempio, norme inesprese tramite analogia. Mancando una clausola generale inclusiva che autorizza il ricorso al procedimento analogico, una creazione *ex nihilo* di norme da parte degli organi di applicazione pratica vi sarà, appunto, qualora l'autorità giudiziaria valuterà (*contra ordinem*) di colmare una lacuna ritenuta sussistente in seguito ad una determinata interpretazione dell'enunciato base. Regola creata per il caso concreto che ricoprirà la funzione di norma, ovvero di enunciato linguistico dal significato direttamente ascritto e deciso dal magistrato procedente con effetto *inter partes*, ma che, a sua volta, sarà in grado di assumere la funzione di enunciato linguistico (= disposizione) oggetto di sincroniche o diacroniche interpretazioni per gli scopi più disparati. Fonti mediate di norme, per contro, sono i documenti emanati dal Parlamento. Mediate in quanto solo per il tramite della successiva inter-

---

se in chiave problematica); TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., 29-35. Norme che, dall'angolo visuale dell'introduzione di enunciati linguistici da interpretare, rappresentano comunque un *quid* di predato se circoscritte nella cornice di riferimento.

<sup>18</sup> Norme vigenti come sinonimo di norme delle quali sia prevedibile l'applicazione in futuro per determinate controversie. Così GUASTINI, *Il realismo giuridico ridefinito*, cit., 105. Sul punto anche ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 77.

<sup>19</sup> Ribadiscono come il momento giurisdizionale sia sempre decisorio e mai scientificamente neutro, CHIASSONI, *Codici interpretativi*, cit., 116; GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., 7. Cfr. anche J. DICKINSON, *Legal Rules: their Function in the Process of Decision*, in *Penn. L. Rev.*, 1931, 841; O.W. HOLMES, *Law in Science and Science in Law*, in ID., *Collected Legal Papers*, New York, 1952, 239.

<sup>20</sup> «Se si concepisce il diritto (non come un insieme di testi, ma) come un insieme di significati, si può ben dire (anzi si deve dire) che il diritto è una variabile dipendente dell'interpretazione», GUASTINI, *Se i giudici creino diritto*, cit., 175; PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, 179. In senso parzialmente diverso, FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 13, 15, 24.

<sup>21</sup> In generale, BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (1942), Torino, 2010, 24.

pretazione decisoria degli organi giudiziari, sarà possibile conoscere quali norme, fra le molteplici enucleabili da un atto scritto, siano quelle vigenti nell'ordinamento interno, ovvero, di quali norme sia prevedibile la futura applicazione.

Si è volutamente introdotto l'argomento della norma generale inclusiva<sup>22</sup> per un motivo ben preciso, quello di circoscrivere ancor di più la creazione giudiziale di norme. Una volta chiarito il funzionamento della norma generale inclusiva, in realtà, neanche in quei settori in cui è ammesso il ricorso all'analogia può parlarsi di genuina creazione di norme inesprese<sup>23</sup>. Sono considerate norme inesprese le norme che non possono ricavarsi mediante interpretazione di alcuna specifica disposizione o combinazione di disposizioni reperibili nelle fonti<sup>24</sup>. Rientrano in questa categoria, dunque, le c.d. norme senza disposizione, ovvero significati non desunti per via interpretativa da un enunciato linguistico formalmente posto dalle autorità, volta a volta, autorizzate ad immettere nel sistema, appunto, disposizioni normative, ma creati dagli organi di applicazione pratica.

Con questa premessa, la tesi della creazione *ex nihilo* di una proposizione linguistica in veste di norma direttamente emanata dall'organo giudiziale risulta, a prima vista, del tutto condivisibile in riferimento all'angolo visuale del penalista con esclusione, però, di qualsiasi valenza euristica per settori dell'ordinamento giuridico italiano diversi da quello penale in senso stretto. Non potendo ripercorrere nel dettaglio la progressione teorica sulla completezza del sistema giuridico<sup>25</sup>, è d'obbligo sottolineare come dal punto di vista

---

<sup>22</sup> Sulla norma generale inclusiva ed esclusiva, BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 251; CONTE, *Norma generale esclusiva*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1964, 329; GUASTINI, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiana del primo Novecento*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 6, 1976, 511 ss.

<sup>23</sup> In generale, sulle norme inesprese, cfr. CHIASSONI, *Codici interpretativi*, cit., 107; DICIOTTI, *Norme espresse e norme inesprese. Alcune osservazioni sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2013, 103-124; GUASTINI, *Il realismo giuridico ridefinito*, cit., 101, 104-110; ID., *Conoscere il diritto*, cit., 522-523; PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino, Schiavello, Villa, Torino, 2013, 155; ID., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Dir. quest. pubbl.*, 11, 2011, 93; ID., *L'applicabilità delle norme giuridiche*, ivi, 800; ID., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 37.

<sup>24</sup> GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 21; ID., *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., 7-8, 15-18, 20-23.

<sup>25</sup> BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., 237-273; ID., *L'analogia nella logica del diritto* (1938), a cura di Di Lucia, Milano, 2006, 143-161; BULYGIN, *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., 15-17; GUASTINI, *Proyecto para la voz "Ordenamiento jurídico" de un diccionario*, in *Doxa*, 2004, 276-279. Fondamentale SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 181-184, soprattutto per la tesi della completezza del diritto come esigenza politica, prima ancora che logica, del positivismo giuridico.

prescrittivo la presenza della c.d. norma generale inclusiva<sup>26</sup>, secondo le modalità di funzionamento descritte da una condivisibile dottrina<sup>27</sup>, permetta di rispondere affermativamente alla domanda sulla contingente completezza di un ordinamento giuridico *circoscritto* nel tempo e nello spazio<sup>28</sup>. Dando per acquisito che, nel diritto italiano, a rappresentare la norma generale inclusiva debba essere (solamente) l'art. 12 disp. prel.<sup>29</sup>, sono proprio le modalità operative di quest'ultima norma ad escludere o, comunque, a rendere inutile la categoria delle norme inesprese prive, in quanto tali, di un enunciato linguistico base suscettibile, a sua volta, di interpretazioni sincroniche e diacroniche.

In estrema sintesi, e focalizzando l'attenzione solamente sul procedimento analogico<sup>30</sup>, l'enunciato linguistico da cui prendere le mosse per sussumere il caso non disciplinato potrà ricavarsi dalla combinazione dell'art. 12 disp. prel. con la norma di riferimento oggetto del giudizio di comparazione, garantendo, in primo luogo, sempre ad opera dell'art. 12 disp. prel., una copertura dello "spazio di vuoto normativo" creatosi e, secondariamente, la sua "scissione" in una diversa norma, la norma *di* analogia, il cui contenuto è rappresentato, per quanto riguarda la protasi dell'enunciato, dal fatto apparentemente non regolato cui ricollegare, come apodosi, le conseguenze della norma assunta a parametro di giudizio per il caso particolare e già posta per un caso simile. Ciò significa, inoltre, che il procedimento analogico non si presenta mai nelle vesti di una situazione a due termini bensì, nello specifico, come "gioco" a tre norme in cui premesso il caso *CI* corrispondente al tipo di disciplina *DI* nel contesto di una norma *NI*<sup>31</sup> e data la norma vincolante il ra-

<sup>26</sup> BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., 251.

<sup>27</sup> A. BURDESE, M. GALLO, *Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto*, cit., 370-372.

<sup>28</sup> Come evidenziato da BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., 255, una lacuna giuridica sussiste nel momento in cui sono contemporaneamente presenti in un settore dell'ordinamento sia la norma generale esclusiva sia la norma generale inclusiva, essendo questa lacuna legata alla «mancanza di un criterio per la scelta di quale delle due regole generali, quella esclusiva e quella inclusiva, debba essere applicata». In questi casi, di conseguenza, l'ordinamento giuridico è sempre lacunoso. Sul punto anche ALCHOURRÓN, BULYGIN, *Sobre el concepto de orden jurídico*, in *Crítica*, 1976, 17 ss.; BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, cit., 30, 51; BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., 177 ss., spec. 182; RATTI, *El gobierno de las normas*, Madrid, 2013, 287 ss.

<sup>29</sup> In generale, sul nesso tra ragionamento analogico e giudizio di legittimità costituzionale delle leggi basato sull'art. 3, comma 1, Cost. cfr. VELLUZZI, *Osservazioni sull'analogia giuridica*, in ID., *Tra teoria e dogmatica*, cit., 67, 78-79; ID., *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, 99-100.

<sup>30</sup> Per quello equitativo e consuetudinario cfr. sempre A. BURDESE, M. GALLO, *Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto*, cit., 367-373, 386-387, con argomenti, però, non condivisibili.

<sup>31</sup> E non di una disposizione proprio perché le lacune sono variabili dipendenti dell'interpretazione, manifestandosi come un *posterius* rispetto all'atto interpretativo. Questo presuppone, allora, una pre-

gionamento analogico *Na*, la fattispecie o caso *C2* troverà come proposizione linguistica di base, in funzione di norma per quel caso particolare e di enunciato da interpretare per lo stesso o per casi diversi<sup>32</sup>, la norma *Na2* in cui il tipo di disciplina applicabile ripercorrerà quello della norma *N1* ma i cui effetti discenderanno dalla norma *Na2*, concettualmente autonoma da *N1* e da *Na*.

La presenza di una norma generale inclusiva<sup>33</sup> consente, allora, di individuare volta a volta l'enunciato linguistico in veste di norma per il singolo caso, cui poi applicare un determinato tipo di disciplina sulla base della norma assunta a parametro del relativo giudizio di somiglianza in quanto tale già prevista in ordine a fattispecie simili<sup>34</sup>. Pertanto, l'idea della creazione si presenta monca,

---

gressa attività interpretativa volta ad ascrivere all'enunciato *E1* la norma *N1*.

<sup>32</sup> Cfr. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 399-439.

<sup>33</sup> Sul rapporto obbligatorietà – validità delle norme (per l'Autore sempre generali) create dal giudice in ipotesi di lacune cfr. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, cit., 316-321.

Contro la tesi del procedimento analogico come gioco a tre norme, tutti quegli Autori che contestano la necessità di una norma giuridica che autorizzi l'analogia stessa. Così BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, 27, e, da ultimo, FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, 193 ss. Sul punto v. CAIANI, voce *Analogia (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, § 8; GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., 22. Non è possibile affrontare la questione, assai dibattuta, della relazione logica tra norme giuridiche e per questo rimandiamo a RATTI, *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, Madrid, 2013, 62, secondo cui «le norme derivate sono enunciati prodotti mediante la combinazione di norme espresse e regole d'inferenza (che, a loro volta, non sono altro che enunciati)».

<sup>34</sup> «Pertanto, se la norma vincolante al procedimento analogico è scritta, l'assenza di proposizioni linguistiche date è soltanto apparente», A. BURDESE, M. GALLO, *Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto*, cit., 371. Cfr. anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1978, 27-28. E proprio la presenza della norma vincolante consente a Marcello Gallo di descrivere il procedimento analogico non come modo di interpretazione della singola norma giuridica quanto, piuttosto, come modo di interpretazione dell'ordinamento giuridico, perché chiarire «quale sia la fattispecie che si dice "caso simile od analogo" non significa creare una norma nuova, ma semplicemente esplicitare l'ordinamento giuridico». Sulle orme di Gallo v. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 209-212.

Argomenta in chiave di interpretazione del nucleo della norma, configurato nella sua ragion sufficiente, BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 152-153, 165-166, il quale, coerentemente, ritiene che «l'analogia non ha bisogno di una norma generale che la ponga, sia essa esplicita o implicita, perché ogni norma particolare, in quanto fa parte del sistema e in quanto è espressione di un'esigenza, in largo senso, logica, porta con sé un certo potenziale di estensibilità almeno nel limite di esplicazione della sua forza razionale». In sintesi, essendo la razionalità della norma il fondamento dell'analogia, questa razionalità non spingerebbe l'interprete al di fuori dell'ordinamento ma lo costringerebbe, per contro, a rimanervi «assolutamente dentro, in quanto non fa che rendere esplicita la razionalità immanente al sistema» (*ivi*, 163). Tesi, questa, ripresa ed in qualche modo superata da BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 603, ove sostiene la necessità di una norma giuridica a fondamento dell'analogia.

al più accettabile solamente in senso lato<sup>35</sup> laddove si prescinda del tutto dalla norma interna che autorizza (od impone) l'analogia e quindi classificando il procedimento analogico come istituito a due termini, il caso non regolato e la fattispecie simile regolata.

Trovando, di base, un enunciato "in bianco" (*id est*, l'art. 12 disp. prel.) idoneo ad assumere nella dinamica concreta dell'ordinamento le più svariate formulazioni linguistiche, l'interprete non crea alcunché, procedendo, in questo caso, similmente a qualsiasi attività interpretativa volta a ricavare norme espresse da una disposizione legislativa<sup>36</sup>. Deciderà la norma, ovvero il significato da attribuire all'enunciato base ricavato dall'art. 12 disp. prel. qualora, in seguito ad una ricognizione strutturale del fatto sottoposto alla sua attenzione e, di conseguenza, all'interpretazione della proposizione linguistica oggetto del parametro analogico, perverrà alla conclusione della lacuna normativa. Questo significa che parlare di vera e propria creazione di una norma senza disposizione sarà concettualmente ammissibile solo nelle ipotesi in cui manca *ab origine*, nel sistema giuridico di riferimento, una norma generale inclusiva in grado di presentarsi come enunciato linguistico base in funzione di norma per il singolo caso da disciplinare o in veste di mera disposizione<sup>37</sup> suscettibile di interpretazioni sincronicamente o diacronicamente confliggenti. Ed è ciò che, notoriamente, accade nel sottosistema penale italiano in cui risulta assente nel panorama normativo (costituzionale) una disposizione dai caratteri strutturali e funzionali tipici della norma generale inclusiva, in ragione dello sbarramento apposto dagli artt. 13 e 25 Cost. che precludono, secondo una consolidata tradizione, il ragionamento analogico, quantomeno *in malam partem*<sup>38</sup>. Divieto che inibisce all'autorità giudiziaria di assumere, in ultima anali-

<sup>35</sup> In generale, sulla necessità di separare il momento interpretativo (in senso stretto) da quello propriamente costruttivo o produttivo (e dunque creativo), ad esempio, di lacune (normative e assiologiche), di gerarchie assiologiche, di eccezioni implicite nonché di norme inesprese, v. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., 8 ss.; ID., *Ross sul diritto giurisprudenziale*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, cit., 138-140; ID., *El escepticismo ante las reglas replanteado*, cit., 33-34.

<sup>36</sup> Secondo GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, cit., 249-250, «le norme inesprese non sono per nulla frutto d'interpretazione, giacché sono elaborate in assenza di disposizioni che le esprimano. Esse sono frutto di produzione (o integrazione) del diritto».

<sup>37</sup> Come visto, anche le norme sono enunciati del discorso dell'interprete. Insomma, «la distinzione tra disposizione e norma non vuol essere una distinzione ontologica tra gli enunciati e qualcosa di diverso dagli enunciati. Si tratta, più modestamente, della distinzione tra due classi di enunciati», GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, cit., 237-238.

<sup>38</sup> CAIANI, voce *Analogia*, cit., § 14, pone l'accento sulla scelta del divieto di analogia in diritto penale come valore di indirizzo politico, non esistendo dal punto di vista logico-giuridico «alcun reale motivo di incompatibilità per un divieto di analogia». In questo senso anche RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 711-712.

si, la veste di fonte immediata di norme non contemplate, sia pure in via astratta, nella cornice dei molteplici significati di un documento scritto<sup>39</sup>. In quest'ottica, sembra chiaro allora come l'affermazione della Corte EDU nel caso Contrada relativa all'istituto del c.d. concorso esterno in associazione mafiosa come figura *tout court* di origine giurisprudenziale lascia il tempo che trova, confondendo l'ascrizione di significato ad una proposizione indeterminata quale è l'art. 110 c.p. con problemi di sussunzione di un fatto entro le maglie di una norma giuridica.

Escluso dunque che per il combinato degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. si possa parlare, genericamente, del concorso esterno in associazione mafiosa come di una fattispecie di creazione giudiziaria, preme sottolineare come questa ritenuta attività nomopoietica sia avvenuta, ad un livello generale, non tanto, come si considera spesso<sup>40</sup>, in seguito alla predisposizione ad opera dei giudici italiani dei criteri strutturali, oggettivi e soggettivi, del concorso eventuale in un reato associativo e del relativo regime probatorio, quanto piuttosto grazie ad una particolare funzione ricoperta, per così dire, a monte dall'art. 110 c.p. nel momento in cui entra in contatto con gli enunciati di parte speciale che descrivono modelli delittuosi a loro volta formulati secondo lo schema dei reati a concorso necessario. Norma sul concorso eventuale che, a ben vedere, sembra presentare proprio i requisiti tipici della norma generale inclusiva<sup>41</sup>,

---

A ben vedere, una norma generale inclusiva in diritto penale, *atipica* quanto a presupposti applicativi rispetto all'art. 12 disp. prel. ed *innominata* perché ricavata per via interpretativa sulla base di particolari definizioni stipulative, è prevista, sia pur a livello di legislazione ordinaria, all'art. 110 c.p. Cfr. *infra*, § 3. Sull'analogia nel diritto penale v. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, cit., 80 ss.; DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 64 ss., spec. 104 ss.; F. GALLO, *Norme penali e norme eccezionali nell'art 14 delle «Disposizioni sulla legge in generale»*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1 ss., spec. 13 ss. e sulla norma generale di liceità penale TRAPANI, *Abrogatio. Contributo alla dottrina dell'ambito di validità temporale della norma giuridica penale*, in *Giur. it.*, 2011, 490-491.

<sup>39</sup> Sui criteri per selezionare in astratto i potenziali significati cfr. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., 196 ss.; DICCIOTTI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Siena, 2004, 21 ss.; GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., 11 ss.; PINO, *Interpretazione cognitiva*, cit., 77 ss.

<sup>40</sup> A titolo esemplificativo, E. DINACCI, *Ancora sul "concorso esterno" tra legalità e giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2016, 329 ss.; FIANDACA, *Brevi note sulla portata della sentenza della Corte Edu (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in *Foro it.*, 12, 2016, 741 ss.; LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2015, 4617; MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2015, 1019 ss.; MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 13; PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2015, 1062-1063.

<sup>41</sup> Sia pur con le dovute precisazioni (*infra*, §§ 3-4). Norma generale inclusiva che, in materia penale, trova fondamento solo a livello di legislazione ordinaria.

idonea come tale a legittimare, in prima battuta, un ragionamento analogico. Senonché questa funzione di norma generale inclusiva ricoperta dall'art. 110 c.p. all'atto della combinazione con le norme di parte speciale descritte secondo una particolare tecnica legislativa non può non generare, a sua volta, un'antinomia gerarchica<sup>42</sup> frutto del contrasto con la norma generale esclusiva, ricavata implicitamente dagli artt. 13 e 25 Cost., che governa la materia penale<sup>43</sup>.

## 2. L'art. 110 c.p. clausola o principio generale?

Nell'analisi strutturale e teleologica dell'art. 110 c.p. ricorre spesso, in dottrina e giurisprudenza, l'affermazione secondo cui la norma sarebbe annoverabile nello schema delle c.d. clausole generali<sup>44</sup>, così definite per la loro peculiare vaghezza o indeterminatezza contenutistica.

Ancora una volta emerge la plausibilità di un approccio giusanalitico che identifica il diritto con un insieme eterogeneo di linguaggi: ciò che per alcuni Autori rappresenta un determinato concetto non altrettanto può dirsi per altri. Muovendo da stipulazioni circa l'area semantica, sintattica e pragmatica del discorso normativo, risulta chiaro, allora, come non sussista una definizione di clausola generale valida per ogni settore dell'ordinamento giuridico essendo quest'ultima frutto di pure valutazioni<sup>45</sup>, spesso avanzate

<sup>42</sup> In tema di gerarchie normative cfr. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 37 ss.; PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto*, cit., 21 ss.; TARELLO, *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in *Pol. Dir.*, VIII, 5, 1977, 499 ss.; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 312 ss.

<sup>43</sup> Al termine dell'indagine sarà possibile sciogliere la riserva in merito all'assolutezza del divieto di analogia *in malam partem* nel diritto penale italiano. Cfr. le lucide osservazioni di CONTENUTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in ID., *Scritti 1964-2000*, a cura di Spagnolo, Bari, 2002, 121; MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1187 ss.; VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in ID., *Ultimi scritti*, Milano, 2007, 121 ss., spec. 139 ss. sul difficile rapporto tra concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e principio di legalità dei reati e delle pene.

<sup>44</sup> Sulle clausole generali nel diritto penale cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 159 ss.; CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 10 ss.; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 41-88. Sul rapporto tra clausole generali e ragionamento analogico v. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2016, 22 ss. e tra precedente giudiziale e analogia giuridica, SCHAUER, *Thinking like a Lawyer*, London, 2009, 85-102; RATTI, *Some Remarks on Precedent and Analogy*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1, 2017, 221 ss., spec. 225-228.

<sup>45</sup> In questo senso, a proposito dei principi, GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 448, 452, 455.

dall'interprete, insuscettibili di generalizzazione a meno di non essere, a loro volta, generalmente accettate, in quanto tali, da una comunità di giuristi.

La premessa in questione potrebbe apparire, a prima vista, un tentativo di giustificare le conclusioni del presente lavoro. Un principio di scusa, insomma, onde evitare controsservazioni a ciò che sembra, a tutti gli effetti, un modo di «reintrodurre nel tubetto il dentifricio già spremuto»<sup>46</sup>, un tentativo cioè di rimettere in discussione assunti dati ormai per acquisiti o comunque di sollecitare un dibattito, il più delle volte nato morto, sulla assolutezza del divieto di analogia *in malam partem* nel diritto penale italiano.

Concludere in un senso (quello dell'art. 110 c.p. come clausola generale) o nell'altro (quello dell'art. 110 c.p. in veste di principio generale) non rappresenta certo un esercizio nominalistico fine a se stesso quanto, piuttosto, un modo per classificare enunciati linguistici di natura prescrittiva appartenenti ad un diverso grado delle fonti<sup>47</sup>, saggiandone l'interazione reciproca, se in chiave di pura antinomia o di bilanciamento assiologico.

Detto questo, cosa sono, meglio, come devono intendersi le clausole generali? Non potendo affrontare l'argomento in modo esaustivo, faremo nostre le conclusioni cui è pervenuto di recente Vito Velluzzi<sup>48</sup>. Al di là delle costanti osservazioni relative alla genericità, indeterminatezza e valutatività delegata al giudice, comuni ai principi e alle clausole<sup>49</sup>, l'aspetto rilevante della riflessione di Velluzzi è focalizzato sulla estensione strutturale dei concetti in esame. Nello specifico, apparterrebbero al genere delle clausole non già enunciati linguistici nella loro interezza bensì termini o sintagmi, vale a dire componenti degli enunciati<sup>50</sup>. In altre parole, le clausole generali si presentano come termini o sintagmi di natura valutativa caratterizzati da indeterminatezza<sup>51</sup> e formalizzati

<sup>46</sup> Prendiamo in prestito le parole di BARBERIS, *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2012, § 1.3., in un acuto commento critico al testo di Aljs Vignudelli su *Interpretazione e Costituzione*.

<sup>47</sup> Rispettivamente, quello ordinario per l'art. 110 c.p. (norma generale inclusiva) e quello costituzionale per gli artt. 13 e 25 Cost. (norma generale esclusiva).

<sup>48</sup> VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 45 ss. Per un commento al testo di Velluzzi, v. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giur. it.*, 7, 2011, 1692 ss.

<sup>49</sup> BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, 889 ss.; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 160; FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 2012, 184 ss.; PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 80 ss.

<sup>50</sup> VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 26-28, 78. Così anche FABIANI, voce *Clausola generale*, cit., 191 e nota 60 per ulteriori rimandi bibliografici.

<sup>51</sup> VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 88.

in parti di enunciati normativi, non costituenti, aggiungiamo noi, frasi di senso compiuto<sup>52</sup>.

Il discorso ruota ancora una volta intorno alla felice dicotomia tra disposizione e norma. Rappresentando la norma il significato ascritto dall'interprete all'enunciato contenuto in un documento qualificabile come fonte del diritto<sup>53</sup>, ed avendo identificato l'enunciato normativo come un insieme di vocaboli contenuto all'interno di una frase di senso compiuto, le clausole generali, qualora le si intenda come parti di una proposizione, non sono (ancora) norme. Solamente in seguito all'integrazione valutativa ad opera del giurista mediante l'utilizzo di criteri o parametri di giudizio interni od esterni al diritto e tra loro potenzialmente concorrenti<sup>54</sup> sarà possibile pervenire al senso delle clausole stesse e, così facendo, una volta interpretata l'intera proposizione linguistica, potrà enuclearsi la norma, fra quelle potenzialmente ricavabili dall'enunciato oggetto di interpretazione, da applicare al caso concreto.

I principi, dal canto loro e sorvolando la interminata bibliografia al riguardo, possono essere classificati *tout court* come norme, sia pur con particolari caratteristiche, cioè come interi enunciati linguistici dal significato precettivo ascritto dall'interprete<sup>55</sup>. Ragionando *a contrario*, mentre gli enunciati normativi caratterizzati al loro interno dalla presenza di clausole generali necessitano di una duplice attività decisoria del giurista, una prima volta ad ascrivere un significato alla clausola generale ed una seconda orientata a combinare il significato così ottenuto con la traduzione<sup>56</sup>, in chiave normativa, della restante proposizione, i principi, invece, presuppongono un'unica ed immediata attività interpretativa dell'enunciato del discorso sulle fonti nel suo complesso.

Concludendo sul punto, qualora si volesse mantenere una visione unitaria del concetto di norma, ben potrebbero intendersi le clausole generali non già, in prima battuta, come norme quanto piuttosto come frammenti di norme, intese queste ultime, nella loro generalità, come significati ascrivibili in astratto ad una proposizione linguistica di senso compiuto, comunque formulata.

<sup>52</sup> Rappresenta gli enunciati come frasi di senso compiuto, BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., 64. Per una distinzione analitica tra enunciato e proposizione cfr. TARELLO, *Osservazioni sulla individuazione dei precetti. La semantica del neustico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1965, 407-408, nonché GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, cit., 35 ss. Tra i penalisti, nel senso del testo, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 319-324.

<sup>53</sup> PINO, *Norma giuridica*, cit., 147-148.

<sup>54</sup> VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 88.

<sup>55</sup> COMANDUCCI, *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, in *Doxa*, II, 1998, 91-92, 94.

<sup>56</sup> Assimila l'interpretazione in astratto, quella cioè orientata a testi, ad una forma di traduzione, GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 17. Sul punto, v. anche MAZZARESE, *Interpretazione giuridica come traduzione: tre letture di un'analogia ricorrente*, in *Ars Interpretandi*, 5, 2000, 165 ss., spec. 181 ss.

Ora, l'art. 110 c.p. condivide con i principi e con le clausole la medesima elasticità ed indeterminatezza che, a ben vedere, caratterizzano, se non tutti, comunque la gran parte degli enunciati del sistema giuridico<sup>57</sup>. Pertanto l'attribuzione della qualifica di principio ad una formulazione linguistica, al di là di un espresso richiamo in tal senso da chi è autorizzato ad immettere i suddetti enunciati, rientra nella competenza decisoria, e dunque politica (del diritto), del singolo interprete<sup>58</sup>.

Alla luce delle considerazioni svolte, se la dicotomia tra clausole e principi generali deve basarsi, fondamentalmente, sull'ampiezza delle relative formule linguistiche, di conseguenza sembra possibile collocare l'art. 110 c.p. nel *genus* dei principi generali del sottosistema (ordinario) penale, in quanto regola di condotta formulata in una proposizione linguistica, nel suo complesso, dotata di senso compiuto, sia pure da sottoporre, nel momento applicativo, a sincroniche o diacroniche traduzioni interpretative e dunque tendenzialmente valevole per ogni vicenda concorsuale, salvo deroghe<sup>59</sup>, sia in funzione di incriminazione *ex novo* di condotte originariamente non tipiche con riguardo alle figure di parte speciale sia in funzione di disciplina di comportamenti già sanzionabili alla stregua di una o più norme di parte generale<sup>60</sup> o speciale, sempre comunque in seguito ad un giudizio di rilevanza processuale delle suddette vicende concorsuali<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> In questi termini già J. FRANK, *Words and Music*, cit., 1263; RADIN, *Statutory interpretation*, in *Harv. L. Rev.*, 1930, 868. Con la consueta chiarezza, GUASTINI, *El escepticismo ante las reglas replanteado*, cit., 36 ss.

<sup>58</sup> COMANDUCCI, *Principios jurídicos*, cit., 94; GUASTINI, *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*, in *Jueces para la Democracia*, 1999, 39; ID., voce *Principi di diritto*, in *Dig. Disc. civ.*, XIV, Torino, 1996, 341 ss.; RATTI, *La coerentizzazione dei sistemi giuridici*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2007, 64.

<sup>59</sup> Per la defettibilità come eventuale caratteristica dei principi v. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006, 32; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 447 ss., anche per una condivisibile critica alla distinzione tra norme e principi; VELLUZZI, *Osservazioni sull'analogia giuridica*, cit., 81.

In generale, sulle direttive condizionali defettibili, per tutti, CHIASSONI, *Codici interpretativi*, cit., 94 ss.

<sup>60</sup> Sulle funzioni ricoperte dagli artt. 40 comma 2, 46, 48, 51 comma 2, 54 comma 3, 56, 86, 110 ss. c.p. cfr. GABOARDI, *Artt. 46 e 48*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2014, 366 ss. e 375 ss.; MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 229 ss.; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 8 ss. e 193 ss.; ID., *Pluri-soggettività nel reato e come reato*, Pisa, 2015, 107 ss.; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., 41 ss.

<sup>61</sup> In merito all'art. 110 c.p. come principio generale si pensi, ad esempio, al disaccordo interpretativo sulla possibilità di applicare le norme sul concorso eventuale alle c.d. figure plurisoggettive improprie. Cfr. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Forme del reato*, vol. II, Torino, 2013, 164-165; DI MARTINO, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, in *L'Indice penale*, 2001, 105-106; LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, 214 ss.; MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, 31 ss.

### 3. L'art. 110 c.p. in funzione di norma generale inclusiva

In una delle più acute riflessioni sulle clausole generali di incriminazione suppletiva si è rilevato come lo sviluppo della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale abbia perseguito l'obiettivo pratico di spiegare non tanto il fondamento dell'incriminazione del concorrente eventuale quanto piuttosto di legittimare la nuova tipicità frutto dell'incontro tra l'art. 110 c.p. e le disposizioni incriminatrici di parte speciale, paventando, inoltre, il rischio di una *vis* espansiva dei margini originari della tipicità propria dell'art. 110 c.p.<sup>62</sup>. In effetti, stando al pensiero di un Maestro del diritto penale italiano<sup>63</sup>, in regime di concorso di persone nel reato, parlare di estensione della tipicità originaria di una norma di parte speciale significa sostanzialmente girare intorno al problema senza darne adeguata spiegazione. Come potrà mai parlarsi di estensione della tipicità originaria, ad esempio, del reato di furto per colui che non pone in essere la condotta di sottrazione della *res* altrui, limitandosi a svolgere unicamente il compito di palo, se la formulazione dell'art. 624 c.p. non contempla, appunto, proprio quest'ultima condotta? Chiaro che non di estensione della tipicità originaria dovrà parlarsi, nel caso di condotte apparentemente non descritte nella disposizione di parte speciale, ma di una nuova figura di reato diversa da quella prevista dall'art. 624 c.p. e risultante dall'integrazione dell'art. 110 c.p. con l'art. 624 c.p. Operazione, quest'ultima, che consente, in fin dei conti, di ricomprendere una condotta concorsuale nuova, quella del palo nel caso di specie, estendendo, questo sì, non la parte condizionante della fattispecie ipotetica, che nella formulazione tipica descrive solamente la condotta sottrattiva, quanto, a ben vedere, il tipo di disciplina, sostanziale, processuale e penitenziaria ad essa collaterale. La norma così individuata presenterà come protasi oltre alla condotta di sottrazione anche quella del "palo" e come apodosi le conseguenze in chiave di disciplina previste originariamente per la sola condotta di sottrazione<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., 285. Sulla distinzione tra funzione di incriminazione *ex novo* e funzione di disciplina delle norme sul concorso di persone nel reato v. M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 12 ss.

<sup>63</sup> M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 20.

<sup>64</sup> Dal testo si evince chiaramente come la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale sia un contenitore vuoto, dovendo l'interprete ricavare i requisiti strutturali del concorso di persone da una lettura sistematica del codice penale. Sul punto non possiamo non rimandare alle belle pagine di PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, cit., 135 ss. e per l'art. 113 c.p. a SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 254-257.

Sembra di palmare evidenza come il meccanismo in questione sia pressoché identico a quanto già osservato in tema di considerazioni analogiche *ex art. 12 disp. prel.*

In entrambe le ipotesi, infatti, si assiste ad un medesimo ruolo ricoperto, rispettivamente, dagli artt. 12 disp. prel. e 110 c.p. Presentandosi come enunciati “in bianco”, le norme in questione sono in grado, in primo luogo, di occupare lo spazio di vuoto normativo creatosi in seguito ad una comparazione superficiale tra il testo di una precisa disposizione<sup>65</sup>, nello specifico quello oggetto del parametro di somiglianza per il tipo analogico e quello di parte speciale che contempla una determinata figura di reato per il concorso eventuale, ed un caso concreto e, secondariamente, di dare vita ad un nuovo enunciato prodotto dalla interazione degli artt. 12 disp. prel. e 110 c.p. con le norme di riferimento, dal cui combinarsi le norme in questione si “scindono”<sup>66</sup> in altrettante proposizioni linguistiche, le norme *di analogia*<sup>67</sup> e *di concorso*, in modo da offrire copertura, con la medesima disciplina dei casi simili o degli illeciti penali descritti per note interne dal legislatore, ai casi o alle condotte illecite a prima vista escluse, in punto di disciplina, dall’ordinamento.

In questo modo, essendo le norme vincolanti il procedimento analogico già contemplate all’interno del sistema perché poste in un documento scritto, la lacuna è solamente apparente non presentandosi, di volta in volta, il ragionamento analogico ed il meccanismo integrativo del concorso eventuale per condotte atipiche<sup>68</sup> come situazioni *ab origine* non qualificate da una norma giuridica.

---

<sup>65</sup> Per come interpretato dall’organo procedente, sia esso un accademico, un avvocato od un magistrato.

<sup>66</sup> M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, vol. I, Torino, 1999, 97.

<sup>67</sup> Frutto dell’innesto delle norme generali inclusive valide (in senso lato) per il settore penale (l’art. 110 c.p.) e per i sottosistemi diversi da questo (l’art. 12 disp. prel.) con le norme oggetto del relativo parametro di “somiglianza”.

<sup>68</sup> Atipiche rispetto alle disposizioni di parte speciale. In linea generale, per un comportamento non direttamente contemplato in particolari figure di reato e per il quale si pone un problema di concorso eventuale, la tipicità è già insita nella proposizione di cui all’art. 110 c.p. Detto questo, ipotesi di retroattività della norma così prodotta non dovrebbero neanche porsi.

Per DONINI, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5-6, le regole di parte generale sul concorso di persone nel reato si incontrano con le norme incriminatrici «per generare nuove forme di responsabilità esse stesse *di parte generale*» (corsivi originali). In ID., *Il Caso Contrada e la Corte EDU*, cit., 352, 354-355, 359-360, 365, perviene alla conclusione che i giudici italiani, nella disciplina del concorso esterno *ex artt. 110 e 416-bis c.p.*, abbiano dato vita ad un nuovo titolo di reato di parte speciale in quanto, a ben vedere, saremmo in presenza di tipologie di condotta punibile aggiunte «all’art. 416-bis c.p.: cioè fattispecie nuove, perché ogni figura partecipativa interna è un titolo autonomo di reato, come risaputo. Ma *questo* titolo autonomo è *estraneo* al 416-bis [...]» (corsivi originali).

Le norme *di analogia* e *di concorso*, pertanto, non possono considerarsi una pura creazione ad opera del giurista, e di quel giurista particolarmente qualificato quale è il giudice, ma sono il frutto dell'interpretazione non della singola proposizione oggetto del parametro di somiglianza o formalizzata come illecito nella parte descrittiva di un enunciato di parte speciale, bensì dell'intero ordinamento<sup>69</sup> "esplicitato" all'atto stesso della combinazione delle norme vincolanti il giudizio di analogia e di concorso (eventuale) con altre norme del sistema<sup>70</sup>. Norme *di analogia* e *di concorso*<sup>71</sup> che potrebbero denominarsi, plausibilmente, come (vere e proprie) norme inesprese, non perché prive di un enunciato linguistico base, ma perché esplicitate, appunto, in seguito all'innesto degli artt. 12 disp. prel. e 110 c.p. sulle altre norme del sistema e dunque conoscibili solo in un momento successivo<sup>72</sup>, quello, cioè, della rilevanza processuale di una circoscritta vicenda storica.

#### 4. Completezza e analogia nelle forme di concorso di più persone nel reato

Rimane a questo punto una domanda: l'aver identificato il meccanismo operativo dell'art. 110 c.p. in tema di concorso eventuale con le modalità di integrazione analogica previste all'art. 12 disp. prel. rende, per ciò solo, l'art. 110 c.p. una norma generale inclusiva? In altri termini, una volta rilevato il funzionamento dell'art. 110 c.p. nel diritto penale interno, mediante, cioè, una sua combinazione con altre norme di parte speciale e la sua conseguente "scissione" in altrettante proposizioni linguistiche in funzione di norma per il caso concreto e di enunciato suscettibile di interpretazioni sincroniche o diacroniche, l'interprete è legittimato ad associare, dal punto di vista strutturale, l'art. 110 c.p. all'art. 12 disp. prel.?

Una simile generalizzazione rischia di risolversi, a ben vedere, in una petizione di principio. Dal momento che la norma sul concorso eventuale assume la medesima fisionomia strutturale, prima ancora che di presupposti, della norma che in settori diversi da quello penalistico autorizza il procedimento analogico per i casi "dubbi", in forza di un perfetto sillogismo, l'art. 110 c.p.

<sup>69</sup> M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 20.

<sup>70</sup> Sulla irragionevolezza del prodotto della combinazione degli artt. 110 e 416-bis c.p., in quanto incapace di esprimere un preciso significato offensivo, v. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale*, Napoli, 2016, 51.

<sup>71</sup> In ogni aspetto strutturalmente e funzionalmente autonome dalle norme vincolanti il procedimento analogico.

<sup>72</sup> A livello generale, pertanto, l'ordinamento diviene *sistema* solo in seguito all'attività interpretativa dei giuristi. Per tutti, RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, *passim*; ID., *La coerentizzazione dei sistemi giuridici*, cit., 64.

non potrebbe non essere considerato l'enunciato che, in materia penale e a livello di legislazione ordinaria, impone l'estensione analogica.

Sappiamo, però, come le figure concorsuali rilevanti *ex art. 110 c.p.* non si riducono ad una categoria unitaria ma operano, ad esempio, secondo le forme di manifestazione della coautoria, dell'esecuzione frazionata e dell'accessorietà<sup>73</sup>.

Ora, l'analogia è, prima di tutto, l'estensione di un tipo di disciplina cui si perviene attraverso un giudizio di somiglianza di quella che Bobbio chiamava la ragion sufficiente della norma oggetto del parametro estensivo. In questi termini, e non potendo analizzare nella loro interezza le diverse modalità di realizzazione del concorso eventuale di cui sopra, sembra scontato come vere e proprie ipotesi di estensione analogica del tipo di disciplina *ex art. 110 c.p.* in funzione di norma generale inclusiva si presenteranno soprattutto per quella particolare condotta concorsuale che è la condotta accessoria ad un fatto illecito altrui.

Ed è ciò che accade praticamente in tutte le figure illecite costruite secondo lo schema dei reati plurisoggettivi a concorso necessario, propri od impropri<sup>74</sup>, in cui rientra, senza dubbio, anche quella dell'associazione per delinquere di tipo mafioso. Giudizio di somiglianza teleologica per il concorrente eventuale che sarà minimo o fortemente ridotto nei reati a forma libera (soprattutto se ad evento naturalistico); massimo, invece, negli illeciti a forma vincolata o, appunto, in quelli plurisoggettivi necessari<sup>75</sup>.

Qualora nella dinamica della relazione concorsuale la condotta del concorrente eventuale acceda ad una delle figure autonome tipizzate all'art. 416-*bis* c.p.<sup>76</sup>, l'innesto dell'art. 110 c.p. consente di pervenire a quella rilevanza del comportamento "atipico" che l'esegesi dell'enunciato dell'art. 416-*bis* c.p.

<sup>73</sup> M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Le forme del reato*, Torino, 1974, 94 ss.

<sup>74</sup> Sulla natura giuridica delle fattispecie plurisoggettive improprie v. MERENDA, *op. cit.*, 105 ss.

<sup>75</sup> Questo non significa che tutte le figure dei reati plurisoggettivi a concorso necessario siano, per ciò solo, a forma vincolata. Si pensi, ad esempio, alla partecipazione *ex art. 416-bis* c.p. in cui il legislatore non descrive per note interne la condotta penalmente rilevante.

<sup>76</sup> Il discorso si basa sull'assunto, condiviso dalla migliore dottrina, per cui il secondo termine di relazione della condotta del concorrente eventuale debba essere una delle figure descritte nell'art. 416-*bis* c.p. e non anche, secondo la giurisprudenza oramai costante, l'evento "mantenimento in vita dell'associazione" non essendo, questo evento, di per se stesso un titolo autonomo di reato. Sul punto, CONTENTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, cit., 119-120; DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 167-168; DONINI, *Il concorso esterno*, cit., 11 ss.; FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, V, 1996, 129 ss.; MAIELLO, *Una «judge-made law» italiana: l'affermata punibilità, ex art. 110 e 416 «bis» c.p., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, II, 2003, 682 ss., con opportuni richiami bibliografici.

senz'altro esclude, non avendo il legislatore, nella tassonomia delle condotte tipiche, previsto anche quelle più disparate in cui può manifestarsi, in concreto, il concorso eventuale, proprio grazie ad un giudizio analogico strutturato, però, secondo particolari cadenze applicative.

Procedimento analogico che, in realtà, può ben definirsi parziale o comunque eterogeneo rispetto al modello tipico di riferimento formalizzato nell'art. 12 disp. prel., dal momento che il giudizio di somiglianza e di rilevanza *ex art.* 110 c.p. risponderà in termini di ragion sufficiente ad una mera petizione di principio, non potendo il giudice che concludere nel senso della estensione del tipo di disciplina in caso di accessorietà ad una o più condotte tipiche sulla base della affermazione secondo cui «concorrente nel reato è colui che concorre nel reato»<sup>77</sup>. In altre parole la ricerca di una *ratio* comune tra le condotte già tipiche di parte speciale e quelle originariamente atipiche, stante la molteplicità delle concrete forme di manifestazione di queste ultime, non potrà che basarsi sull'assunto per cui quella determinata condotta eventuale sarà «meritevole di pena» non tanto per questioni teleologiche cui rispondono in via diretta le condotte di parte speciale e che il legislatore, in qualche modo, non ha ritenuto di prevedere quanto, piuttosto, sulla circostanza per cui quella condotta eventuale, avendo una qualche relazione strutturale, oggettiva e soggettiva, con il fatto illecito cui accede, non potrà non essere sanzionata proprio sulla base della formulazione dell'art. 110 c.p.

Il teleologismo «monco» cui risponde l'art. 110 c.p., allora, impone di riconsiderare gli assunti di partenza. L'articolo in questione si sviluppa secondo un meccanismo operativo praticamente identico all'art. 12 disp. prel. ma se ne discosta in quanto a presupposti (medesima ragion sufficiente e somiglianza dei termini in paragone). Volendo mantenere ferma la generalissima figura

---

<sup>77</sup> Rispondono a questa logica di teleologismo «monco», al di là di considerazioni strutturali sui requisiti oggettivi e soggettivi del concorso eventuale nel delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., molte delle pronunce giurisprudenziali in materia. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, le sentenze riportate da G. LATTANZI, *Partecipazione all'associazione criminosa e concorso esterno*, in *Cass. pen.*, 1998, 3137 ss., e quelle citate nella (discussa) sentenza del Tribunale di Catania, sez. G.i.p., 21 dicembre 2015, n. 1077, Ciancio, 91 ss., in *Dir. pen. cont.*, 2016, con nota di Marino, che ha dichiarato il non luogo a procedere per la condotta contestata di concorso esterno in associazione mafiosa «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato». Sentenza in questione che, per onore di cronaca, è stata di recente annullata con rinvio da Cass., sez. V pen., 14 settembre 2016, n. 42996, Ciancio, in *Foro. it.*, II, col. 741, con nota di FIANDACA, *Brevi note*, cit., 741 ss.

Per alcune interessanti considerazioni sul teleologismo delle norme sul concorso di persone nel reato, sia pure muovendo da presupposti teorici particolari, BOScarelli, *Contributo alla teoria del «concorso di persone nel reato»*. *Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958, 54 ss.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 12, secondo cui l'esigenza di integrazione «si avverte quando si constati un'omogeneità di sostanza fra le ipotesi previste dalla legge e altre che ne restano fuori: quando è, sostanzialmente, lo stesso disvalore che in un caso e nell'altro si realizza».

della norma inclusiva, norma cioè che, in linea di principio, autorizza l'estensione del tipo di disciplina tramite un ragionamento *a simili*, ben può dirsi che l'art. 110 c.p., strutturalmente identico nella formulazione progressiva di un enunciato linguistico nuovo ed autonomo rispetto alle norme di riferimento ma differente quanto a presupposti applicativi, può comunque rientrare, secondo una logica di pura utilità esplicativa, nella categoria della norma generale inclusiva, il cui elemento differenziale e costante è, in ogni caso, l'estensione di un complesso di disciplina.

Se, dunque, nel momento in cui si affronta la questione sulla natura giuridica di un istituto a rilevare dovrebbe essere, in prima battuta, l'analisi formale delle conseguenze prescritte dall'ordinamento indipendentemente da come, in concreto, sono strutturati i fenomeni in paragone<sup>78</sup>, nulla impedisce di consi-

---

<sup>78</sup> Valgano su tutti due esempi: la natura giuridica delle diminuenti *ex artt.* 442 e 444 c.p.p. e della causa di non punibilità *ex art.* 131-*bis* c.p. In primo luogo, la riduzione di pena in ipotesi di condanna all'esito del giudizio abbreviato e del c.d. patteggiamento assume i contorni di una diminuzione di natura sostanziale e non certo processuale dal momento che l'effetto principale della scelta di uno dei suddetti riti alternativi risulta, appunto, la diminuzione di pena. Natura sostanziale che lungi dal ricondurre le ipotesi in esame entro il *genus* delle circostanze del reato *ex artt.* 59 ss. c.p. ne comporta, di conseguenza, la non assoggettabilità alla relativa disciplina ivi compreso il giudizio di bilanciamento e, soprattutto, i limiti alla riduzione di pena *ex art.* 67 c.p. In estrema sintesi, e non potendo soffermare l'analisi sulla definizione stipulativa di circostanze del reato e sui criteri per individuarle, dal momento che il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta portano, rispettivamente, ad un riduzione della pena in concreto *di e fino ad* un terzo, l'incidenza sul *quantum* di pena applicabile si manifesta come tipica espressione di un effetto sostanziale cui ricollegare la natura giuridica. Ciò significa che nel diritto penale italiano "esistono" diminuenti di natura sostanziale che non sono circostanze, in quanto tali non assoggettabili al medesimo tipo di disciplina riservato dall'ordinamento per queste ultime. Risulta pertanto non condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che identifica le riduzioni di pena in esame come istituti di diritto processuale (ad esclusione, però, della diminuzione commessa al giudizio abbreviato la cui natura sostanziale, come noto, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità in seguito al caso Scoppola, v. Cass., sez. un. pen., 24 ottobre 2014, n. 18821, Ercolano, § 4.4.) e, di conseguenza, la tesi autorevolmente sostenuta da M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, Torino, 2015, 14, che vuole queste diminuenti come istituti processuali con effetti sostanziali. Questo non toglie, per contro, che momenti processuali nel giudizio di patteggiamento possano ripresentarsi all'interprete come si ricava dall'art. 445, comma 2, c.p.p. che introduce una causa di estinzione del reato patteggiato sia pur condizionata. Sulla natura processuale delle cause di estinzione del reato, tesi minoritaria in dottrina e giurisprudenza, v. M. GALLO, *op. ult. cit.*, 195 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 732-735.

Se dunque per "riconoscere" (meglio, per "costituire") la natura giuridica di un istituto risulta imprescindibile l'analisi dei relativi effetti, a discapito di quanto affermato in giurisprudenza (v. ad esempio, Cass., sez. un. pen., 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj e Cass., sez. un. pen., 25 febbraio 2016, n. 13682, Coccimiglio) l'art. 131-*bis* c.p., lungi dall'appartenere al diritto sostanziale, rientra per contro nel novero delle cause di improcedibilità dell'azione penale come si rileva in sede di atti preliminari al dibattimento *ex art.* 469, comma 1-*bis*, c.p.p. che impone al giudice di pronunciare una *sentenza di non doversi procedere* «anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale, previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare». In questo senso, ma con argomentazioni differenti che rievocano, sia pure implicitamente, il fantasma degli istituti "ibridi",

derare, per il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi necessari (siano essi a forma vincolata o meno) e per le ipotesi di accessorietà a fatti illeciti altrui, l'art. 110 c.p. come norma generale inclusiva in funzione analogica di un particolare tipo di disciplina<sup>79</sup>. Da ciò consegue, a nostro avviso, la condivisibile impostazione di coloro che, pur muovendo unilateralmente proprio dalla tesi dell'accessorietà come forma di partecipazione del concorrente atipico<sup>80</sup>, erano poi giunti alla conclusione circa l'estensione, aggiungiamo noi analogica, della tipicità originaria (*id est*, della disciplina originaria) della fattispecie monosoggettiva<sup>81</sup> nonché di quanti ravvisavano e ravvisano tutt'ora una correlazione necessaria tra disposizioni elastiche in forma di clausole o principi generali e procedimento analogico<sup>82</sup>.

In regime di accessorietà, infatti, l'art. 110 c.p. innesta sulle forme tipiche di promozione, direzione, organizzazione e partecipazione secondo i dettami dell'art. 416-*bis* c.p., una nuova condotta punibile, quella del concorrente eventuale, dando vita ad una diversa ed autonoma proposizione linguistica qualificata con la medesima disciplina. È bensì vero che siamo comunque in

---

A. NAPPI, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, in *Leg. pen.*, 2016, 3, che considera l'art. 131-*bis* c.p. una causa di non punibilità trattata, «a scopo dellattivo», alla stregua di una causa di improcedibilità. Sull'art. 131-*bis* c.p. v. BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?*, in *Cass. pen.*, 2016, 3269 ss.

<sup>79</sup> Sul punto cfr. BOSCARELLI, *Contributo alla teoria del «concorso di persone nel reato»*, cit., 23, che sviluppa un interessante parallelismo tra l'analogia giuridica e la disciplina generale del concorso di persone nel reato; GRASSO, GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 43, commentando la sentenza della Corte EDU sul caso Contrada, scrivono, in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, di una applicazione retroattiva di una nuova interpretazione estensiva *in malam partem*, laddove, però, l'estensione di cui parlano sembra riferirsi alle prassi interpretative giudiziali antecedenti il 1994 piuttosto che a quella particolare ipotesi di analogia atipica ed innominata rappresentata dall'art. 110 c.p.

<sup>80</sup> Anche se per PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., 21, «ovunque fosse ammessa l'analogia, sarebbe agevole ovviare altrimenti all'insufficienza delle norme incriminatrici», la norma integrativa sul concorso di persone è comunque irriducibile al procedimento analogico in senso stretto (*ivi*, 6).

<sup>81</sup> È pur vero, come sostenuto da DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 78, che «la condotta del concorrente eventuale che non si comporta nel modo precisato da una fattispecie necessaria è formalmente «atipica» ai sensi delle disposizioni incriminatrici della parte speciale del c.p.; ma «atipica» non è se riferita alla «tipicità plurisoggettiva» (eventuale) ossia alla «tipicità» ricavata dalla sintesi tra una delle disposizioni incriminatrici di parte speciale e la disposizione di cui all'art. 110 c.p.». Ma questa nuova tipicità poggia, in ogni sua manifestazione, proprio sulla combinazione dell'art. 110 c.p. con la norma di parte speciale da cui prende vita una diversa (e nuova) proposizione linguistica in sintonia con il meccanismo di cui all'art. 12 disp. prel. e da cui deriva, sia pure in via indiretta, una estensione del tipo di disciplina applicabile, con tutto ciò che ne consegue sul piano della relativa natura giuridica.

<sup>82</sup> BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 303; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 180.

presenza di una nuova tipicità alla stregua della fattispecie plurisoggettiva eventuale con tutto ciò che ne consegue. Ma questa tipicità, *sub specie* di enunciato linguistico nuovo ed eterogeneo, deriva, in ogni caso, dalla combinazione dell'art. 110 c.p. con la norma di parte speciale alla medesima maniera di quella nuova tipicità del caso "dubbio" cui poi segue l'estensione di un determinato tipo di disciplina secondo le modalità operative dell'art. 12 disp. prel.<sup>83</sup>. Tipicità da intendere, allora, non semplicemente come sinonimo di positività, ovvero di norma previamente posta in punto di fattispecie condizionante bensì come tipicità "reale", quale complesso di disciplina formalizzato nella parte condizionata della norma penale.

In ultima analisi, volgendo l'attenzione agli effetti di un istituto nella dinamica pluridimensionale di un sistema giuridico, è possibile concludere per l'esistenza di un fondamento analogico ogniqualvolta l'interprete pervenga ad una estensione di un particolare tipo di disciplina, indipendentemente dai presupposti (tradizionali) al cospetto dei quali legittimare questa attività (argomento *a simili*, medesima ragion sufficiente, lacune formali o sostanziali ecc.). Detto altrimenti, qualsiasi modalità di estensione del tipo di disciplina applicabile deve essere considerata, dal punto di vista normativo, alla stregua di un ragionamento analogico, non trovando l'analogia fondamento in un dato ontologico o naturalistico, essendo, per contro, una tra le molteplici forme in cui può modellarsi l'argomentazione giuridica, suscettibile, per ciò solo, di ricevere le più svariate qualificazioni<sup>84</sup>.

Prendere atto che, nel sistema interno, il principio di legalità dei reati e delle pene vieta interpretazioni analogiche o estensive ma non preclude, più sem-

---

<sup>83</sup> In questo senso, allora, «l'argomento *a simili* si presenta come una regola sulla produzione giuridica e precisamente come una regola che impone la produzione di norme che abbiano l'effetto di ottenere per il secondo termine dell'analogia la disciplina che una norma preesistente impone al primo termine dell'analogia», TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 351. Secondo PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 291, «se nel concorso si deve parlare di «accessorietà», essa riguarda non le condotte, ma le norme: le norme sul concorso (art. 110 ss. c.p.) esigono il necessario riferimento ad una disposizione incriminatrice monosoggettiva, di cui «estendono» la tipicità».

<sup>84</sup> BOBBIO, voce *Analogia*, cit., 603, secondo cui «il principio di validità del ragionamento per analogia ci dà ragione della validità logica dell'analogia, non ancora della sua validità giuridica» e dunque il «fondamento della validità giuridica del procedimento analogico in un determinato sistema non può essere trovato che in una norma appartenente al sistema stesso». Diversamente il primo BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 151 ss., il quale, muovendo dalla tesi del fondamento razionale dell'analogia, contesta la necessità di una norma generale, sia essa esplicita o implicita, «che la ponga». In generale, sulla norma giuridica come schema di qualificazione v. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. di Cotta e G. Treves, Milano, 1952, 48; ID., *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. di R. Treves, Torino, 1956, 95-96.

Sulla natura *costitutiva* e *prescrittiva* del linguaggio giuridico cfr. MAZZARESE, *Interpretazione giuridica come traduzione*, cit., 177-178, spec. 182.

plicemente, la ricerca di nuovi significati della legge<sup>85</sup> e, di conseguenza, rilevare come i giudici italiani si siano solamente limitati ad applicare una norma comunque già esistente (l'art. 110 c.p.) significa dare per scontato ciò che scontato non è, ovvero le modalità di funzionamento dell'art. 110 c.p. in relazione a determinate ipotesi di reato al di là e prima ancora di considerazioni sugli elementi oggettivi e soggettivi necessari per dare vita ad un concorso eventuale. Manca, in fin dei conti, salvo rare eccezioni, un profondo ripensamento di quella particolare tecnica di estensione del tipo di disciplina per condotte accessorie a fatti illeciti altrui, polarizzata intorno all'enunciato linguistico dell'art. 110 c.p. Discutere sulla compatibilità di norme interne con alcuni principi ritenuti, a giusto titolo, fondamentali in quanto "ordinanti" un intero settore del giuridicamente rilevante e traducibili, in ottica sovranazionale, come "veri" e propri diritti umani<sup>86</sup> non derogabili neanche in caso di guerra (art. 15 CEDU), presuppone un argomentare per gradi in cui l'analisi della incompatibilità con il divieto di analogia *in malam partem* si presenta come un antecedente logico rispetto all'indagine sui requisiti, oggettivi e soggettivi, della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

##### 5. Concorso eventuale, diritto valido e principio di effettività

Risulta chiaro allora il dubbio di fondo del presente scritto. Se l'art. 110 c.p. può inquadrarsi, secondo determinate stipulazioni concettuali<sup>87</sup>, nella categoria (eterogenea) dei procedimenti interpretativi di tipo analogico, come si presenta il divieto di analogia *in malam partem* nel diritto penale italiano? Domanda retorica se guardiamo le considerazioni svolte. Vigente la norma generale esclusiva, ricavabile implicitamente dagli artt. 13 e 25 Cost., che esclude, in linea di principio, la possibilità di argomentare per via analogica, la risposta non potrebbe che considerarsi scontata e unidirezionale: attribuire rilevanza al concorso eventuale nel delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso significa, niente più niente meno, che estendere la disciplina delle figure già tipiche *ex art. 416-bis c.p.* "garantendo", in questo modo,

<sup>85</sup> LEO, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 171.

<sup>86</sup> Sul fondamento normativo anziché naturalistico dei diritti umani, GUASTINI, *A proposito di diritti umani*, in *Rag. prat.*, 2, 2014, 357, 360, 362, con replica di VIOLA, *Problemi aperti*, *ivi*, 408, nonché BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, cit., 195.

<sup>87</sup> Icastico F.S. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in *Colum. L. Rev.*, 1935, 821, secondo cui i concetti legali «are supernatural entities which do not have a verifiable existence except to the eyes of faith». In questi termini anche il giusrealismo scandinavo con OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, a cura di Castignone, Milano, 1967, 110-113; ROSS, *Tù-tù*, in *Harv. L. Rev.*, 1957, 812 ss.

l'assoggettamento a pena di condotte comunque denotate di particolari requisiti oggettivi e soggettivi, accessorie ad uno o più fatti illeciti altrui, in barba al generale divieto di analogia.

Bisogna prendere atto, però, di una possibile e da tempo rilevata divaricazione tra due modi di intendere la validità giuridica. Un primo indirizzo, espressione di un certo positivismo, identifica la validità delle norme nella loro corrispondenza formale e sostanziale alle metanorme sulla produzione<sup>88</sup>. Un'altra corrente di pensiero, manifesto del realismo scandinavo, riduce la validità, per contro, alla efficacia<sup>89</sup>. Diritto valido, quindi, è sinonimo di diritto effettivamente applicato. Solamente l'applicazione giudiziale del diritto permette di determinare la validità delle norme giuridiche<sup>90</sup>. In questo senso ed allargando il discorso alle tesi portate avanti da alcuni realisti americani, non potendo il legislatore che agire *like a composer* e dunque necessitando sempre della mediazione interpretativa dell'autorità giudiziaria<sup>91</sup>, ciò che comunemente viene identificato con l'espressione diritto non sarebbe altro che l'insieme delle decisioni giudiziarie passate e di congetture su decisioni future<sup>92</sup>, esistendo il diritto come fatto, *id est* come prassi dell'attività giurisdizionale, ed in quanto "fatto" suscettibile di analisi<sup>93</sup> e descrizione empirica<sup>94</sup>. Le conclusioni allora

<sup>88</sup> Il discorso, in realtà, è più complesso stante l'impossibilità di circoscrivere il concetto di validità alle sole norme e non anche alle disposizioni. Sul punto, BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., 159-165; FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, vol. I, Bari, 2012, 514 ss.; ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, 352-356; ID., *La pragmatica della teoria del diritto*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, cit., 361, 364, 367-368; PINO, *Norma giuridica*, cit., 149, 169-171.

<sup>89</sup> Sulle diverse accezioni del vocabolo "efficacia" nel linguaggio giuridico cfr. PINO, *Sul concetto di efficacia*, in *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di Mancuso, Preterossi, Tucci, Milano-Udine, 2013, 181-185.

<sup>90</sup> ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. di Gavazzi, Torino, 1965, 34-35; ID., *El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural* (1961), in *Academia*, 2008, 208-210, 213, spec. 214-220.

<sup>91</sup> J. FRANK, *Words and Music*, cit., 1264, spec. 1272. L'Autore ribadisce, comunque, di non condividere l'assunto di Gray secondo cui *tutto* il diritto sarebbe quello pronunciato dai Tribunali.

<sup>92</sup> FARALLI, *¿Certeza del derecho o «derecho a la certeza»?*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2003, 63 ss. Sul realismo giuridico americano e sulla difficoltà di ridurlo ad un fenomeno unitario, stante l'eterogeneità di pensiero dei suoi esponenti, per tutti, TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 8 ss.

<sup>93</sup> In realtà, seguendo TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., 57 ss., non tutti i realisti americani furono "ottimisti" nel considerare la giurisprudenza come scientifica nel senso, cioè, che il linguaggio elaborato dalla giurisprudenza tradizionale permetteva di formulare previsioni ragionevolmente garantite. Anzi, per i realisti del calibro di Frank la scienza giuridica «diviene una scienza empirica impossibile» (*ivi*, 65) stante l'imprevedibilità del giudizio sul fatto (*ivi*, 58). Per una critica al pensiero di Frank v. LEITER, *Positivism, Formalism, Realism*, in *Colum. L. Rev.*, 1999, 1148; ID., *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, in *Texas L. Rev.*, 1997, 269.

<sup>94</sup> «Le proposizioni normative formulate dagli operatori giuridici divengono oggetto di conoscenza in quanto assunte come formulazioni, cioè come fatti», TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., 63.

non potranno che divergere qualora l'interprete si ponga, rispettivamente, nel primo o nel secondo senso dell'alternativa.

Circoscrivendo l'analisi alle figure di qualificazione in quanto tali, indipendentemente, cioè, dal profilo di rilevanza pratica delle stesse nel momento applicativo e sulla base delle definizioni stipulative qui assunte, dovrà concludersi in merito alla persistente antinomia tra la legislazione ordinaria che eleva la norma sul concorso eventuale a principio generale e le metanorme costituzionali che implicitamente prescrivono l'illegittimità, da intendere come mancanza di una norma autorizzatrice, di procedure volte ad ottenere risultati interpretativi con effetti estensivi *in malam partem*<sup>95</sup>. In questo caso, la qualifica *sub specie* di concorso eventuale nel reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. per condotte accessorie a fatti illeciti altrui origina da un procedimento analogico volto ad estendere il tipo di disciplina applicabile. La tipicità sorta dal combinato degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., si traduce in una nuova proposizione linguistica, autonoma dalle norme "madri" sia dal punto di vista strutturale che funzionale, la cui disciplina ripercorre i segmenti della norma reale, intesa nell'accezione fatta propria da Marcello Gallo, come sintesi di tutte le disposizioni, sostanziali, processuali e penitenziarie che convergono a qualificare un fatto; meccanismo in questione che, ad onta delle formule o delle etichette dogmatiche, non può che tendere, in un paradigma metodologico orientato alle conseguenze, all'estensione di un particolare complesso di disciplina. E se l'analogia, come precisato, è, prima di tutto, un ragionamento volto ad applicare a casi non direttamente contemplati in una o più norme del sistema la disciplina tipica, perché già prevista e dunque previamente posta per altri casi, alle medesime conseguenze si perviene con l'estensione di cui si fa portavoce l'art. 110 c.p., al di là dei presupposti dell'analogia giuridica generalmente condivisi quali, ad esempio, la somiglianza dei termini di relazione o la presenza di lacune formali o sostanziali.

Emerge, a questo punto, una conseguenza ulteriore rispetto agli assunti consolidati di teoria generale del diritto: se analizziamo l'ordinamento giuridico nel suo complesso, cioè come sintesi degli ordinamenti parziali interni allo stesso, si nota l'impossibilità di ridurre la norma generale inclusiva ad un concetto unitario. In altri termini, non esiste una sola norma generale inclusiva tipica, in quanto tale valida in ogni settore salvo deroghe espresse od implicite, bensì altrettante norme generali inclusive che ne ripetono gli estremi (solo)

---

Per GUASTINI, *Hans Kelsen sull'interpretazione*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., 124, «descrivere prassi giurisprudenziali non è descrivere "norme": è descrivere *fatti*. Le prassi giurisprudenziali sono fatti (attività e discorsi dei giudici), non norme» (corsivo originale).

<sup>95</sup> Al riguardo v. RONCO, *Precomprensione ermeneutica*, cit., 709-711.

per il modo di produrre enunciati linguistici nuovi in seguito ad una attività di “combinazione” e “scissione” di norme cui poi segue, come effetto costante, l’estensione di un particolare tipo di disciplina; norme generali inclusive, allora, *eterogenee* o comunque non perfettamente speculari quanto a presupposti applicativi e pertanto *innominate* perché ricavate per via interpretativa.

Questo l’apparato concettuale di fondo, non v’è chi non veda come applicare al concorrente esterno una cornice di pena destinata ad altri significa compiere un’analogia, di per sé vietata<sup>96</sup>.

Le conclusioni divergono, invece, nel momento in cui si concepisce la validità come sinonimo di efficacia. Ciò non significa, ben inteso, che quanti sostengono la legittimità giuridica (invero nell’*an*) del concorso eventuale in un reato plurisoggettivo necessario dichiarano di muoversi da questo angolo visuale. Anzi. Si può dire che, nella stragrande maggioranza dei casi, il risultato così ottenuto, quello cioè dell’operatività del concorso eventuale in particolari circostanze, è frutto di meditate argomentazioni intorno agli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, del concorso stesso (cioè sotto il profilo del *quomodo*). Ma abbiamo visto come un simile modo di sviluppare il discorso si risolva, in realtà, in un salto logico non indifferente, dando per scontato ciò che scontato non è. Ecco allora come l’analisi empirica di ciò che avviene nella prassi giudiziaria può tornare utile, ribadiamo, dal punto di vista dell’effettività di un determinato settore dell’ordinamento giuridico, nella descrizione del diritto valido, del diritto, cioè, effettivamente applicato dai Tribunali nazionali.

In questo senso, le pronunce degli organi giudiziari di merito e di legittimità, sia pure con le note oscillazioni del passato e già sanzionate dalla Corte EDU nel caso Contrada, hanno ribadito e ribadiscono tutt’ora, a chiare lettere, la validità (*id est*, la correttezza) della contestazione prima e della (eventuale) condanna in seguito, del concorso esterno in un reato a soggettività necessaria, nel nostro caso e sempre per la giurisprudenza costante, il concorso esterno in “associazione mafiosa”.

Le recenti decisioni di manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate al riguardo<sup>97</sup>, anche se non polarizzate intorno ad un possibile contrasto dell’art. 110 c.p. con le metanorme costituzionali (artt. 13 e 25 Cost.) da cui si ricava, implicitamente, la norma generale esclusiva che vieta, appunto, di procedere per via analogica quantomeno *in malam partem*

<sup>96</sup> In questo senso, sia pur muovendo da presupposti concettuali diversi, DONINI, *Il concorso esterno*, cit., 11; LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Torino, 2016, 515; RONCO, *Le aporie del concorso esterno*, cit., 744, nota 2, 752, 757.

<sup>97</sup> Cass., sez. II pen., 13 settembre 2016, n. 18132, Trematerra, in *C.E.D. Cass.*, n. 266908; Cass., sez. II pen., 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino, *ivi*, n. 264624.

(non solo per analogia “tipica” ex art. 12 disp. prel. bensì anche per analogia “atipica” o “innominata” ex art. 110 c.p.), autorizzano l’interprete a rispondere affermativamente al quesito in merito alla legittimità giuridica del concorso esterno in associazione mafiosa. Allo stato attuale, non essendo state pronunciate o pubblicate sentenze che contestano il concorso esterno in un reato associativo non tanto nel *quomodo*, cioè nelle forme ovvero nei suoi requisiti tipici, oggettivi e soggettivi, quanto piuttosto nell’*an*, sia pure entro i limiti della questione analogica, non può che ritenersi, il concorso esterno in associazione mafiosa, un illecito penale valido in quanto, di fatto, sanzionato dalla giurisprudenza interna, unico potere in grado di rendere efficaci le singole norme del sistema e dunque effettivo l’intero ordinamento penale; effettività che corrisponde, in ultima analisi, all’organizzazione centralizzata ed istituzionalizzata dell’uso della forza quale “garanzia” per le regole che disciplinano la materia penale di trovare applicazione<sup>98</sup>.

A meno che, ed è questa un’ipotesi alquanto residuale, non si accolga dal punto di vista teorico generale ma con evidenti ricadute sul piano interpretativo, la tesi kelseniana della *clausola alternativa tacita*<sup>99</sup> che al fine di mantenere intatta l’idea di una norma valida misconoscendo, ad esempio, l’ipotesi della legge incostituzionale<sup>100</sup> in quanto nulla<sup>101</sup> per contrasto con una norma supe-

<sup>98</sup> In generale, BOBBIO, *Il concetto di politica*, in ID., *Teoria generale della politica*, a cura di Bovero, Torino, 1999, 106-109; ID., *Stato, potere e governo*, in ID., *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, 2006, 68-79.

Sul potere giudiziario come potere politico, sia pur argomentando in sede di teoria dell’interpretazione giuridica e non anche di teoria generale della politica, v. TARELLO, *Chi ci salverà dal governo dei giudici?*, in *Mondoperaio*, 1984, 28-30; ID., *La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 362. Con la consueta chiarezza e senza mezzi termini, lo stesso TARELLO, *Recensione: M. Cappelletti, Giudici legislatori?*, in *Quadrimestre*, 3, 1984, 382, definisce la produzione giudiziale di diritto come «un illecito costituzionale (sia pure di quelli difficilmente sanzionabili)». Sul conflitto fra Stato di diritto e Stato di giurisdizione nel sistema penale italiano v. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale*, cit., 32 ss., spec. 95 ss. In particolare cfr. anche TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., 64 ss.

<sup>99</sup> KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., 87-91; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), cit., 158; ID., *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. di Losano, Torino, 1966, 304 ss. V. anche BULYGIN, *Cognition and Interpretation of Law*, in *Cognition and interpretation of law*, a cura di Gianformaggio, Paulson, Torino, 1995, 16-18; COMANDUCCI, *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, 139-158; GIANFORMAGGIO, *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?*, in *Cognition and interpretation of law*, cit., 257 ss.; GUASTINI, *Ancora sulla validità in Kelsen*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2014, 82; LUZZATI, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 383-399; ID., *Kelsen vs. Bulygin on Legal Interpretation: how not to Read Kelsen through Hart’s Eyes*, in *Cognition and interpretation of law*, cit., 97-99; MANERO, *On the Tacit Alternative Clause*, *ivi*, 247-255; RATTI, *Un poco de realismo sobre incostitucionalidad y derogación*, in *Discusiones*, 2014, 255-258; SCHMILL, *Observaciones a “Inconstitucionalidad y derogación”*, in *Discusiones*, 2001, 80-85.

<sup>100</sup> «L’affermazione abituale che una «legge incostituzionale» è invalida (nulla), è una proposizione priva

riore, considera le metanorme costituzionali come prescrizioni che regolano la legislazione ordinaria *in via alternativa*, nel senso, cioè, che la Costituzione conterrebbe una disciplina *diretta* ed una *indiretta* o *tacita* della legislazione al cospetto della quale il Parlamento sarebbe autorizzato a scegliere fra le due, non rilevando la decisione *in sé* come fattore produttivo di una norma invalida. In questo modo, anche le leggi non conformi alla Costituzione espressa devono considerarsi valide nella misura e fino al momento in cui non sono annullate nel modo prescritto dalla norma fondamentale<sup>102</sup>. Analogo discorso, stante il dinamismo dell'ordinamento giuridico, per le norme individuali create dagli organi di applicazione pratica: l'idea di sentenze contrarie alla legge e dunque, in ultima analisi, di norme contrarie ad altre norme, rimane per Kelsen una absurdità pari ad una contraddizione logica<sup>103</sup>. Con la conseguenza per cui qualora non si dovesse pervenire ad una declaratoria di annullamento della legge o della sentenza create in ossequio alle procedure alternative tacite, la validità di queste ultime non potrebbe, meglio non dovrebbe essere più contestata.

---

di significato, poiché una legge invalida non è affatto una legge. Una norma non-valida è una norma non-esistente, è giuridicamente nulla», KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 158.

<sup>101</sup> Per Kelsen, in realtà, annullabile.

<sup>102</sup> KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., 304-305.

<sup>103</sup> «Il fatto che l'ordinamento giuridico attribuisca forza di cosa giudicata ad una sentenza pronunciata in ultima istanza [e non corrispondente al contenuto di una norma generale, *N.d.A.*] significa che è in vigore non soltanto una norma generale che predetermina il contenuto della sentenza giudiziaria, ma anche una norma generale in base alla quale il tribunale può determinare egli stesso il contenuto delle norme individuali che esso deve produrre», KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., 300.

Su questo aspetto v. COMANDUCCI, *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, cit., 141; FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016, § 4.2. Come sottolinea LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 390, «la tesi della previsione alternativa tacita, infatti, altro non è che un *escamotage* teorico-giuridico, o un espediente a torto ritenuto innocuo da Kelsen, per spiegare come mai le (rare?) decisioni che superano, almeno in apparenza, i limiti dei poteri concessi agli organi inferiori producano — del che l'autore non dubita — norme perfettamente valide». In sintesi, allora, «la cláusula alternativa tácita no es un instrumento para explicar la dinámica jurídica en abstracto, sino para explicar cómo *realmente* funcionan los sistemas jurídicos en relación con la atribución de validez a las normas», RATTI, *Un poco de realismo sobre incostitucionalidad y derogación*, cit., 256.

Sulle contraddizioni logiche tra norme, KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., 232; ID., *Derogación* (1962), in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1974, 258 ss.; ID., *Derecho y Lógica* (1965), *ivi*, 277 ss., spec. 281, e sul complesso rapporto kelseniano tra diritto e logica, LOSANO, *Saggio introduttivo*, in KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., I ss.; ID., *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, in KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), a cura di Losano, Torino, 1985, XIX ss.; MAZZARESE, *Validità di norme, atti, e ordinamenti giuridici. Riflessioni sul concetto di metanorme*, 1995, 95 ss.; EAD., *Kelsen Revisited on Law and Logic*, in *Hans Kelsen's legal theory. A diachronic point of view*, a cura di Gianformaggio, Torino, 1990, 139 ss.; EAD., *La lógica deontica como lógica de normas jurídicas. Dos fuentes principales de problemas*, in EAD., *Lógica, derecho, derechos*, cit., 11 ss.

Questo significa allora che, in ottica kelseniana, dagli artt. 13 e 25 Cost. che prescrivono, sia pur implicitamente, il divieto di analogia *in malam partem* nel sistema penale italiano si dovrebbe ricavare quantomeno un'altra norma, *speculare ed alternativa* alla norma generale esclusiva, *tacitamente* presupposta come norma base per sentenze giudiziali costitutive<sup>104</sup>, invero, di decisioni *in malam partem* per ciò solo valide in quanto conformi non alla stregua della Costituzione espressa quanto, piuttosto, di quella *inespressa* ricavata solo in apparenza *per relationem* che legittima procedure creative di diritto *tacitamente alternative* a quelle poste da una Costituzione di un ordinamento storicamente dato, nel nostro caso quello italiano<sup>105</sup>. Norma alternativa tacita, come è evidente, non già posta per il tramite di una proposizione linguistica scritta suscettibile di interpretazione bensì *presupposta* al pari della tanto discussa norma fondamentale<sup>106</sup>. Presupposizione che necessita, ad ogni modo, di un enunciato espresso da cui ricavare una nuova norma secondo un meccanismo non sovrapponibile a quello visto sopra, ad esempio, per l'art. 12 disp. prel. dal momento che la metanorma<sup>107</sup> costituzionale sul divieto di analogia *in malam partem* non si presenta come una proposizione "in bianco" in grado di combinarsi con un'altra norma e scindersi contestualmente in un nuovo enunciato strutturalmente e funzionalmente autonomo dalla norma "madre" bensì, appunto, come norma *ideale* perché *inespressa* (o *non espressa*) in una formulazione linguistica non ricavabile per via di interpretazione sistematica da nessun'altra norma essendo, di regola, le disposizioni costituzionali sulla produzione a forma essenzialmente vincolata; norma ideale per di più dal contenuto individuato di volta in volta dal medesimo organo chiamato ad applicare il diritto a vari livelli<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Sulla natura costitutiva del giudizio penale, da ultimo, DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 149-150, e della giurisdizione in generale, J.C. GRAY, *op. cit.*, 97, secondo cui «courts are constantly making *ex post facto* Law», specificando in nota il senso dell'espressione *ex post facto* come sinonimo di diritto retroattivo. Sul carattere retroattivo dell'interpretazione giudiziale cfr. TROPER, *Per una teoria giuridica dello Stato*, a cura di Carrino, Napoli, 1998, 105; ID., *El poder judicial y la democracia*, cit., 55-56 e, tra i penalisti, TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., 45-50.

<sup>105</sup> «Con questo si vuol dire che la costituzione, pur non potendo escludere la seconda via, preferisce tuttavia la prima», KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., 305.

<sup>106</sup> Si pensi, *in primis*, all'evidente problema della validità della norma alternativa tacita. Questo richiamo alla norma fondamentale, sia pure con diversi argomenti, è sottolineato da COMANDUCCI, *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, cit., 150.

<sup>107</sup> Sul concetto di metanorma v. MAZZARESE, *Validità di norme, atti, e ordinamenti giuridici*, cit., 13 ss.

<sup>108</sup> KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., 304-305.

Questa linea di pensiero però, come è stato notato, risente tra l'altro della confusione concettuale tra validità ed efficacia da sempre ritenuta, a ragione, la nota critica per eccellenza della teoria pura del diritto, anzi, secondo le definizioni stipulative di Luigi Ferrajoli, una vera e propria aporia<sup>109</sup>.

Se dunque in Kelsen la validità di una norma giuridica sfuma nel più radicale<sup>110</sup> principio di effettività, un eventuale giudizio caritatevole<sup>111</sup> sulla figura della clausola alternativa tacita non sembra legittimare la creazione di un *tertium genus* intermedio tra la validità come corrispondenza formale e sostanziale alle metanorme sulla produzione e la teoria prettamente realistica della validità come sinonimo di efficacia, ben potendo ridursi allora il margine di apprezzamento descrittivo sulle ricadute pratiche in ordine al divieto di analogia nel diritto penale italiano alle due contrapposte stipulazioni concettuali della validità giuridica ora menzionate.

I risultati si presentano, di conseguenza, in un'ottica di antinomia totale-totale<sup>112</sup>. Nel primo caso, in linea con i postulati di un certo positivismo che distingue la validità giuridica in formale e sostanziale, siamo al cospetto di una ipotesi di diritto invalido, stante il contrasto dell'art. 110 c.p., inteso come norma generale inclusiva innominata e atipica rispetto al modello di riferimento posto dall'art. 12 disp. prel., con le metanorme costituzionali che vietano, per via implicita e sistematicamente considerate, il procedimento analogico in materia penale a sua volta da intendersi "estensivamente" come istituto volto ad ampliare, aggravare o costituire la responsabilità penale di un individuo. Norma generale esclusiva, di rango costituzionale che, è bene ribadirlo, inibisce *qualsiasi* estensione peggiorativa di un particolare tipo di disciplina, in *qualunque* modo ottenuta, sia esso tipico in base ai presupposti tradizionali di cui all'art. 12 disp. prel. sia esso, per contro, atipico od innominato, poggiando su ambiti e criteri applicativi diversi ed eterogenei rispetto al modello base, come avviene, ad esempio, proprio con l'art. 110 c.p.

<sup>109</sup> FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., § 4.2., sul quale v. BARBERIS, *Ferrajoli successore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?*, in *Rag. prat.*, 1, 2017, 225 ss. Per altri rilievi sulla clausola alternativa tacita v. NINO, *Marshall's "Logic" and Kelsen's "Problem"*, in *Cognition and interpretation of law*, cit., 219 ss., spec. 224 ss., e la dottrina citata nella nota 99, ad esclusione dei saggi di Comanducci e Ratti che sottolineano come dal punto di vista delle definizioni stipulative adottate da Kelsen, la figura della clausola alternativa tacita non possa dirsi incoerente. Anzi per RATTI, *op. ult. cit.*, 258, «la tesis de la cláusula alternativa tácita no solo es teóricamente admisible, sino incluso necesaria».

<sup>110</sup> Sul «realismo radicale» della teoria kelseniana del diritto v. CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1, 2012, 237 ss., spec. 242 ss.

<sup>111</sup> GUASTINI, *Garantismo e dottrina pura a confronto*, in *Analisi e diritto 2009*, Madrid, 2009, 213 ss.

<sup>112</sup> COMANDUCCI, *Principios jurídicos*, cit., 98, sempre in tema di principi, opera una distinzione tra incompatibilità forte e debole. Sulle incompatibilità (totali-totali, totali-parziali e parziali-parziali) delle norme giuridiche v. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 122-125.

Nel secondo caso, invece, in linea con gli assunti di un preciso indirizzo del giusrealismo, abbiamo una figura del tutto legittima nell'*an* prima ancora che nel *quomodo* della sua manifestazione proprio perché costantemente applicata dalla giurisprudenza nazionale, sia di merito sia di legittimità.

Le conseguenze in tema di analogia sembrano, a questo punto, chiare. Assunto il divieto di estensione analogica *in malam partem* come principio di carattere generale perché “riconosciuto”, come tale, sia dal diritto interno sia dalla normativa sovranazionale<sup>113</sup>, non può che prendersi atto della sua coerenza meramente relativa e non anche assoluta<sup>114</sup>, come di regola affermato nella manualistica e non solo. Detto altrimenti, il divieto di analogia nel diritto penale interno è un principio defettibile, cioè suscettibile di deroghe ed eccezioni non specificate e in quanto norma giuridica appartenente al diritto italiano, sia pure da intendersi come norma implicita ricavabile per via sistematica da altre norme della Costituzione, comunque disapplicata o sottoposta a bilanciamenti assiologici<sup>115</sup> almeno tutte le volte in cui si dia spazio al concorso eventuale nei reati associativi e, in generale, nei reati plurisoggettivi a concorso necessario.

---

<sup>113</sup> Art. 7, comma 1, CEDU, su cui v. ad es. Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, ric. n.75909/01, § 106; art. 15, comma 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; art. 22, comma 2, dello Statuto di Roma.

Questo non significa che il divieto di analogia *in malam partem* possa qualificarsi come assoluto anche a livello internazionale. Anzi. Tutti gli articoli richiamati prevedono *eccezioni* basate sulla rilevanza criminosa del fatto «secondo i principi generali del diritto» riconosciuti dalle nazioni civili o «secondo il diritto internazionale». Se ne ricava, per altra via, che il divieto di estensione analogica *in malam partem* nel diritto penale interno ed internazionale, nonostante ogni buona intenzione, *non è un principio assoluto*. Sull’art. 7, comma 2, CEDU, definito, a giusto titolo, come «scandaloso», v. M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, 84-88, a fronte del quale si potrebbe eccepire lo sbarramento posto dall’art. 53 CEDU analogamente a quanto avviene per gli artt. 49, comma 2 e 53 CDFUE.

<sup>114</sup> Per esempio FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, Napoli, 2014, 85, parla di un «*divieto assoluto di analogia in materia penale*» (corsivi originali).

<sup>115</sup> Che la defettibilità possa concludersi con la non applicazione della norma derogata è una tesi costante in letteratura. Cfr. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, 200, nonché i saggi contenuti in *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, a cura di Beltrán, Ratti, Oxford, 2012. Sul punto, BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., 119-125, che affronta la questione della defettibilità come problema logico, interpretativo e, infine, applicativo. In generale, CHIASSONI, *Defeasibility and Legal Indeterminacy*, in *The Logic of Legal Requirements*, cit., 163 ss.; ID., *La defettibilità nel diritto*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2, 2008, 490, riferendosi alle conseguenze giuridiche, definisce le eccezioni come «*condizioni negative di applicazione*» (corsivo originale) e, tra i penalisti, BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva*, cit., 109; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 29-30.

## 6. La finestra sul cortile

Calandoci nei panni di James Stewart nel celebre film diretto da Hitchcock, proviamo a tirare le fila del discorso, senza dimenticare che da condizioni di partenza particolarmente stringenti non potranno che derivare conclusioni altrettanto radicali. Se infatti il divieto di analogia *in malam partem* nel diritto penale italiano venisse inteso in senso assoluto, cioè non soggetto a deroghe espresse o tacite, le vie di fuga per ristabilirne o comunque mantenerne l'assolutezza implicherebbero soluzioni parimenti non defettibili e per ciò politicamente destinate nella migliore delle ipotesi a non trovare un consenso generale<sup>116</sup>.

L'apice della complessità, inoltre, viene raggiunto nel momento in cui appare teoricamente feconda la tesi che valorizza la natura giuridica degli illeciti penali associativi e, in genere, di quelli plurisoggettivi necessari come forme tipizzate e dunque "vincolate" di concorso di persone nel reato<sup>117</sup>. In questi casi, manifestandosi la figura concorsuale come reato unico di parte speciale<sup>118</sup>, l'operatività esterna dell'art. 110 c.p. ne evidenzia chiaramente il significato di *norma generale di analogia*.

Come risolvere il dilemma? Sembrano almeno due i nodi più rilevanti, a prima vista superabili tramite il criterio gerarchico che pur assicurando il medesimo risultato, quello cioè di impedire una qualificazione in chiave di concorso eventuale in un reato associativo per le condotte accessorie, agirebbe, per così dire, secondo particolari cadenze strutturali e/o cronologiche.

Sorvolando sulla evenienza di una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 110 c.p. per contrasto con gli artt. 13 e 25 Cost., nella parte in cui consente di sanzionare la condotta di colui che "accede" ad un fatto illecito altrui, è necessario ricordare come l'estensione analogica *nominata* in base all'art. 12 disp. prel. si presenta come un gioco a tre termini e alla stessa conclusione siamo pervenuti con riferimento all'art. 110 c.p.: dalla sua relazione con le norme di parte speciale derivano fattispecie incriminatrici struttural-

<sup>116</sup> Risulta pienamente condivisibile la tesi che vuole la defettibilità non come una proprietà oggettiva delle norme bensì come il risultato di una operazione interpretativa. In questo senso, GUASTINI, *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación*, in *Análisis filosófico*, 2006, 289-291; ID., *Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation*, in *The Logic of Legal Requirements*, cit., 186.

<sup>117</sup> In generale, LEONCINI, *Reato e contratto*, cit., 255 ss.; MERENDA, *I reati a concorso necessario*, cit., 203.

<sup>118</sup> MERENDA, *I reati a concorso necessario*, cit., 205. In questi termini già FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. III, Torino, 1958, 166, «la figura giuridica del concorso necessario non può manifestarsi e quindi esplicitare i suoi effetti altro che nell'ambito *di un reato*, sì che reato plurisoggettivo ed unicità di reato sono termini correlativi».

mente e funzionalmente autonome dalle norme “madri”. Al fine di rispondere a quella esigenza di assolutezza insita in una delle possibili letture del divieto di analogia *in malam partem*, la norma generale esclusiva dovrebbe innestarsi sulla prima fase del procedimento combinatorio, quello cioè che fotografa l’incontro tra l’art. 110 c.p. e la norma di parte speciale, sbarrando così la strada agli effetti analogici della disposizione sul concorso eventuale.

L’incompatibilità di disciplina che ne deriva, eliminando il primo termine di relazione, garantirebbe il rispetto della tassatività delle incriminazioni espressamente richiesta dall’art. 13 Cost. almeno laddove si intenda il vocabolo *casi* nell’economia dell’enunciato: «nei *solii casi* e modi previsti dalla legge» come sinonimo di regole incriminatrici che configurano un fatto di reato in chiave di *esclusività* della condotta penalmente rilevante<sup>119</sup>.

La seconda alternativa, invece, gioca sulla descrizione del fenomeno strutturale tra norme appartenenti al medesimo rango legislativo così da evidenziare la specialità dell’illecito plurisoggettivo necessario rispetto all’enunciato sul concorso eventuale<sup>120</sup>.

Senza entrare nel dettaglio, è sufficiente richiamare i risultati cui è pervenuta l’analisi intorno alla struttura delle fattispecie criminose<sup>121</sup>. Valorizzata la natura di *clausole negative tacite*<sup>122</sup> degli elementi specializzanti, si è posta in rilievo l’insostenibilità teorica di una argomentazione incentrata sulla prevalenza o soccombenza delle norme di pari rango e in relazione di specialità<sup>123</sup> proprio perché dalla suddetta relazione di genere a specie la norma generale non può che subire una modifica nella sua stessa formulazione linguistica nel senso cioè che l’integrazione del fatto previsto dalla norma speciale risulta incompatibile con la contemporanea integrazione del fatto previsto dalla norma generale<sup>124</sup> comportandosi l’elemento differenziale, appunto, come requisito impli-

<sup>119</sup> Per l’analisi separata della tipicità rispetto al principio di tassatività v. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 157 ss.; DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU*, cit., 354, che distingue le applicazioni predeterminate per legge da quelle semplicemente previste dalla legge; TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., 18, nota 40.

<sup>120</sup> DELL’ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., 91-92; FROSALI, *op. ult. cit.*, 14-15.

<sup>121</sup> A. FIORELLA, *L’errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979, 24.

<sup>122</sup> A. FIORELLA, *L’errore sugli elementi differenziali del reato*, cit., 30; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 159; LICCI, *Figure del diritto penale*, Torino, 2013, 205; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, vol. I, Torino, 2006, 220 ss. nonché BOScareLLI, *Compendio di diritto penale*, Milano, 1980, 241.

<sup>123</sup> A. FIORELLA, *L’errore sugli elementi differenziali del reato*, cit., 25; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., 225, secondo cui la gerarchia fra norme in rapporto di specialità così ottenuta sarebbe inammissibile perché «in forza del loro reciproco condizionamento, ognuna di esse disciplina una gamma di situazioni diversa da quella dell’altra».

<sup>124</sup> TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., 227.

cito della norma generale il cui effetto principale sarebbe quello di sottrarre le ipotesi da esso disciplinate alla sfera di competenza della norma generale<sup>125</sup>. Chiaro allora perché la questione della specialità tra norme di pari rango venga risolta non tanto sotto il profilo valoriale della prevalenza o della soccombenza quanto, piuttosto, sotto il profilo di un rapporto di *aliud-aliud* essendo per definizione il campo di materia, rispettivamente, della norma generale e della norma speciale qualificato da una assoluta eterogeneità<sup>126</sup>.

Volgendo lo sguardo al fenomeno del concorso esterno in associazione di tipo mafioso, pare evidente come la condotta interessata non possa trovare *contestualmente* la propria disciplina nella norma generale sul concorso di persone e in quella speciale sull'illecito plurisoggettivo di cui all'art. 416-*bis* c.p., e ciò in ossequio all'art. 15 c.p. Argomentando *a contrario*, laddove non risulti integrato il fatto speciale relativo all'associazione di tipo mafioso perché il soggetto, in ipotesi, non vede qualificata la propria condotta secondo lo schema del promotore, capo ecc., lungi dal rimanere per ciò solo impunito ben potrebbe la sua posizione ricadere nel modello generale del concorso eventuale di persone nel reato.

Se dunque l'illecito plurisoggettivo necessario suona come una deroga negativa implicita all'art. 110 c.p., ragionando sulla base di una semplice relazione biunivoca tra gli artt. 110 e 416-*bis* c.p. nulla vi sarebbe da eccepire in merito alla possibilità di un concorso esterno in un reato associativo laddove la condotta eventuale non possa ricadere nella trama "vincolata" della norma speciale.

Onde evitare, pertanto, l'estensione analogica dell'art. 110 c.p., l'antinomia di sistema potrebbe risolversi ancora per il tramite del criterio gerarchico.

Incompatibilità giuridica allora, e non certo logica, non tra la norma sul concorso eventuale e quella di cui all'art. 416-*bis* c.p. quanto, piuttosto, tra la norma ricavabile dagli artt. 110, 416-*bis* c.p. e la norma generale esclusiva implicitamente desunta o desumibile dagli artt. 13 e 25 Cost.

<sup>125</sup> In quest'ottica, allora, la formulazione linguistica della norma base risulta connotata da elementi positivi e da elementi negativi *impliciti* (ma anche espliciti, si pensi alle clausole di riserva) che devono mancare affinché la norma generale possa disciplinare il fatto storico. Sulla natura delle clausole di riserva, se elementi negativi che appartengono o meno alla struttura delle fattispecie criminose, cfr. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 141 ss.; TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., 268.

<sup>126</sup> Proprio questa rappresentazione del principio di specialità induce a qualificare le ipotesi previste dagli artt. 46, 48, 51 comma 2, 54 comma 3, 86 c.p. non come mere norme dichiarative di una responsabilità comunque già individuata o individuabile secondo le disposizioni generali degli artt. 110 ss. c.p. bensì come *norme a struttura complessa* in cui alla funzione scriminante per il soggetto dichiarato non punibile si contrappone una funzione di incriminazione *ex novo*, almeno laddove si intenda la "novità" come novazione della *fonte* della responsabilità penale.

Le fattispecie di concorso esterno si rivelerebbero per questa via incapaci di produrre gli effetti sostanziali, processuali e penitenziari di *quella* determinata proposizione condizionante tipica, nel nostro caso la norma ricavata dalla combinazione analogica degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., rimanendo comunque impregiudicata, almeno in astratto, una rilevanza<sup>127</sup> del fatto secondo lo schema posto da *altre* norme del sistema<sup>128</sup>.

Tutto questo, ovviamente, qualora si condividessero gli assunti di fondo da cui siamo partiti. L'esito della defettibilità di un principio spesso presentato come generale ed assoluto, se vuole descrivere uno stato di fatto consolidato nella prassi giudiziaria, d'altro canto poggia su un bagaglio di stipulazioni concettuali, in quanto tali relative, frutto di particolari valutazioni né vere né false ma semplicemente più o meno plausibili<sup>129</sup>. In quest'ottica, lo studio rappresenta una mera proposta politica (meglio, di politica del diritto) sul modo di intendere la normatività del sistema penale, con l'auspicio di aver dato seguito al monito di uno dei più autorevoli giuristi e teorici del diritto italiani secondo cui mentre non è buona regola moltiplicare (senza necessità) gli enti, è ottima regola moltiplicare le nozioni (precise e definite): più nozioni, più problemi; più problemi, analisi più accurate<sup>130</sup>. Analisi che, oggi, sembrano messe in crisi dall'avanzare impetuoso ed arrogante di un "giusnaturalismo di garanzia" a discapito dell'unico approccio politicamente condivisibile (quantomeno nella tesi della separazione concettuale tra diritto e morale<sup>131</sup>), quello, cioè, del positivismo metodologico e del realismo militante<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> In generale, RATTI, *Due modelli di rilevanza normativa*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1, 2007, 269 ss.

<sup>128</sup> M. GALLO, *Brevi note a margine degli artt. 110, 416, 416-bis, 378, 379 c.p.*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 360-362; RONCO, *Le aporie del concorso esterno*, cit., 762.

<sup>129</sup> BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., 12-13; CHIASSONI, *Il positivismo giuridico*, Modena, 2013, 14.

<sup>130</sup> TARELLO, *Compiti e limiti di una teoria generale dei precetti*, in ID., *Diritto, enunciati, usi*, cit., 267. In questo senso, proprio sul concorso esterno in associazione mafiosa, M. GALLO, *Una rosa è una rosa è una rosa è una rosa*, in ID., *Moralité*, Napoli, 2011, 43.

<sup>131</sup> Sulla difficoltà di sintetizzare il positivismo giuridico in un movimento unitario cfr. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, cit., 5; CHIASSONI, *Il positivismo giuridico*, cit., 10 ss. ma già TARELLO, *Positivismo giuridico*, in ID., *Diritto, enunciati, usi*, cit., 87-91.

<sup>132</sup> BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, cit., 23 ss.; GUASTINI, *Le avventure del positivismo giuridico*, in BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, cit., XXXVII ss.; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, 219-224; RATTI, *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, cit., 172, con un importante richiamo a Guastini. Sul realismo militante, CHIASSONI, *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Roma, 2011, 9-10.