

QUESITI

NICOLÒ AMORE

**L'interpretazione praticabile.
Appunti verso un'ermeneutica penale spendibile
nel processo.**

Con la perdita di vigore dei postulati positivisti e il complicarsi del sistema delle fonti, si ha da tempo l'impressione che il momento processuale si sia in qualche modo "emancipato" dal ruolo ancillare astrattamente attribuitogli, e che il giudice, ormai non più strettamente "soggetto" alla legge, abbia guadagnato una posizione di dominanza nell'attività di significazione delle scelte politico-criminali. Ciò ha prodotto evidenti tensioni all'interno dell'edificio penalistico, che hanno indotto gli studiosi a parlare di una vera e propria «crisi della legalità». Con questo scritto, pertanto, si formulerà una proposta per ricondurre a miglior sintesi i due momenti fondamentali della previsione astratta e dell'implementazione in concreto della fattispecie criminosa. A ben vedere, infatti, una volta tramontata la plausibilità descrittiva, oltreché la desiderabilità prescrittiva, di un giudice "bocca della legge", è necessario elaborare nuove strategie volte a salvaguardare in modo funzionale ed effettivo la democraticità delle scelte politico-criminali e le altre garanzie di cui si pone a presidio l'art. 25 Cost. A questo proposito, un contributo significativo potrebbe essere offerto da una più attenta considerazione del volto "processuale" dell'ermeneutica penale: invero, interpretazioni del reato strutturate *ab origine* in funzione dei principi, delle regole e delle concrete dinamiche della loro applicazione processuale, possono offrire migliori prestazioni in termini di razionalizzazione e orientamento delle decisioni giurisprudenziali, offrendo altresì alla dottrina l'occasione di un ruolo più attivo nella gestione della c.d. «crisi della legalità».

Notes on the "judicial usability" of criminal law interpretation

With the loss of vigor of positivist postulates and the complication of the system of legal sources, the impression is that today it is precisely the judicial phase that has acquired an unprecedented position of dominance in the activity of signifying criminal policy choices. With this paper, therefore, a proposal will be formulated to try to reduce the tensions and, therefore, achieve a better interconnection, of the two fundamental moments of "crime introduction" and "crime enforcement". On closer inspection, in fact, once the descriptive plausibility, as well as the prescriptive desirability, of a judge "mouth of the law" has waned, the need arises to identify new ways to safeguard the democratic nature of criminal policy choices as well as individual autonomy functionally and effectively. In this regard, a significant contribution could come from a more careful consideration of the "procedural side" of substantive criminal law hermeneutics. As will be argued, in fact, the formulation of interpretations of the crime structured in such a way as to be compatible also with the principles, rules and modalities that will characterize its procedural application, ensures a better capacity for rationalization and orientation of jurisprudential decisions, also carving out a more active role of the doctrine in the management of the so-called «crisis of the law».

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’acquisita centralità dell’ermeneutica nella penalistica italiana odierna. – 3. La polivalenza del problema ermeneutico. – 3.1. L’interpretazione del reato tra diritto penale sostanziale e processuale. – 3.2. Le tre “razionalità” dell’interpretazione del reato. – 3.2.1. I caratteri dell’interpretazione di diritto sostanziale processualmente praticabile. – 4. Gli effetti «entropici» dei referenti sostanziali impraticabili. – 4.1. La teoria della causalità agevolatrice e il caso limite del concorso esterno. – 4.1.1. Il criterio della strumentalità del contributo concorsuale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.* Nelle prossime pagine si affronterà il tema della c.d. «praticabilità processuale» dei concetti di diritto penale sostanziale e, in particolar modo, delle *interpretazioni* che, per così dire, hanno il compito di concretizzarli¹.

Invero, letta nel quadro delle interrelazioni tra diritto sostanziale e processuale, l’attività interpretativa disvela bene la sua funzione di *tramite* tra il comando o il divieto previsto nella legislazione penale, e la sua attuazione concreta, attraverso gli strumenti del processo. È un ruolo particolarmente delicato, ricco d’implicazioni metodologiche, assiologiche e finanche pragmatiche, che vanno pure comprese e studiate tenendo ben presente che i due piani su cui esse si irradiano – quello sostanziale da un lato, e quello processuale dall’altro – sono prossimi, sì, ma comunque diversi, orientati da logiche e principi non del tutto sovrapponibili, e per giunta governati da plessi istituzionali separati e, talvolta, persino confliggenti².

A ben vedere, la predetta funzione di collegamento che l’attività interpretativa esplica è dotata di una rilevanza giuridica e ordinamentale del tutto peculiare: attraverso di essa, infatti, la *disposizione* può farsi *norma* e in seguito anche *massima di decisione*³, e dunque consente all’attività normopoietica del

¹ Si tratta di un tema su cui si è avuto modo di riflettere in occasione di un recente appuntamento convegnistico, ove allo scrivente, e ad altri interventori, è stato richiesto di discutere del tema del reato tra diritto penale sostanziale e processuale. In quest’ambito, l’ermeneutica penale si è palesata sin da subito quale oggetto di studio particolarmente stimolante, anche per le ragioni che si avrà modo di apprezzare meglio *infra* (il testo integrale dell’intervento, arricchito dalle note e da qualche considerazione ulteriore, verrà pubblicato nella raccolta degli atti del Convegno per Giovannangelo De Francesco, in uscita entro dicembre 2022).

² Specie nel nostro Paese, dove il c.d. «conflitto tra politica e magistratura» è ormai endemico.

³ Si è consapevoli delle criticità che avvincono la distinzione (introdotta da CRISAFULLI, *I principi costituzionali sull’interpretazione e applicazione della legge*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, 1940, 663 ss.; ID., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, 1964, 195 ss.) tra i due concetti di disposizione e di norma (sul punto, brevemente, VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 2009, 320 ss.); nondimeno richiamando questa dicotomia s’intende riprendere l’orientamento comunemente accettato tra i giuristi, secondo cui «la disposizione è fonte della

Parlamento di connettersi a quella applicativa della magistratura. Ora, in materia penale, il modo in cui questo collegamento avviene non è giuridicamente neutro, ma è addirittura regolato dalla Costituzione: anzitutto dall'art. 25, co. 2, ove si prevede il principio della riserva di legge, e dall'art. 101, co. 2, ove si stabilisce che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». A questa stregua, perciò, l'attività interpretativa dovrebbe operare come un “nastro trasportatore” della *voluntas legis* dal Parlamento alla camera decisionale del giudicante. Al modo di una capsula per un farmaco orale, l'interpretazione dovrebbe fungere da *forma giuridica* che permette al documento normativo di penetrare nella – e conformare la – realtà sociale⁴. Pertanto, sarebbe proprio dei giudici soltanto il compito di «serba[re] inviolato il sacro deposito delle leggi»⁵.

Ciò, tuttavia, è precisamente quanto si ritiene non avvenga oggi, con l'interpretazione accusata di essere «strumentalizzata» in fase giudiziale, per raggiungere risultati applicativi che non appaiono supportati dai documenti normativi. Nel tempo presente, dunque, sembra essersi creata una forte tensione tra i due momenti fondamentali del giure criminale, quello della *previsione* e quello dell'*applicazione* della legge, con i principi frutto dell'illuminismo giuridico che appaiono ormai incapaci di mantenere la loro promessa garantistica.

Con questo scritto si proverà a contribuire al dibattito sulla “crisi della legalità”, col proposito di allentare le tensioni tra la riserva di legge e il c.d. «creazionismo giudiziario»⁶, nel segno della migliore garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella vicenda penale. L'idea che sta alla base dello studio, è che sia necessario sfruttare meglio le virtualità positive derivanti da una corretta valorizzazione delle interrelazioni tra i piani del diritto sostanziale e processuale che l'interpretazione del reato è chiamata a mettere in comunicazione. In

norma attraverso l'interpretazione» (G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Milano, 1987, 69; v. inoltre TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980).

⁴ Riprendendo le parole di PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi Marinucci*, 2006, 58, «interpretare correttamente significa far dire al legislatore quel che ha detto, e nulla più», in ossequio a un'idea «della interpretazione della legge come impresa conoscitiva, ineludibile entro l'orizzonte della legalità positiva».

⁵ R. CONFORTI, *Discorso letto il dì 7 gennajo 1869 nella generale assemblea della Corte di Cassazione di Firenze*, Firenze, 1869, 18.

⁶ L'espressione è ripresa dal noto lavoro di FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018.

effetti, come sostanzialisti siamo abituati a collaudare le nostre ricostruzioni sul banco di prova dei principi e delle categorie penalistiche, e tendiamo invece a trascurare quello dei principi e delle regole del processo, da cui pure ne dipende l'applicazione. Questo abito mentale ha facilitato tanto una produzione legislativa, quanto una riflessione dottrinale, spesso irta di concetti e ricostruzioni *impracticabili*, che invece di scongiurare, fomentano il ricorso del decidente alla logica del caso per caso, e dunque a interpretazioni *praeter legem*. Nel prosieguo, pertanto, si abbozzeranno alcune coordinate strumentali a strategie interpretative concretamente spendibili nella prassi, che sappiano cioè declinare i problemi teorici e assiologici propri della parte sostanziale in accordo con le peculiarità e le regole che caratterizzano il processo in cui andranno a essere applicate.

Per farlo, si introdurrà anzitutto il tema dell'attività interpretativa, contestualizzandolo brevemente nel dibattito della penalistica italiana passata e odierna; di esso verranno sintetizzati i nodi problematici principali, per poi impostare una riflessione sulla c.d. «praticabilità processuale», nel quadro di una disamina dei rapporti tra diritto penale e diritto processuale penale. Nella parte conclusiva, si proporrà uno studio casistico, nell'auspicio che possa rendere più chiaro il contenuto delle asserzioni teoriche contenute nei paragrafi antecedenti, terminando il lavoro con alcune considerazioni critiche di sintesi.

2. *L'acquisita centralità dell'ermeneutica nella penalistica italiana odierna.* Per la nostra scienza criminale, l'interesse verso il problema ermeneutico, per così dire «in sé per sé considerato», è affare relativamente recente: a differenza di altre scuole europee⁷, infatti, tradizionalmente esso non è stato oggetto di

⁷Si prenda per esempio la Germania, ove un ampio numero di autorevolissimi studiosi, penalisti, hanno dedicato una parte rilevante della loro attività scientifica specificamente al problema dell'interpretazione: si pensi ad esempio a Gustav Radbruch, a Winfried Hassemer, così come al suo maestro Arthur Kaufmann, oppure a Karl Engisch o a Ulrich Klug (v. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963; HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1967; KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg, 1982, trad. it. *Analogia e «natura delle cose». Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, 2013; KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung*, Heidelberg, 1990, trad. it. *La filosofia del diritto oltre la modernità*, Milano, 2003; KLUG, *Juristische Logik*, Berlino, 2014; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Stoccarda, 1950, trad. it. *Filosofia del diritto*, Milano, 2021).

trattazioni monografiche dedicate. Ciò, però, non significa che il tema sia stato considerato secondario, o in qualche modo trascurabile. A ben vedere, infatti, esiste da tempo⁸ una riflessione molto attenta, e indubbiamente anche molto stratificata, su questioni aventi una ricaduta significativa sull'attività interpretativa, a partire ad esempio dall'ampia e autorevolissima pubblicistica che si è occupata dei principi di determinatezza e di tipicità⁹.

Nondimeno, arrivati ai nostri giorni il dibattito si è decisamente acceso, e l'ermeneutica penale in generale, nonché quella giudiziale in particolare, è divenuta viepiù centrale, stimolando trattazioni ancor più specifiche e focalizzate¹⁰. Il motivo di questo crescente interesse è noto, e può essere fondatamente ricondotto alle tensioni post-moderne a cui è sottoposto il paradigma illuminista e parlamentare della legalità penale. Invero, dal secondo dopoguerra a oggi si possono individuare almeno tre principali *fattori di crisi* del modello di legalità

⁸ Oltre alla risalente, articolata e autorevole saggistica impossibile da riassumere in questa sede (da ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, III, 1933, a NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale (1948)*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 151 ss., a PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi Marinucci*, 2, 516 ss.).

⁹ Solo per rimanere ad alcuni dei classici più noti v. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942. In questo panorama, vi sono però alcune notevoli eccezioni: v. per es. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Milano, 1936, o altresì il volume di BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, ove il concetto di discrezionalità viene adoperato in antitesi rispetto a quello di «interpretazione», poiché si ritiene che nel procedimento ermeneutico vi sia un legame tra il testo di legge e «la norma ricavata dal primo in relazione al caso concreto», mentre l'esercizio della discrezionalità implicherebbe la mancanza di un testo legale, giacché «la norma viene [...] suggerita e imposta dal caso concreto» (BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 101; per una rilettura del pensiero dell'autorevole studioso con riguardo all'ermeneutica penale, si veda per esempio il recente saggio di DONINI, *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in *Lo Stato*, 18, 2022, 359 ss.).

¹⁰ Si pensi alla raccolta di scritti di FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, oppure ai lavori monografici di DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2006; *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Milano, 2005; il più recente volume *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, a cura di Manna, Pisa, 2016, frutto di un PRIN centrato proprio su queste tematiche; ancora, PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019; infine i recentissimi lavori monografici di MAIELLO, *Legge e interpretazione nel "sistema" di Beccaria*, Napoli, 2021; ID, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020, e MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020.

incentrato sul presupposto del giudice «bouche qui prononce les paroles de la loi»¹¹:

- i. In primo luogo, l'avvento delle costituzioni rigide e l'affermarsi del pensiero c.d. «neo-costituzionalista»¹², che in buona sostanza ha trasformato il giudice da «sottoposto» a «valutatore» della legge¹³, permettendogli nel nostro ordinamento sia di *adeguarla* in via interpretativa alla costituzione, sia di stimolare il giudizio di illegittimità costituzionale¹⁴;

¹¹ Cfr. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748, 404, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Milano, 2005. La citazione non è casuale: per quanto se ne sia persuasivamente mostrata l'ambiguità, continua a essere correntemente diffusa l'idea secondo la quale lo schema della separazione dei poteri e la collocazione del giudice «ai piedi» della legge sia stata stabilita proprio nella famosa opera di Charles-Louis de Montesquieu (sul punto si veda per tutti BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 1 ss.; TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, 259 ss.; per una analisi storica e teorica del principio di legalità v. inoltre FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989).

¹² Sulla nascita del concetto v. *ex multis* POZZOLO, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Mat. sto. cult. giur.*, 2008, 2, 405 ss. Come ben esplicito da PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, 966 ss., il concetto di «neo-costituzionalismo» può essere impiegato per descrivere una peculiare forma di stato, una cultura giuridica, una teoria del diritto, una filosofia del diritto o un atteggiamento ideologico e assiologico. In questo scritto lo si è adoperato proprio per descrivere un nuovo «abito mentale», determinato dall'adesione a determinate pratiche e atteggiamenti interpretativi, come l'utilizzo dell'interpretazione adeguatrice, la *Drittwirkung*, l'argomentazione per principi (per alcune considerazioni critiche sul neocostituzionalismo v. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss.).

¹³ Nota DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, 411, come in sostanza il «vecchio giusrazionalismo si è assicurato uno strumento critico “dentro” alle fonti positive statali; ma non in chiave di mera critica (etico)-politica, quanto piuttosto di critica in primo luogo giuridica. Senonché, questa trasformazione culturale ha introdotto uno stile ermeneutico di libertà dal testo che, una volta applicato alle Costituzioni, sgretolava un basamento del giuspositivismo: la soggezione dello stesso giudice alla legge. È stato davvero ingenuo affidarsi alle Carte fondamentali quali garanti del modello illuministico di interprete. Tutti apprendisti stregoni. La Costituzione ha generato una quantità di principi non espressi, ma frutto di una ermeneutica evolutiva inimmaginabile *ex ante*, che occupano oggi la maggior parte dei principi costituzionali penali. Essendo in bonam partem, nessuno ha potuto obiettare nulla. Però il paradigma era ormai generalizzante. Non più “Costituzione-legge”, cioè testo stringente e tassativo da cui dedurre, ma “Costituzione-fonte” di nuove ermeneutiche da cui inferire nuovi principi in uno spazio storicamente aperto».

¹⁴ L'ideale della democrazia liberale, fondata sul primato assoluto della legge e del legislatore quale rappresentante del popolo, è stata ormai sostituita, da una concezione meno radicale, «più incline ad uno stato misto con una integrazione aristocratica della democrazia», garantita dal contributo anzitutto degli organi giurisdizionali, che come noto hanno una legittimazione essenzialmente tecnica (SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Riv. filo.*, 1989, 475; v. inoltre *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006).

- ii. La progressiva costruzione di un ordine giuridico transnazionale multilivello, organizzato secondo un folto reticolo di rapporti normativi (c.d. sistemi a rete¹⁵) tra paesi dotati di grammatiche giuridiche differenti, che da un lato ne ha incentivato il ravvicinamento, producendo una vera e propria contaminazione tra modelli in precedenza ben distinti¹⁶; dall'altro, ha aumentato la quantità e qualità di parametri che la legge è chiamata a rispettare, esaltando ancor di più il ruolo di *judicial reviewer* del decidente¹⁷;
- iii. infine, la maturazione di nuove posizioni teorico-generalì (le c.d. «teorie ermeneutiche del diritto»)¹⁸, che hanno evidenziato i numerosi limiti, se non anche le ingenuità, degli schemi interpretativi deduttivi e logici derivati dal positivismo giuridico classico, dimostrando tra le altre cose il ruolo conoscitivo che il fatto concreto svolge nei confronti del significato

¹⁵ Per una trattazione dell'argomento in ambito penale si rinvia per tutti a DELMAS-MARTY, *Ordering pluralism: a conceptual framework for understanding the transnational legal world*, Oxford, 2009; DONINI, *Lo "ius commune" di un sistema policentrico*, in ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 141 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penali e fonti sovranazionali*, cit.; v inoltre *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di Klabbers-Palombella, Cambridge, 2019, e *L'era dell'interlegalità*, a cura di Chiti-di Martino-Palombella, Bologna, 2022, ove si analizza il sistema giuridico restituito dall'intrecciarsi dei molteplici formanti normativi che innervano lo spazio giuridico globalizzato odierno, proponendo un nuovo schema teorico per meglio esplicitarne le caratteristiche.

¹⁶ Dove il «prima» è riferito alla nota sistematizzazione proposta dal celebre comparatista DAVID, *Traité élémentaire de droit civile comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Parigi, 1950.

¹⁷ In questi sistemi reticolari, infatti, la norma va «scoperta» muovendosi all'interno di un «labirinto» complesso e multilivello (cfr. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit.), che in buona sostanza autorizza il giudice, anzitutto, a compiere interpretazioni adeguatrici rispetto a parametri diversi e ulteriori dalla Costituzione; in secondo luogo, a far ricorso a strumenti inediti come il rinvio pregiudiziale o la disapplicazione della norma interna incompatibile con il diritto eurounitario (per approfondimenti v. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2011, 2249 ss.; MANES-CAIANELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020; *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di FONDAROLI, Padova, 2008; ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 30.03.2009).

¹⁸ Immancabile il riferimento a GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 2010, trad. it. *Verità e metodo*, Milano, 2001; v. inoltre NEUMANN, *Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2009, 51 ss.; VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit.

del precetto, in un gioco di rifrazioni reciproche (c.d. «procedimento a spirale»)¹⁹.

La combinazione di questi tre elementi, assieme ad altri dati in qualche modo relativamente più “contingenti” della nostra realtà legislativa e giudiziaria²⁰, ha contribuito all’abbandono del *milieu* positivista classico²¹, portando in buona

¹⁹ In proposito si veda HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., 104 ss.; KAUFMANN, *Die hermeneutische Spirale*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 2000, 13 ss.; KAUFMANN, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984.

²⁰ In primo luogo, lo scadimento della politica criminale e della legislazione penale nostrana, spesso incentrata sulla logica dell’“espediente”, legata al frenetico fluire delle “variabili” (Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, XLIV) – come dimostra la ricorsività esasperata della legislazione d’emergenza (SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d’Italia. Annali*, 14, 485 ss.) – e dunque ormai cronicamente incapace di esprimere coefficienti di razionalità (in proposito v. inoltre DE FRANCESCO, *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1406). Si consideri, poi, la forse più recente deriva del c.d. «populismo penale», incarnato anche dalla legislazione, inteso come uso «demagogico e congiunturale del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale fonte di consenso elettorale tramite politiche e misure illiberali tanto inefficaci alla prevenzione della criminalità quanto promotrici di un sistema penale disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali» (v. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019). Del resto, risulta ormai in evidente e conclamata crisi anche l’idea illuministica di una democrazia parlamentare come luogo effettivo di confronto pubblico e razionale tra posizioni differenti (v. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 1 ss.; FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, 1247 ss.), e difatti siamo oggi arrivati persino all’approvazione «fiduciaria» di norme stabilite dal Consiglio dei Ministri «salvo intese», quindi in sostanza neppure dibattute in quella sede (si pensi alla recente riforma dell’art. 323 c.p. realizzata dal d.l. n. 76 del 2020). Sulle tematiche più sensibili, poi, ci si è arenati in una costante impossibilità di decidere. Allo scadimento della politica criminale e della legislazione penale, si accompagna quale non sorprendente contraltare, il crescente interventismo nella vita politica, sociale ed economica, di alcune componenti della magistratura (sul punto v., con diverse prospettive, FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; GUARNIERI-PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, 1997; PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo delle virtù*, Bari, 1998). Un attivismo talvolta militante, che si inserisce spesso nei vuoti decisionali della politica, e che in alcuni casi è addirittura “istigato” dallo stesso legislatore, ad esempio attraverso normative penali popolate da clausole vaghe ed “elementi valutativi”, che scarnificano il tipo legale e, a conti fatti, si trasformano in vere e proprie deleghe in bianco nei confronti dell’attività decisionale del giudice (sul punto v. inoltre *infra*, par. 3.2.1). Ma è un fenomeno, questo, che si nutre pure di atteggiamenti propriamente «protagonistici», motivati talora da posture populistiche e, in senso lato, antipolitiche (si veda per tutti, più di recente, FIANDACA, *Populismo*, cit.; MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022).

²¹ Dove il *Tribunal de Cassation* era concepito quale organo del potere legislativo (*auprés du corp législatif*) per il controllo del rispetto della legge da parte dell’autorità giudiziarie, l’interpretazione era guardata con sospetto e ostilità («Interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel di più è la misura della facoltà legislativa che si arroga il giudice. Dunque l’interpretare la legge fa diventare legislatore il giudice» cfr. VERRI, *L’interpretazione della legge*, in *Opere varie*, 1847, 208; «Nemmeno

sostanza al «progressivo spostamento nelle mani del potere giudiziario [...] delle strategie di politica criminale e delle conseguenti opzioni penalistiche»²².

3. *Nuovi modelli ermeneutici e vecchie garanzie penalistiche.* L'acquisita consapevolezza del «tendenziale predominio»²³ del momento interpretativo e applicativo-giudiziale nel processo di significazione della politica criminale, ha indotto parte della dottrina a segnalare immediatamente i rilevanti problemi di tenuta della «specificità funzionalistica della legalità penale», che non serve “soltanto” ad assicurare il monopolio del Parlamento²⁴, o a garantire la

l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori [...] Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie», affermava BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Castelveccchi, 2017, 42 ss.), se non addirittura sostanzialmente vietata (essendo generalmente riconosciuta «la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter», cfr. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801). In effetti, come osserva MAIELLO, *Legge e interpretazione nel “sistema” dei delitti e delle pene*, in *www.discrimen.it*, 18 novembre 2020, «il filo rosso che attraversa il discorso si avvolge tutto intorno al pregiudizio che l'interpretazione - intesa come sopra, dunque avente efficacia “corruttrice” la portata della legge (e, dunque, equivalente all'*analogia legis*) - determina sulle libertà degli uomini». Oggi, invece, è ormai corrente l'idea che la legge non costituisce più «tutto il diritto», ma solo una sua parte (v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 213).

²² Il virgolettato è tratto da INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio, Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 2015, 223 ss.

²³ Cfr. FIANDACA, *Il diritto penale*, cit., 21 ss.

²⁴ Come ricordano le pagine - davvero d'altri tempi - di DELITALIA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 969 ss., la riserva di legge assicura che le decisioni sul *cosa ed entro quanto* punire siano prese dall'unica istituzione rappresentativa della *voluntas populi*, in cui anche «le voci discordi dell'opposizione possono far valere (si potrebbe aggiungere, democraticamente) le loro istanze, e contrastare la “dittatura della maggioranza”». D'altra parte, come ricorda COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. fior.*, XXXVI, 2007, 2 ss., la legge viene collocata al centro della riforma penale moderna, perché «solo alla legge, sembra possibile chiedere il raggiungimento di due obiettivi fondamentali: ridisegnare secondo “ragione” l'area del penale (introducendo una disciplina chiara, sistematica, sorretta da pochi e fondamentali principi) e offrire ai cittadini (grazie ai caratteri della scrittura, della chiarezza e della pubblicità che la legge deve possedere) una conoscenza previa e certa delle conseguenze delle loro azioni». Nondimeno, la realtà fattuale della dialettica Parlamentare che sta a monte della formulazione legislativa (v. anche *supra*, nt. 20), nonché la tecnica normativa adoperata a valle per la stesura dei documenti normativi (v. *infra*, par. 3.1), sono molto lontane da queste enunciazioni di principio, e il protrarsi di questa “distanza” nel tempo sembra indicativa di uno scarto non recuperabile, radicato nelle dinamiche più profonde che informano il funzionamento delle moderne democrazie pluraliste (a riguardo si rinvia per tutti a GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, ove ben ci si sofferma anche sulla criticabilità dell' «assillo moderno per la legalità»).

predeterminazione tecnica della *regola iuris*, ma anzitutto a proteggere «il singolo imputato di fronte alle molteplici pulsioni punitive che il giudice potrebbe altrimenti veicolare»²⁵. In effetti, com'è stato autorevolmente sostenuto, l'accoglimento dei nuovi modelli ermeneutici sembra condurre a una vera e propria ridefinizione della «struttura del *nullum crimen sine lege*, secondo una sagoma molto distante dal modello “rigido”, legalistico e Stato-centrico ereditato dall'illuminismo giuridico, e sempre più vicina al paradigma *flo*, sostanzialistico e *Rights-based* accolto nella giurisprudenza della Corte EDU, dove al diritto giurisprudenziale – come si sa – è attribuito un ruolo coprotagonistico al fianco della legge»²⁶.

Ebbene, di fronte a queste profonde trasformazioni, pensare di poter assumere posizioni in qualche modo anti-storiche, tornando a predicare un legalismo

²⁵ Cfr. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionato dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *www.discrimen.it*, 4 settembre 2018, 161 ss., che prosegue inoltre affermando come sia «una giuridicità eminentemente “contenitiva” quella espressa dalla legge penale. La quale [...] non crea in positivo la fattispecie giuridica, ma la genera piuttosto per restrizione. È ben vero infatti che non esiste *crimen sine lege*: ma solo perché quest'ultima, eliminando parte di ciò che altrimenti si considererebbe comunque illecito, ne lascia residuare solo il nucleo essenziale».

²⁶ MANES, «Common law-isation del diritto penale»? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 ss.; v. inoltre VIOLANTE, *Verso un giudice di common law?*, in *Criminalia*, 2016, 239 ss.

vetero-positivista, non sembra una strada proficua²⁷, e neppure percorribile²⁸. D'altra parte, tentare "fughe in avanti" verso una *rule of law*orfana della *prævia lex poenalis stricta et scripta*, dunque tutta sbilanciata sul versante della prevedibilità e accessibilità delle decisioni giurisprudenziali, non è certamente auspicabile. Anzitutto, nel nostro ordinamento questi principi non verrebbero rinsaldati dalle necessarie garanzie di tenuta del precedente (c.d. *stare decisis*)²⁹

²⁷ Non si può essere sordi dinanzi alle criticità del modello positivista messe in luce, tra l'altro, anche dalle teorie ermeneutiche del diritto (v. *supra*, par. 2). D'altra parte, come registrato dallo stesso FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013, 19, autore che come visto *supra* si è pure dimostrato molto critico verso quelle stesse correnti interpretative (neo-costituzionali ed ermeneutiche) più recenti, «presa alla lettera o addirittura scambiata per una tesi descrittiva, [l'idea del giudice bocca delle legge] è una formula ideologica, basata su una teoria del giudizio grossolana e insostenibile, che oltretutto rischia di servire a deresponsabilizzare i giudici, occultandone le inevitabili scelte comunque determinate dal carattere opinabile dell'interpretazione della legge e dal carattere probabilistico dell'induzione probatoria» (sul punto v. inoltre FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Mat. sto. cult. giur.*, 2015, 145, dove parla di «modello normativo limite, mai realizzabile e perciò utopistico», affermando però che «quelle massime, benché ingenue e insostenibili se prese alla lettera, allorché furono pronunciate intendevano esprimere un principio rivoluzionario: il principio della massima garanzia della persona contro l'arbitrario dispotismo dei giudici». Si potrebbe però aggiungere, un conto sono le intenzioni, un altro, invece, i risultati che da esse, nella loro versione originaria e dunque "ingenua", si possono continuare a ritrarre nel sistema odierno). Insomma, non è davvero più possibile svalutare «il significato del ruolo istituzionale della magistratura come fonte del diritto, non della legge evidentemente, e come legittima portatrice di indirizzi di politica interpretativa subordinata alla legge e alla Costituzione, ma dotata di margini di autonome decisioni» (v. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 11 ss.; v. inoltre ID., *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero*, 2019, 45 ss.; GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 121 ss.). Per le opportune precisazioni, con tanto di sommarie esemplificazioni, in ordine ai momenti inevitabilmente «discrezionali» della decisione giudiziaria, costituiti dai «molti e diversi atti di scelta non vincolata e non predeterminata che il giudice pone in essere per giungere alla decisione», che non possono perciò essere semplicisticamente accostati a casi di creazionismo per così dire arbitrario della giurisprudenza, si rinvia per tutti a TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 196 ss.; v. inoltre PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1249 ss.

²⁸ Lo registra tra i tanti anche GARGANI, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss., osservando come «non appare, in effetti, proficuo indulgere in nostalgiche mitizzazioni, rievocative di una presunta "Arcadia" o "age d'or" della legalità penale, idealizzando quello che appare, semmai, un percorso di affermazione particolarmente tormentato, nel quale, sul piano dell'essere, lo spazio dell'illegalità supera da sempre lo spazio della legalità»; anche «l'irrigidimento fideistico sul carattere assoluto della riserva» - anzi, per dirla con DELITALIA, *Cesare Beccaria*, cit., 969 ss., sulla sua natura «stretta, assoluta» - «è destinato ad assecondare gli imprevedibili sviluppi di un approccio "giustizialista", aperto alla forza normativa del fattuale» (*contra* v. per es. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 maggio 2018).

²⁹ Per dirla con FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Bari, 2013, 135, nel nostro sistema la stabilità del precedente si basa solamente sulla loro «autorevolezza o plausibilità sostanziale, e non già in una

proprie delle esperienze giuridiche in cui siffatte prospettive vengono coltivate da più tempo³⁰. In tal senso, anche la recente introduzione dell'obbligo a carico delle Sezioni semplici, di rimettere la decisione alle Sezioni Unite qualora non ritengano di dividerne un principio di diritto già enunciato e pertinente al caso in decisione (cfr. art. 618, co. 1-*bis* c.p.p., introdotto dalla l. n. 103 del 2017), per quanto risulti certamente apprezzabile, appare ancora ben lontano dal raggiungere un simile obiettivo³¹. In secondo luogo, specie in un sistema *a base legale* come il nostro, se si pensasse di poter fare a meno della determinatezza dei precetti, si dovrebbe, a tacer d'altro, necessariamente mettere in conto che la prevedibilità e l'accessibilità delle applicazioni verrebbe raggiunta dalla giurisprudenza in via puramente autopoietica, e dunque, possibilmente, a seguito di molteplici decisioni «imprevedibili»³². Una situazione di questo tipo, però, genererebbe conseguenze davvero indesiderabili:

- i. qualora venisse data piena rilevanza al c.d. «mutamento giurisprudenziale sfavorevole»³³, alla stregua di una nuova incriminazione inapplicabile retroattivamente, si produrrebbero gravi inefficienze nella repressione

qualche loro autorità formale quale è quella che compete al potere legislativo». Conseguentemente, il c.d. «precedente giudiziario» ha valore «essenzialmente persuasivo», e può essere disatteso «in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione» (cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in www.giurcost.org).

³⁰ Da un punto di vista ordinamentale-istituzionale, infatti, il nostro giudice è pensato come «soggetto alla legge» ma non anche alla «giurisprudenza».

³¹ Sul punto v. cfr. art. 618 c.p.p., co. 1-*bis*, introdotto dalla legge n. 103 del 2017; a riguardo si veda CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 Cpp: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in lalegislazionepenale.eu, 16.07.2018; FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 gennaio 2018; POLLERA, *Le Sezioni unite penali e il principio di diritto*, in *Cass. pen.*, 2019, 12, 4546 ss.; in senso maggiormente critico LANZI, *Il caos punitivo e la nomofilachia: una medicina o un inutile accanimento terapeutico?*, in *Ind. pen.*, 2018, 1 ss.

³² Lo ha ricordato anche la Corte costituzionale, quando ha precisato che «l'esistenza di interpretazioni costanti non valga, di per sé, a colmare l'originaria carenza di precisione del precetto penale», potendo però «assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta di un ordinario procedimento ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa» (cfr. Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327, in www.giurcost.org).

³³ Come noto, contro questa eventualità si è già espressa Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in www.giurcost.org, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non stabilisce la revoca della pronuncia di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale, intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che escluda che una certa tipologia di fatto sia prevista come reato.

penale, con le politiche criminali che in sostanza si troverebbero a essere compiutamente attuate soltanto dopo una sorta di aleatoria “sperimentazione applicativa” destinata a durare indefinitamente, sino alla consolidazione (foss’anche relativa) di un determinato indirizzo ermeneutico; invece,

- ii. rimanendo le cose nello stato in cui sono, si lascerebbero i “primi imputati” in balia dei flutti giurisprudenziali, equipaggiati unicamente della zattera della Medusa offerta dall’art. 5 Cp.³⁴.

Per ragioni diverse, la scelta tra i due opposti modelli della *rule of law* sembra dunque condurre a esiti piuttosto insoddisfacenti, almeno nel nostro contesto ordinamentale. Appare più opportuno, allora, lavorare per meglio coniugare il momento della «determinatezza» della legge con quella della «prevedibilità e accessibilità»³⁵ della decisione giurisprudenziale, e quindi per allentare le tensioni che si sono generate tra le diverse impostazioni di cui questi principi sono frutto. È necessario adottare un’ottica pienamente “olistica”, capace cioè di pensare, o ripensare, garanzie e categorie, alla luce delle logiche, dei principi e delle metodologie che caratterizzano i due diversi momenti della *previsione* e dell’*applicazione* della legge penale. In sostanza, nel momento in cui si riflette sul reato, si deve cominciare a riflettere anche sull’applicazione del reato, e dunque sugli strumenti, sulle procedure, e sulle istituzioni incaricate di confermarlo controfattualmente³⁶.

³⁴ È vero, di strada ne è stata fatta dal principio di «ignorantia legis non excusat», ma le capacità performative dell’art. 5 Cp. di fronte al problema della prevedibilità e accessibilità delle decisioni giurisprudenziali si sono dimostrate davvero deludenti (anche a causa dell’interpretazione particolarmente restrittiva data alla disposizione dalla giurisprudenza, v. per tutti MASSARO, *Determinatezza della norma*, cit., 152 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2014, 107 ss.; VALLINI, voce *Culpa iuris*, in *Enc. dir.*, 2022, 364 ss.).

³⁵ Sui noti concetti di «predictability» e «accessibility» quali profili della «rule of law» penale convenzionale (art. 7 CEDU) si veda per esempio MANES-CAIANELLO, *Introduzione*, cit., 261 ss.; VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente delle fonti penali»*, a cura di Paliero-Moccia-De Francesco-Insolera-Pelissero-Rampioni-Risicato, Napoli, 2016, 213 ss.

³⁶ Secondo la nota accezione luhmaniana del concetto (LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Baden-Baden, 1993 trad. it. *Il diritto della società*, Torino, 2013), come declinata in ambito penale da JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004, quale riaffermazione della norma violata attraverso il suo *enforcement* (la norma «vige a livello sociale non soltanto quando viene osservata, ma anche quando viene riaffermata controfattualmente», cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 114),

3.1. *L'interpretazione del reato tra diritto penale sostanziale e processuale.* Tra gli addetti ai lavori è ben diffusa la consapevolezza che il diritto penale sia un diritto a funzionamento processuale³⁷: sembrano davvero pochi, infatti, gli spazi in cui esso può trovare compiuta attuazione senza l'intervento dell'autorità giudiziaria³⁸. In tal senso, si potrebbe quindi facilmente convenire che «il momento concettuale a partire dal quale il diritto penale inizia ad erigere le sue fondamenta è il momento storico a partire dal quale il processo attiva i propri meccanismi»³⁹. Se l'autorità giudiziaria non si mette in azione, dunque, il diritto penale sembra destinato a rimanere una vana enunciazione cartacea⁴⁰.

che viene poi dall'autore addirittura elevata a funzione "ultima" della pena (teoria c.d. «sistemico-funzionale» della pena, v. ID., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003; in proposito si rinvia alle osservazioni critiche di BARATTA, *Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 5; MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quad. sc. penal.*, 2005, 97 ss.).

³⁷ V. per es. il celebre lavoro di PALAZZO, *Testo, contesto e sistema*, cit., 517, ove si evidenzia per l'appunto il «carattere necessariamente giudiziale del diritto penale applicato», che dunque vive e vige essenzialmente attraverso la *regula iuris* «che il giudice ricava dalla legge nel momento giurisdizionale dell'accertamento di responsabilità» (v. inoltre, tra i tanti, FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, 2007, 15, secondo cui «tutto ciò che è penalmente rilevante è anche per ciò solo processualmente rilevante»).

³⁸ Ad ogni modo quest'affermazione, se intesa in termini assoluti, si rivela piuttosto datata. Invero, oggi esiste anzitutto il c.d. «sistema 231», imperniato proprio sull'implementazione e l'efficiente attuazione extraprocessuale dei modelli di organizzazione e gestione. Più in generale, i fenomeni che hanno contribuito a innescare la c.d. «crisi della legalità», e in particolare quelli commessi al diritto europeo e all'influenza «normativa» dei mercati globali, hanno amplificato, anzitutto, fenomeni di eterointegrazione della norma penale a opera di fonti-sub legislative amministrative da soggetti e/o autorità non giudiziarie (v. ad es. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022; FERRARESE, *Crisi della normatività: vecchi e nuove prospettive del diritto penale*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di Donini-Insolera, 2005, 115 ss.; NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La Crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Torino, 2010). Infine, non si può non menzionare le misure di prevenzione penali ma ad amministrazione extraprocessuale, come nel caso del foglio di via obbligatorio e l'avviso orale, disciplinate nel d.lgs. n. 159 del 2011.

³⁹ Cfr. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di Foffani-Orlandi, Bologna, 2016, 83.

⁴⁰ Sui rapporti tra diritto sostanziale e processo, oltre ai riferimenti già indicati e a quelli contenuti *infra*, nt. 44, si veda «*Alla prova dei fatti: i rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo*», in *Dir. pen. cont.*, 2, 2016; *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di Foffani-Orlandi, Bologna, 2016; *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di De Francesco-Marzaduri, Pisa, 2016; «*Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*», a cura di Caputo-Forti-Verraso, Milano, 2014; BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone, III*, Milano, 1991, 55 ss.; BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 453 ss.; GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo*, in *Criminalia*, 2016,

Ora, per quanto condivise possano apparire simili considerazioni, almeno a livello di dibattito penalistico corrente non sembrano esserne ancora state tratte le debite implicazioni. Invero, complice forse la consolidata distinzione accademica tra le due componenti del giure criminale⁴¹, sembra non ancora pienamente maturata, nei sostanzialisti, la necessità di instaurare un dialogo compiuto con la *pars* processuale, o anche solo di rendere più compatibili, dopo una considerazione sia pure tacita, le ricostruzioni e le interpretazioni del reato con i principi e le regole che caratterizzano il momento invece «attuativo-applicativo» del diritto penale. *Ubi maior, minor cessat*, si potrebbe dire: il penalista delinea e ricostruisce, e il processo, in silenzio, dovrebbe ascoltare, adattarsi ed eseguire.

Come se sottotraccia operasse tutt'ora l'influsso di un positivismo piuttosto ortodosso (e utopico⁴²), l'impressione è che si concepisca ancora la fase giudiziale alla stregua di un «servo muto»⁴³, ossia di un agente incaricato meramente di riportare a valle le conseguenze di un fenomeno, il reato, già preesistente nella realtà, e di cui perciò non resta che prendere atto (c.d. dogma della «strumentalità» del processo).

Le cose, tuttavia, non stanno esattamente così, anzi non stanno affatto così. A registrarlo è stata proprio una parte della dottrina penalistica, attraverso lo studio di quei fenomeni che sono stati denominati di c.d. «processualizzazione»

303 ss.; GAROFOLI, *Il servo muto e il socio tiranno. Evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1457 ss.; *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, a cura di Garofoli, Milano, 2005; NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del diritto penale*, Padova, 1989, 181 ss.; v. inoltre PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951 ss., e ID., *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 517 ss., contributi che si focalizzano più specificamente sul problema della prescrizione.

⁴¹ Sul punto v. per tutti *Diritto e processo*, cit.; PISANI, *L'autonomia didattica della procedura penale in Italia*, in *Ind. pen.*, 1967, 127 ss.; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.

⁴² Che segue, per usare le parole di FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss., il «sogno vetero-illuministico di legar le mani al giudice penale, riducendolo a passivo esecutore della volontà legislativa: un sogno verosimilmente sempre destinato a non avverarsi».

⁴³ L'efficace espressione è tratta da PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 529.

del diritto penale sostanziale⁴⁴, ove cioè «i fattori processuali, attraverso la loro rilevanza sintomatico-probatoria, sostituiscono i corrispondenti elementi oggettivi, che in realtà non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, cosicché il profilo dell'accertamento si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto o della categoria penalistica, secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale»⁴⁵. Le esemplificazioni che vengono fatte sono le più diverse: la commistione tra struttura e indicatori nella ricostruzione del dolo, la smaterializzazione dell'atto d'ufficio nell'art. 319 c.p., l'accertamento dell'"evento psichico"⁴⁶ nel delitto di atti persecutori, e così via⁴⁷.

Ecco allora che da «servo muto» che lo si era reputato, il processo si rivela un vero e proprio «socio tiranno», capace di condizionare addirittura il contenuto stesso delle categorie sostanziali, al fine di renderle più congeniali alle proprie esigenze interne.

Invero, questo apparente ribaltamento dei fronti tra diritto penale sostanziale e processuale non costituisce il frutto di una contingenza recente. Viceversa, esso appare coerente con l'originaria *dimensione processuale* da cui il diritto penale sostanziale ha preso le mosse. Come messo in luce da autorevole dottrina, infatti, la scienza criminale ha compiuto i suoi primi passi in un periodo storico, quello del c.d. «diritto comune», caratterizzato da un'assoluta centralità del momento processuale-applicativo, che veniva conseguentemente adoperato quale riferimento fondamentale anche nella formulazione dei concetti giuspenalistici: l'esempio più evidente è dato dalla costruzione della nozione di *Tatbestand*

⁴⁴ Si vedano in particolare i lavori di FIORE, *La teoria generale del reato*, cit., *passim*; GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità, «oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Legisl. pen.*, 2013, 839 ss.; PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità*, cit., 540 ss.; PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di Foffani-Orlandi, Bologna, 2016, 93 ss.; v. inoltre RUGGIERI, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una nuova relazione*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017 89 ss., con particolare riguardo alla rilevanza «sanzionatoria» del processo; VOLK, *Diritto penale ed economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 479 ss., con esemplificazioni nel settore del diritto penale dell'economia.

⁴⁵ GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., 844.

⁴⁶ Sul problema dell'accertamento degli elementi "psichici" v. *La prova dei fatti psichici*, a cura di De Francesco-Piemontese-Venafro, Pisa, 2010.

⁴⁷ Per ulteriori esempi si rinvia a GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., 844 ss.; PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità*, cit., 540 ss.; SOTIS, *Formule sostanziali*, cit., 1150 ss.

(fatto tipico) a partire da quella, prettamente processuale, di *corpus delicti*; una nozione che difatti conserva la distinzione metodologica tra fatto e autore, «tra *factum e faciens*», su cui si imperniavano i due momenti della *inquisitio generalis* (dedicata a verificare che un reato fosse stato effettivamente commesso) e *specialis* (finalizzata ad accertare che il reato fosse stato commesso dall'indagato)⁴⁸.

In definitiva, l'ipotesi principale su cui intendiamo costruire questo studio è che alla base delle moderne - o per meglio dire post-moderne - tensioni che agitano il principio di legalità penale, risieda anche una non piena, o non abbastanza diffusa, capacità di valorizzare la relazione di reciproca e forte funzionalità tra i due piani del diritto penale, trasformandola - da denunciato motivo di disfunzioni - in dato oggettivo da «governare» con consapevolezza e persino ottimizzare, nella prospettiva di virtuosi ripensamenti metodologici. In effetti, con l'avvento del positivismo giuridico si è preteso di «mettere in soffitta» quella relazione, *prescrivendo* in sua vece un rapporto di strumentalità unilaterale tra sostanza e processo che, nel tempo, ha finito pure per essere equivocamente assunto alla stregua di una sorta di legge fisica del giure criminale; o ha comunque continuato implicitamente a influenzare, nonostante un suo rigetto sul piano teorico generale, l'approccio, il metodo e le prassi degli esegeti del diritto penale.

La scarsa cura per le esigenze proprie della fase processuale-applicativa - in passato trattata in subordine sul presupposto almeno della chiarezza e razionalità della legge⁴⁹ - traspare oggi bene, su altro ma complementare fronte, dall'impiego disinvolto di una tecnica legislativa a dir poco sconnessa,

⁴⁸ GARGANI, *Dal corpus delicti*, cit., 157 ss.

⁴⁹ Vale la pena rammentare, riprendendo anche le considerazioni già svolte *supra*, nt. 21, che secondo il paradigma giuspositivista, le leggi dovrebbero essere tali da, in qualche modo, *sottrarsi* all'interpretazione, mentre invece (almeno) la legislazione penale recente alla interpretazione si consegna, come visto, scientemente e "a piene mani" (ad esempio quando rinuncia alla depenalizzazione in astratto a favore di quella in concreto, oppure quando insedia sempre più elementi valutativi nelle fattispecie incriminatrici, e così via, v. *supra*, nt. 20), nel tentativo di scaricare verso l'esterno le tensioni derivanti da decisioni politico-criminali che il legislatore è reticente a compiere sino in fondo. Pertanto, anche se si volessero osservare *integralmente* i postulati del teorema su cui sovente ci si arrovela, e della cui violazione ci si indigna, gran parte delle leggi penali odierne non sarebbero neppure considerabili «leggi» nel senso avuto a mente dagli illuministi.

caratterizzata spesso da rimandi labirintici ad altre legislazioni, dall'utilizzo di clausole generali e di disposizioni sanzionatorie⁵⁰, e più in generale da articolati «oscuri, mal formulat[i], di contenuto ambiguo e polisenso»⁵¹, che si sovrappongono spesso con altri precedenti e non debitamente coordinati⁵². Una legislazione penale da «azzecca-garbugli», insomma, a dispetto dei precetti costituzionali che la vorrebbero chiara e comprensibile, che dà agio a interpretazioni complesse, di ardua accessibilità e scarsa univocità. In definitiva, quali ne siano le cause, ha buon gioco uno studioso del calibro di Giovannangelo De Francesco a denunciare «ricostruzioni sempre più complicate e “barocche” degli elementi dell'illecito, come tali difficilmente fruibili in sede processuale, dove ciò che dovrebbe contare è un'operazione, sul piano probatorio e di qualificazione giuridica, la più lineare e trasparente possibile»⁵³.

Il diritto penale, dunque, sembra aver assunto forme e contenuti più settari e autoreferenziali, con l'interpretazione del reato che è andata viepiù smarrendo la sua invece essenziale *efficacia comunicativa*, specie nei confronti della prassi. Si è ritenuto, in definitiva, che non fosse necessario “farsi intendere”; in ossequio (fosse pure non dichiarato) all'approccio positivista, si è data per scontata

⁵⁰ In proposito si rinvia per tutti agli autorevoli contributi di AMATO, *Principi di tecnica della Legislazione*, in *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, a cura di D'Antonio, Padova, 1990, 47 ss.; CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 307 ss.; DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss.; *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, in *Foro it.*, 1985, 233 ss.; *Omnis definito in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di Cadoppi, Padova, 1996; RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 152 ss.; immancabile, poi, il riferimento a FILANGERI, *La Scienza della Legislazione*, Napoli, 2003; con specifico riguardo alle clausole sanzionatorie si veda l'interessante e agile contributo di CASTRONOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2012; v. inoltre KLAB, *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, 122 ss.; NAUKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973.

⁵¹ DE FRANCESCO, *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, in www.la-legislazionepenale.eu, 19 marzo 2020, 2.

⁵² Osserva DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisdizione, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cass. pen.*, 2016, 857, che «la legge risulterà, allora, tanto più “determinata”, quanto più si rinunci alla scelta di “lasciar convivere” il *novum* normativo con l'eredità della tradizione: a quella scelta, cioè, che si risolve nel “cambiare” senza “innovare”, nell’“aggiungere” senza “sostituire”, nell’“aumentare” la “capienza” delle previsioni sul presupposto che una rigorosa selezione dei fatti non possa accordarsi con l’urgenza di una risposta averi o presunti “bisogni di pena”».

⁵³ DE FRANCESCO, *Introduzione*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di Marzaduri-De Francesco, 2016, 3.

l'esistenza di una sorta di "legge di gravità" processuale, capace di *riportare a terra* tutto ciò che piove dall'alto, dall'empireo della sostanza.

Nondimeno, arrivati ai giorni nostri, l'illusione non ha retto, ed è crollata definitivamente sotto il peso dei nuovi sistemi reticolari e delle acquisizioni dell'ermeneutica giuridica⁵⁴.

I tempi sembrano maturi, allora, per ricostruire il quadro delle garanzie individuali verso il potere punitivo, garanzie germinate dal predetto postulato della strumentalità unilaterale, partendo dal dato di fatto della funzionalità reciproca tra diritto penale sostanziale e processuale. Per i penalisti, ciò significa predisporre a superare gli steccati tra le due discipline⁵⁵, a favore di una visione compiutamente «integrata»⁵⁶ del giure criminale, alla stregua della quale il diritto penale venga sempre considerato attraverso il processo, che ne costituisce la condizione essenziale di funzionalità e significanza⁵⁷.

Del resto, come la semiotica giuridica ha rilevato da tempo, la particolarità del linguaggio che adoperiamo è proprio di aver bisogno dell'intervento di una «autorità» per funzionare correttamente: è un linguaggio che si può definire «amministrato», poiché necessita proprio di un *amministratore*, e in particolare del giudice, affinché si raggiunga la concordia sul significato dei suoi predicati

⁵⁴ V. *supra*, par. 2.

⁵⁵ V. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. Crim.*, 1980, 454 ss.; DE FRANCESCO, *Nuove frontiere negli studi di diritto comparato (in margine ad un recente volume sui principi generali del sistema inglese)*, in *Giur. it.*, 1994, 4, 5 ss.

⁵⁶ Cfr. MAIELLO, *Dritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, 285 ss.

⁵⁷ Cfr. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 237. Del resto, talvolta, seppur molto settorialmente, si è già dato prova di saper ricondurre a sintesi questi due momenti: si pensi al tema del *nemo tenetur se detegere*, che viene correntemente declinato anche in senso sostanziale dalla maggior parte dei penalisti (v. per es. M. MANTOVANI, *Profili attuali del nemo tenetur se detegere in senso sostanziale*, in www.discrimen.it, 14 ottobre 2021, e in *Liber Amicorum Nicola Mazzacava* (in corso di stampa); PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss.; TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2013; ZANOTTI, «*Nemo tenetur se detegere*»: *profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 178 ss.).

normativi⁵⁸, e dunque per funzionare come linguaggio condiviso⁵⁹. Questa considerazione, che è vera per il diritto in generale, è tanto più vera per un diritto, come quello penale, che come detto conosce scarse possibilità di attuazione al di fuori del momento autoritativo-istituzionale⁶⁰.

In un quadro siffatto, perciò, l'interpretazione del reato si carica di nuove responsabilità, cambiando completamente ruolo. Da cinghia di trasmissione delle volontà del Parlamento verso la camera di consiglio del giudice - ove quella volontà sarebbe tal quale trasformata in "dispositivo per il caso concreto" in virtù di un apporto meramente tecnico-applicativo - essa diventa, invece, la ruota dentata fondamentale per armonizzare i due diversi movimenti, sostanziale e processuale, che compongono un meccanismo del giure criminale ben più articolato e pluridirezionale, nelle sue connessioni e dinamiche interne.

3.2. *Le tre "razionalità" dell'interpretazione del reato.* Messe da parte le petizioni di principio sulla «strumentalità unilaterale», la relazione tra le due *pars* del giure punitivo può dunque essere considerata per quello che effettivamente è, ossia un rapporto di reciproca funzionalità. La presa d'atto di questo stato delle cose, impone il ripensamento dei parametri di validità delle ricostruzioni ermeneutiche, nella prospettiva della valorizzazione della doppia «veste» della legalità. In altre parole, l'interpretazione che fa da tramite tra i due momenti giuspenalistici e che dunque connette le attività dei due organismi costituzionali - Parlamento e Magistratura - deve *sin dall'origine* essere organizzata e strutturata non soltanto per rispettare i principi e le categorie che improntano la

⁵⁸ Per approfondimenti si rinvia a BELL, *The Institutional Constraints on Particularism, in The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, a cura di Bankowski-Maclean, Aldershot-Burlington, 2006, 41 ss.; JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto*, 1995, 109 ss.; JORI-PINTORE, *Manuale di Teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 338.

⁵⁹ Del resto, come messo ben in luce tra gli altri anche da PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti*, cit., 662 «Il mondo del diritto penale (ma potremmo dire: del diritto in genere) non è un mondo di interpreti distaccati e freddi; è in gran parte un mondo di soggetti fortemente coinvolti rispetto ai risultati dell'interpretazione, e che portano nel gioco delle interpretazioni interessi molto consistenti, come parti d'un processo (accusatore o difensore) o come rappresentanti di gruppi d'interesse». In definitiva, perciò, senza la presenza di questi peculiari momenti autoritativi di determinazione dei contenuti, non vi sarebbero neppure le condizioni pragmatiche per ritrarre significati univoci dai documenti normativi.

⁶⁰ V. *supra*, par. 3.1.

sostanza del giure criminale⁶¹, ma anche per trovare una compiuta applicazione nel processo.

Volendo schematizzare⁶², devono essere ben tre le «razionalità», per riproporre la celebre espressione weberiana⁶³, che l'interpretazione del reato deve, al contempo, saper rispettare e saper far dialogare:

- i. la razionalità teorica, sintetizzabile come “coerenza”;
- ii. la razionalità assiologica, denominabile “aderenza”; e infine
- iii. la razionalità processuale, o più semplicemente “praticabilità”.

La c.d. “coerenza” allude al piano della teoria del reato, e in sintesi si risolve nella verifica di congruità delle nozioni impiegate, e delle asserzioni proposte, rispetto a dati di sistema e dogmatici consolidati, alle categorie e agli istituti generali del diritto sostanziale.

La “aderenza”, invece, attiene a un giudizio di conformità rispetto ai principi che presiedono la materia penale. Si tratta di parametri enunciati espressamente o ricavati implicitamente da documenti normativi avente rango differente (internazionale, europeo, costituzionale, di diritto internazionale pattizio, e così via), rispetto al quale ciascuna interpretazione deve dimostrarsi adeguata: si pensi ai principi di materialità e di offensività, oppure a quello di «personalità» della responsabilità.

Questi due piani sono già, in verità, il pane quotidiano del criminalista, e difatti le interpretazioni *incoerenti* (talvolta meritorio frutto di ricostruzioni creative e sfidanti rispetto allo *status quo*, si pensi ad esempio alle scarse sorti, in Italia, della teoria finalistica dell'azione⁶⁴, o su tutt'altro piano all'affascinante e

⁶¹ Come messo in luce da PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1209 ss., l'edificazione delle categorie dogmatiche classiche è stata costruita proprio sull'esegesi delle disposizioni di legge penale.

⁶² Va al di là delle intenzioni dello scritto, oltretutto delle possibilità dello scrivente, fornire una compiuta canonizzazione metodologica di questo (non si direbbe nuovo, ma) diverso modo di pensare e operare, su cui del resto si sono già intrattenuti altri ben più autorevoli, esperti e insigni studiosi (v. ad es. PADOVANI, *Lezione introduttiva*, cit.). È certo, però, che la politica criminale odierna venga chiamata più che mai a misurarsi non soltanto coi suoi principi e con i suoi scopi, ma anche e soprattutto coi suoi mezzi d'attuazione concreta.

⁶³ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, 2, Milano, 1995.

⁶⁴ WELZEL, *Um die finale Handlungslehre - eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Tübingen, 1949; v. anche WELZEL *La posizione dogmatica della dottrina finalistica*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 1 ss.; WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, 1, 31. Come sintetizza autorevolmente F.

dibattuta proposta di dare rilevanza causale alle evidenze epidemiologiche⁶⁵) o *non aderenti* (s'impone il riferimento al diritto penale del nemico⁶⁶) sono in buona sostanza trattate come *errate*.

Il terzo criterio di razionalità, invece, ossia la c.d. *praticabilità*, è molto meno frequentato, e riguarda la «attuabilità» delle ricostruzioni ermeneutiche attraverso le istituzioni (giudiziarie, in questo caso) e le regole (processuali) che contraddistinguono l'applicazione delle norme penali⁶⁷. In altre parole, si deve guardare al giudice, alle sue caratteristiche – persino «psicologiche» – all'attività che svolge e alle regole che ne disciplinano l'esplicazione, per far sì che l'interpretazione del reato che si va a proporre, sia effettivamente capace di incidere sulla «vita vissuta» dell'istituto sostanziale a cui afferisce⁶⁸.

MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 135 ss., «nel concetto di azione finalistica, mentre la condotta dolosa rientra per definizione, la colposa viene forzatamente ricondotta attraverso contorcimenti dialettici: poiché definita o solo “potenzialmente finalistica” (possibilità di evitare l'evento cagionato con un doveroso e più attento controllo finalistico della condotta tenuta) oppure, secondo una successiva rettifica, finalistica non rispetto all'evento tipico ma solo rispetto ad altro evento cui era coscientemente diretta [...] Benché molto divulgata in Italia, la teoria finalistica non ha esercitato un sensibile influsso sull'evolversi della nostra scienza penale, mentre in Germania ha movimentato tutta la dottrina della seconda metà del secolo XX. Ed il suo maggior merito sta, in un certo senso, nelle sue carenze, che hanno costituito un decisivo stimolo all'approfondimento delle condotte, colpose ed omissive, non spiegabili finalisticamente, chiusesi le diverse stagioni della caccia alla finalità della colpa» (a riguardo si veda per tutti CORNACCHIA, *Ein Unausrotbares verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, 575 ss.; FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 380 ss.; HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtodogmatik nach Welzel*, in *Der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*, 1988, 399 ss.; PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 395 ss.).

⁶⁵ MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 343 ss.; v. inoltre ID., *Epidemiologia e nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2008, 4415 ss.; Sulla logica individualizzante del giudizio di causalità, v. *infra*, par. 4.1.

⁶⁶ V. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchststrichterliche Rechtsprung Strafrecht*, 2004, 88 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini-Orlandi, 2007, 109 ss.

⁶⁷ Si è parlato della necessità di «formule concettuali “doppiamente valide”». Vale a dire non solo coerenti dal punto di vista sostanziale, ovvero basate su criteri idonei ad afferrare le reali esigenze selettive imposte dalla norma e dai principi, ma anche determinabili processualmente, cioè accertabili e fruibili nel momento della loro applicazione» (cfr. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come «programmi di azione»*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1150).

⁶⁸ Il termine «diritto vivente», adoperato dalla Consulta sin da Corte cost., 11 dicembre 1974, n. 274, in *giurcost.org*, risulta infatti particolarmente azzeccato (sul punto v. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Soc. dir.*, 2008, 47 ss.; MARINELLI, *Studi*

Procedendo con ordine, al giudice spetta il compito di *ius dicere*, dunque di compiere quella particolare attività di interpretazione e applicazione di una norma a un caso concreto, che culmina con una decisione, la sentenza, potenzialmente o immediatamente (se di ultima istanza) irretrattabile⁶⁹. In ambito penale, il “modello di giudice” più affidabile è costituito dal magistrato ordinario, che a seconda del tipo di crimine commesso può trovarsi a decidere autonomamente (Tribunale in composizione «monocratica»), oppure come parte di un collegio (Tribunale in composizione «collegiale»), costituito talvolta anche da membri «laici» (sono i casi della c.d. «Corte d’assise»). In virtù del suo ruolo e del suo percorso, il giudice è un soggetto dotato di una legittimazione essenzialmente tecnica, che gli deriva principalmente dal possesso, necessario, almeno di una laurea in Giurisprudenza, e dal superamento di uno specifico concorso per esami (art. 106 Cost.), a cui segue poi un periodo formativo di tirocinio («generico» nella prima fase, «mirato», nella seconda), che termina, in caso di esito positivo, con il conferimento delle funzioni giurisdizionali e l’assegnazione di una sede di servizio da parte del Consiglio Superiore della Magistratura (artt. 104 ss. Cost.).

Il profilo prototipico del giusdicente, perciò, non è quello di uno “scienziato” del diritto, bensì di un operatore altamente qualificato, dotato di una preparazione teorica di tipo prevalentemente istituzionale, nonché di conoscenze e di un metodo funzionali al governo di un “ruolo”, e di dinamiche relazionali (con

sul diritto vivente, Napoli, 2000; MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, 619 ss.; PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, 1994; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, 1148 ss.).

⁶⁹ Come di consueto, se si riflette più attentamente sul concetto di giurisdizione, si scopre che l’individuazione di una sua nozione compiutamente autonoma costituisca un’impresa alquanto ardua, tant’è che attualmente è ancora piuttosto controverso quale sia il criterio discretivo valido a distinguerla, ad esempio, dall’attività amministrativa (per il criterio basato sulle qualità soggettive di chi la esercita v. VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2017; per quello invece basato sulla «eccezionalità» strutturale dell’attività giurisdizionale v. ad es. MORTARA, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, I Milano, 1923, 20; infine, per il riferimento alla peculiare capacità della funzione giurisdizionale di produrre la “cosa giudicata” v. ad es. ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 19657, 1 ss.). Ad ogni modo, questo problema si stempera sensibilmente con riferimento a quella specifica attività giurisdizionale consistente nell’interpretazione e applicazione delle norme penali a un caso concreto, poiché essa è prerogativa esclusiva della magistratura.

le altre parti processuali nel contesto di un procedimento penale), essenzialmente di carattere pratico-applicativo.

Come anticipato, l'attività che contraddistingue funzionalmente il giudice rispetto agli altri giuristi e operatori del diritto, è, per l'appunto, l'attività di giudizio e applicazione delle norme penali. Si tratta di una funzione complessa, basata su una valutazione integrata di fatti e documenti legislativi: in particolare, seguendo la scansione tradizionale resa anche dalla struttura delle pronunce giudiziali, si distingue una fase di natura "conoscitiva", rivolta all'accertamento dei fatti di causa attraverso le "prove" e gli "elementi di prova" dedotti in giudizio (c.d. *quaestio facti*), e una di tipo «ermeneutico», fondata invece su criteri interpretativi e finalizzata a individuare il significato degli enunciati normativi, nonché a determinarne le conseguenze sul caso oggetto di giudizio (c.d. *quaestio iuris*). Tali due fasi danno vita a processi valutativi intimamente connessi ma distinti, che presuppongono anche il possesso di capacità tecniche differenti⁷⁰.

In sintesi, il giudice è chiamato non soltanto a interpretare norme, ma anche a ricostruire fatti, e a determinare se, e come, applicare le prime ai secondi, traendone le conseguenze.

Proprio l'elemento delle conseguenze consente di mettere a fuoco un altro aspetto particolarmente significativo dell'attività giurisdizionale, specie in campo penale: a differenza dello studioso, che si confronta per lo più con gli enunciati normativi e con i discorsi che sono stati prodotti su quegli stessi enunciati, il giudice si trova invece a dover anche ricostruire fatti e amministrare conflitti, che consistono per giunta nell'offesa effettiva arrecata a «beni giuridici» considerati, in linea di principio, talmente significativi da meritare la protezione penale. Un compito, quindi, che appare a tacer d'altro particolarmente impattante dal punto di vista emotivo⁷¹, con le esigenze di difesa sociale che si fanno

⁷⁰ ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francoforte, 1971; GIULIANI, voce *Prova*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXVII, 252; KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 321 ss.; TARUFFO, voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, 1988, 1 ss.; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.

⁷¹ Per GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, il combinato disposto della soggezione alla legge e dell'obbligo di

comprensibilmente pressanti in capo al soggetto istituzionalmente incaricato di «decidere» la controversia, condizionandone inevitabilmente l'esito⁷².

È anche per tale ragione che le modalità di esercizio della giurisdizione sono disciplinate da regole che, specie in ambito penale, appaiono particolarmente connotate dal punto di vista assiologico, e decisamente stringenti dal punto di vista tecnico-operativo. Alcune di queste regole fanno riferimento alla posizione del giudicante, altre, invece, attengono direttamente allo svolgimento del giudizio e alla struttura della decisione che ne deve derivare. In particolare – per fermarsi principalmente al livello delle enunciazioni costituzionali – il giudice amministra la giustizia «in nome del popolo», è soggetto «soltanto alla legge» (art. 101 Cost.), nonché «terzo e imparziale» nello svolgimento delle sue funzioni (art. 111, co. 2 Cost.), dovendo inoltre motivare ogni provvedimento che rende (art. 111, co. 6 Cost.); il giudizio deve essere reso attraverso un processo «giusto» e «regolato dalla legge», che si concluda in un «ragionevole» lasso di tempo, e i fatti ricostruiti e le interpretazioni formulate devono essere rese «nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità» (art. 111, co. 1 ss. Cost.); lo *standard* probatorio richiesto è particolarmente stringente, poiché la condanna è ammessa soltanto «oltre ogni ragionevole dubbio», e sino alla sentenza definitiva vige la presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 3 Cost. e art. 533, co. 1 c.p.p.).

Ora, la breve e semplificata sintesi dell'attività giurisdizionale che si è offerto, ne ha restituito appena la sua crosta. Volendo adoperare le metafore della fisica teorica, si è davvero *approssimata la figura di una mucca a quella di una sfera*. Ai presenti fini, però, tanto dovrebbe bastare. Nondimeno, per sottrarci all'obiezione di aver riassunto i connotati della giurisdizione in modo, più che sintetico, semplicistico, dalla visuale cioè di enunciazioni e prescrizioni astratte e di principio, è importante tenere presente anche la non trascurabile complessità del contesto “pragmatico” in cui tale funzione viene svolta. In effetti, le

motivazione dei provvedimenti giurisdizionali rappresenterebbero le principali fonti di legittimazione del giudice penale.

⁷² Sul punto v. per esempio CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991, 3 ss., ma si tratta di un dato ritenuto pacifico dagli addetti ai lavori.

modalità di organizzazione degli uffici, degli avanzamenti di carriera e della valutazione della professionalità, nonché le relazioni professionali che si stringono tra magistrati, cancellieri e funzionari, aiutano a identificare quei «crittotipi»⁷³ che condizionano indirettamente anche le metodiche interpretative⁷⁴. Nel nostro Paese, peraltro, questa dimensione pragmatica assume dimensioni e connotazioni affatto particolari: difatti, molti dei tribunali nostrani operano sotto-organico, in strutture talvolta fatiscenti, scarsamente attrezzate e rudimentalmente informatizzate, con una gestione organizzativa spesso inefficiente⁷⁵. Il risultato, almeno per quel che qui interessa, è la cronica persistenza di un carico di lavoro eccedente le capacità del singolo magistrato, dunque non adeguatamente disimpegnabile, con la conseguente formazione di ulteriori arretrati. A farne le spese è, tra l'altro, anche il tempo, l'attenzione e l'approfondimento che ciascun decidente può effettivamente dedicare al singolo caso, e specialmente all'attività di ricostruzione dello stato della scienza giuridica e degli orientamenti interpretativi riguardo a temi e istituti rilevanti per le motivazioni.

3.2.1. *I caratteri dell'interpretazione di diritto sostanziale processualmente praticabile.* Quel che resta da fare, adesso, è ragionare sul “precipitato interpretativo” delle caratteristiche dell'attività processuale che si sono brevemente richiamate. Invero, così come per il piano della coerenza è necessario confrontarsi con le categorie della dogmatica, e per quello dell'aderenza con i principi che improntano il diritto penale, per il piano della «praticabilità» si deve invece ragionare sulle caratteristiche dei processi di “attuazione” del reato; processi che sono, per l'appunto, di natura giurisdizionale.

⁷³ Secondo l'insegnamento di SACCO, voce *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, 1989, 39 ss. e, più di recente, ID., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, si può sintetizzare il concetto di «crittotipo» come quella regola implicita che condiziona in via di fatto l'applicazione delle norme espresse.

⁷⁴ Sul punto v. ad esempio HASSEMER, *Rechtstheorie und Rechtspraxis. Eine Erinnerung*, in *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, a cura di Kiesow-Ogorek-Simitis, Frankfurt, 2005, 275 ss.

⁷⁵ Il fenomeno è diffuso, ma risulta particolarmente grave nel meridione, e difatti è stata recentemente costituita (16 giugno 2021) la c.d. «Commissione interministeriale per la giustizia al sud» con gli obiettivi, tra l'altro, di migliorare l'efficienza della giustizia, individuare le *best practices* presenti negli uffici giudiziari, elaborare proposte finalizzate al miglioramento delle condizioni di lavoro e al superamento delle carenze relative alla edilizia giudiziaria.

Ripercorrendo, allora, le considerazioni che si sono appena svolte, si possono in effetti delineare alcune coordinate fondamentali per la formulazione di interpretazioni *praticabili*, che interessano tanto la forma, si potrebbe dire, linguistico-espressiva delle ricostruzioni sostanziali, quanto la struttura, il contenuto e il metodo di applicazione.

Seguendo l'ordine espositivo che si è proposto all'atto di sintetizzare i caratteri distintivi dell'attività giurisdizionale, si può anzitutto cominciare col dire che il linguaggio (a partire dalla semantica) che si adopera per descrivere l'interpretazione, deve risultare tecnico e il più possibile piano e lineare; deve, cioè, essere scevro da circonlocuzioni semplificanti e dall'utilizzo di apparenti "sinonimi" tratti dalla lingua quotidiana, ma altrettanto da *superflue* ricercatezze e autoreferenzialità subculturali⁷⁶. Inoltre, le categorie teoriche e dogmatiche di riferimento devono essere non date per acquisite, bensì debitamente esplicitate, sintetizzate e spiegate. In effetti, com'è stato autorevolmente sostenuto, è «difficile supporre che il giudice possa considerarsi il terminale di sofisticati ed estremamente articolati scenari sistematici»⁷⁷. Come visto, non è certo questo il suo profilo professionale, e tantomeno il suo ruolo istituzionale; in ogni caso, gli difetterebbero il tempo e la logistica per operare alla stregua di un tale «terminale». Dopotutto – è davvero il caso di aggiungerlo – la giustizia deve essere «amministrata in nome del popolo» (art. 101, co. 1 Cost.), sicché bisogna che sia comprensibile anche per il cittadino⁷⁸, e non soltanto per una ristretta cerchia di iniziati (più ristretta persino di quella degli addetti ai lavori).

Con riguardo alle caratteristiche "modali" dell'attività giudiziaria, a cominciare dalla stretta connessione tra il giudizio «di fatto» e «di diritto», emerge l'importanza di proporre soluzioni che partano dai *problemi della* – e superino un *collaudo nella* – prassi applicativa. Come messo in luce anche dagli studi sulla

⁷⁶ Si potrebbe definire «classico» l'esempio dei continui «cambi di lingua», con l'utilizzo talvolta persino dell'alfabeto greco, per alludere a concettologie non sempre adeguatamente contestualizzate e sintetizzate, sia pure in nota.

⁷⁷ DE FRANCESCO, *Introduzione*, cit., 3.

⁷⁸ Questo dovrebbe invero escludere anche l'utilizzo dei gergalismi, del cosiddetto "giuridichese" e del "burocratese". In questa sede, tuttavia, ci si sta concentrando soltanto sulla «attuabilità processuale» dell'interpretazione, non anche sulla sua comprensibilità per il pubblico indifferenziato.

massimazione penale⁷⁹, nonché sull'ermeneutica⁸⁰, i casi sono fondamentali per la stessa comprensione dei tipi criminosi; peraltro, è all'ipotesi concreta che il giudice parametrerà il risultato delle proprie scelte, ed è con la mente rivolta all'ipotesi concreta che egli interpreta la fattispecie. Inoltre, la realtà «è molto più confusa delle teorizzazioni astratte [...] Quando ci si imbatte in un caso concreto, si incontrano mille sfumature e difficoltà imprevedute»⁸¹, di cui perciò, per quanto possibile, sarebbe bene tenere, e dare, conto, provando a prevederle già nel momento di mettere a punto a livello dottrinale una proposta interpretativa. Offrire una ricostruzione senza esplicitare, e dimostrare, le sue virtualità applicative, rischia di ottenere lo stesso effetto di insegnare una tecnica o spiegare una mansione, mostrando soltanto una semplice immagine, o una didascalia. In sintesi, è necessario che l'interpretazione di ciò che attiene al reato venga strutturata *dai casi, sui casi e per i casi*.

Proseguendo nell'analisi, si approda al tema delle modalità e dei requisiti per la prova in giudizio. Qui si tratta essenzialmente di soddisfare esigenze di «verificabilità»⁸², secondo le regole e nel rispetto degli *standard* probatori recepiti da un processo ancora tendenzialmente accusatorio. È necessario, quindi, che i costrutti elaborati sul piano interpretativo si prestino a essere validamente accertati nel dibattimento tra le parti, nel rispetto delle regole di giudizio stabilite per la prova penale. Solo per fare qualche esempio, sarà dunque opportuno evitare il ricorso a clausole generiche, o elementi valutativi, che invece di valorizzare l'impianto accusatorio del nostro processo, ripropongono «la “signoria” del giudice in un apprezzamento valutativo a maglie larghe, rispetto al quale le garanzie del procedimento di acquisizione probatoria perdono ogni effettiva consistenza»⁸³. Invero, anche nella *quaestio iuris* il contraddittorio tra le parti è fondamentale per permettere al giudice di «trovare» la ricostruzione “in diritto”

⁷⁹ V. di recente MICHELETTI, *Le fonti di cognizione*, cit., 619 ss.

⁸⁰ V. *supra*, nt. 18 e 19.

⁸¹ VIGANÒ-MIEDICO-TRINCHERA, *Studiare sui casi. Materiali integrativi per il corso di Diritto penale*, 2020, IX.

⁸² Cfr. SOTIS, *Formule sostanziali*, cit., 1149 ss.

⁸³ PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 921 ss.

più appropriata⁸⁴, fornendole altresì una più ampia base di consenso e, indirettamente, un'ulteriore legittimazione "democratica".

Ancora, l'utilizzo di formule che alludono all'esistenza di elementi, magari ben definiti in astratto, concettualmente chiari e suadenti, e tuttavia inafferrabili con gli strumenti messi a disposizione dal processo penale, determinerà l'impossibilità di applicarli concretamente, con conseguenti probabilità di «scavalco dell'accertamento» nella prassi⁸⁵. A questo proposito emergono bene le virtualità positive che si creano mettendo in comunicazione principi e garanzie processuali con quelli sostanziali: il pensiero corre immediatamente al delitto di «plagio» (art. 603 Cp), la cui dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio di legalità (art. 25, co. 2 Cost.) discende esattamente dall'impossibilità di distinguere concretamente, con gli strumenti del processo «l'attività psichica di persuasione da quella anch'essa psichica di suggestione»⁸⁶. Ma si consideri, ancora, il rapporto che può instaurarsi tra la regola di giudizio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» e i principi di legalità (art. 25, co. 2 Cost.), di sottoposizione del giudice alla legge (art. 101, co. 2 Cost.), e di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1 Cost.). Com'è già stato autorevolmente osservato, infatti, il predetto canone potrebbe essere utilmente impiegato per scongiurare «il "tradimento per via processuale della tipicità"», e in particolare la «estensione *contra reum* del potere interpretativo»⁸⁷. In effetti, con riferimento alla *quaestio iuris*, la c.d. formula BARD⁸⁸ - nella sua portata

⁸⁴ Lo osserva ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di Ferrua-Grifantini-Illuminati-Orlandi, Torino, 2007, 62.

⁸⁵ Cfr. SOTIS, *Formule sostanziali*, cit., 1149 ss.

⁸⁶ Corte. cost., 08 giugno 1981, n. 96, in *giurcost.org*.

⁸⁷ GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., 852 ss., che richiama a conforto anche l'indagine contenuta nel lavoro monografico di PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli 2012, e le osservazioni di FERRUA, *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Tra vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, 63; *contra* BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale, Prolusione al corso di diritto e procedura penale, per l'anno 1936-37 nella Regia Università di Cagliari*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, n. 3, disponibile anche in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 307 ss., che, al tempo, considerava superflua l'applicazione di questa regola alla *quaestio iuris*, a causa del sistema di fattispecie a suo dire ben definite offerto dal codice Rocco.

⁸⁸ *Beyond a reasonable doubt*, ossia «oltre un ragionevole dubbio», regola di giudizio come noto di larga tradizione soprattutto nei paesi di *common law*, che sostituì quella della c.d. «preponderanza probatoria»: «the Due Process clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable

metodologica, più che in quella contenutistica⁸⁹ – potrebbe costituire un criterio d’ausilio nella scelta tra interpretazioni diverse, almeno laddove il *peso* degli argomenti adottati risulti tendenzialmente equipollente⁹⁰, ma anche per comprovare la pertinenza della singola interpretazione all’istituto di diritto sostanziale a cui la si vuole ricollegare, rafforzando dunque il susseguente giudizio sussuntivo del fatto nella *norma* incriminatrice⁹¹. Se questi sono gli effetti che si possono ipotizzare sul giudizio “in diritto”, pertanto, è necessario che l’interprete si adoperi per formulare ricostruzioni, e dunque “norme”, capaci di ricollegarsi «oltre ogni ragionevole dubbio» ai documenti normativi che disciplinano l’istituto di diritto sostanziale. Ciò significa che tanto più la ricostruzione ermeneutica si distanzia (anzitutto) dal tenore letterale della disposizione⁹², tanto più aumenta l’onere argomentativo da assolvere per giustificarne la necessità e fondatezza (*alias* «coerenza» e «aderenza»)⁹³, oltreché l’ossequio alle meta-norme che regolano l’ermeneutica in materia penale. In altre parole, maggiore è la lontananza dal significato immediato del documento normativo,

doubt of every fact necessary to constitute the crime charged» (C. sup. USA, «In re Winship», 397 U.S. 358, 1970, in *supreme.justia.com*; a riguardo si rimanda a B.J. SHAPIRO, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause. Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkeley, 1991; WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, 2008).

⁸⁹ D’altra parte qui non si tratta di verificare ciò che è verosimile fattualmente, ma ciò che è accettabile dal punto di vista assiologico, alla luce dei parametri normativi forniti dall’ordinamento. Pertanto, l’applicazione della formula «BARD» varrebbe in questo caso prevalentemente come indicazione di deontologia ermeneutica, richiamando l’interprete a favorire l’opzione ricostruttiva che trova maggiori e più saldi riscontri argomentativi (sul punto si vedano anche gli spunti contenuti in *Reasonableness and Law*, a cura di Bongiovanni, Dordrecht, 2009).

⁹⁰ A riguardo si segnala anche il § 22 dello Statuto di Roma, laddove si prevede che «la definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di inchiesta, di azioni giudiziarie o di condanna». Contro questo specifico utilizzo dell’oltre ogni ragionevole dubbio si schiera PALAZZO, *Regole e prassi dell’interpretazione penalistica nell’attuale momento storico*, in *Diritto privato, 2001-2002, VII-VIII. L’interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, 507ss., a parere del quale «il dubbio ermeneutico si potrebbe dire quasi per definizione risolubile» senza bisogno di ricorrere a «un criterio “esterno”».

⁹¹ In tal modo, ne uscirebbe rafforzata, per l’appunto, la cogenza (*rectius*, legalità) sia del giudizio d’integrazione degli elementi del tipo, sia dei meccanismi imputativi del fatto all’autore.

⁹² Come recita il noto – e citatissimo in dottrina – passo di ECO, *I limiti dell’interpretazione*, Milano, 1990, 127, «bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale».

⁹³ V. *supra*, par. 3.2.

maggiore deve essere lo sforzo argomentativo per fugare, per l'appunto, ogni "dubbio ragionevole" sulla maggiore plausibilità di altri percorsi ermeneutici. Come ultima chiosa, si può aggiungere che i principi e le regole sulle procedure di prova e di giudizio determinano la necessità di proporre interpretazioni verificabili non soltanto nei loro approdi, ma anche nei loro snodi principali. In altre parole, deve essere agevolmente percettibile (e ripercorribile) l'itinerario logico seguito per arrivare alla soluzione, non soltanto la soluzione.

Questo è tanto più vero alla luce di un altro importante principio processuale, centrale per la costruzione di interpretazioni verificabili: la *motivazione dei provvedimenti giurisdizionali* (art.111, co. 6, Cost.). Invero, come evidenziato da autorevole dottrina, «l'obbligo di motivazione non contiene soltanto una fondamentale garanzia di controllo, che [...] chiama il giudice a rendere ragione della sua decisione. Esso riflette la natura cognitiva del giudizio, connotando un'intera tradizione giuridica che indica nell'oggettiva razionalità del ragionamento giuridico (sia nella parte relativa alla prova dei fatti, sia in quella concernente l'applicazione del diritto) il metodo cui deve ispirarsi l'attività del giudice»⁹⁴. Per essere effettivamente controllabile, e dunque praticabile, l'interpretazione non deve limitarsi a enunciare un pur accattivante risultato ermeneutico, bensì è tenuta a precisare in modo consequenziale e stringente il procedimento argomentativo nel quale detto risultato trova legittimazione, perché è proprio quel procedimento che fornirà una traccia al contraddittorio, ed eventualmente una ossatura al percorso motivazionale del giudice. Inoltre, per maggiormente incidere sulla razionalità delle dinamiche applicative, senza fornire legittimazione ad euristiche assertive, sarà necessario strutturare il percorso esegetico attraverso strumenti in grado di facilitarne la comprensione e la controllabilità. Tali strumenti sono molteplici, e variano a seconda dei contesti

⁹⁴ GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 10, 260; in proposito v. inoltre, tra i tanti, IACOVELLO, *Motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, ove si mette in luce come «nel processo a verdetto motivato si tenta di scongiurare ogni cedimento della razionalità», e in particolare la verbalizzazione della motivazione risponde alla logica di estrarre dal giudice solo la sua razionalità, impedire che sul giudizio premano suggestioni [...]. La motivazione è il più potente strumento di razionalizzazione del giudizio che sia stato finora concepito»; infine, di recente, CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo dei stili curiae*, Padova, 2021.

ermeneutici (insomma, da questo punto di vista non esiste, ad avviso di chi scrive, un metodo adatto per ogni interpretazione): *check list*, griglie di ragionamento, e più in generale ogni mezzo “di razionalizzazione” proposto dalle scienze psicologiche, sociologiche e dagli studi che si sono occupati dei processi di scelta (*Choice theory*)⁹⁵; ognuno di essi, purché scientifico e congruente col contesto ermeneutico in cui lo si vuole utilizzare, potrebbe essere adoperato con profitto per facilitare il concreto impiego processuale della teoria interpretativa⁹⁶.

Restano, infine, da sviluppare le osservazioni pertinenti alle condizioni pragmatiche in cui la giurisdizione viene esercitata. Com'è noto, sul punto gli studi non abbondano, eppure alcune considerazioni preliminari si possono avanzare. Anzitutto, se è vero che «la valutazione di professionalità [...] non può riguardare l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove» (Capo II, par. 7 circ. n. 20691 dell'8 ottobre 2007), è altrettanto vero che tra gli indicatori di capacità del giudice (v. Capo V, par. 2 circ. n. 20691 cit.), nonché tra i principali parametri qualitativi del buon funzionamento di tribunali e corti d'appello, figura quello della stabilità delle decisioni rese e del loro tasso di conferma a seguito d'impugnazione⁹⁷. Ciò stimola evidentemente una particolare attenzione al rispetto dei precedenti da parte del giudicante, frutto anche di un'epoca storica in cui il rimaner comodamente, e acriticamente, attaccati al *come si è sempre deciso*, era fattore determinante per la positiva evoluzione di una carriera, allora, integralmente

⁹⁵ Solo per citare alcune delle più celebri, che hanno avuto anche un risalto in ambito giuridico e criminologico, si pensi alla *rational choice theory*, o alla *public choice theory*.

⁹⁶ Insomma, si deve almeno cercare di veicolare l'interpretazione *anche* attraverso modalità esplicative, e persino schemi di rappresentazione testuale, che ne facilitino l'interiorizzazione e la successiva applicazione, riducendo la pressione di fattori esterni determinati da suggestioni di “giustizia del caso concreto”.

⁹⁷ Per un'applicazione concreta si veda per esempio ONDEI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nel Distretto della Corte di Appello di Milano (2022)*, in www.corteappello.milano.it. La rilevanza della stabilità del precedente e, dunque, anche l'importanza per il giudice di confrontarsi con essi nella formazione della propria decisione, è riconosciuta anche in dottrina (v. per es. BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge. Un quadro europeo*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Padova, 2005, 16 s.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007; FIANDACA, *Ermeneutica*, cit., 376; GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria?*, cit., 120 s.; PISANI, *Il giudice, la legge e l'art. 101, comma 2°, Cost.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 568 ss.).

legata al *placet* dei propri diretti superiori gerarchici⁹⁸. Quanto detto suggerisce l'opportunità, all'atto di proporre un'interpretazione del reato, di confrontarsi adeguatamente coi precedenti pertinenti, e di soddisfare un onere argomentativo particolarmente rigoroso qualora si ritenga di discostarvisi. Ancora, alla luce delle periclitanti condizioni organizzativo-strutturali dell'amministrazione della giustizia, e del conseguente, grave, carico di arretrati che incombe su ciascun decidente, è importante che la proposta interpretativa si faccia carico di affrontare ogni aspetto necessario alla sua comprensione e applicazione, senza lasciare impliciti di alcun tipo. In poche parole, è opportuno rifuggire da prodotti "semi-lavorati", offrendo al decidente un lavoro compiuto sotto tutti i punti di vista. Anche alla luce della professionalità che lo contraddistingue (non è uno scienziato del diritto, come visto), non è infatti pensabile che sia il giudice a dover unire i punti e completare le lacune di un percorso ricostruttivo appena accennato, o soltanto problematicamente e suggestivamente evocato, eventualmente con rinvii a pregresse e complesse ricostruzioni dottrinali. D'altronde, non ne avrebbe neppure il tempo. Pertanto, tutti i passaggi devono essere debitamente esplicitati, tutti i collaudi casistici devono essere svolti e ben argomentati, e gli esiti riassunti e schematizzati in modo da restituire uno schema ermeneutico prontamente impiegabile e agevolmente controllabile.

4. *Gli effetti «entropici» dei referenti sostanziali impraticabili.* Al fine di sottoporre a collaudo presupposti e finalità della proposta metodologica che si sta avanzando, è utile esaminare la prassi formatasi su un istituto notoriamente «impraticabile», valutando in seguito il possibile impatto applicativo di strategie ermeneutiche coerenti, aderenti e (ai presenti fini soprattutto) processualmente accorte.

Invero, come si è anche già avuto modo di vedere⁹⁹, sono numerose i temi che si potrebbero richiamare, per provare a dar corpo alle tesi che si sono

⁹⁸ Per una sintesi dell'evoluzione del sistema di valutazione disciplinare valga per tutti il riferimento a FILIPPI, *La valutazione di professionalità*, in *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, a cura di Albamonte-Filippi, Torino, 2009, 351 ss.

⁹⁹ V. *supra*, par. 3.1, ove si sono illustrate alcune delle tante ipotesi di fattispecie composte da elementi processualmente indeterminati e, talvolta, persino indeterminabili.

accennate: si pensi, ad esempio, alla contrapposizione tra approcci valutativi e strutturali in tema di concorso di norme o reati, oppure alla successione di leggi penali, e alla spesso predicata (anche dalla Cassazione) maggiore “spendibilità” dei primi¹⁰⁰; ancora, alle interpretazioni in chiave normativa dell’art. 41 cpv., che rimandano a criteri di rischio anche estremamente affinati sul piano teorico, eppure a volte di eccessiva complessità dogmatica o, comunque, all’atto pratico, troppo dipendenti dall’intuizionismo giudiziale¹⁰¹. Nondimeno, i limiti di spazio di cui si dispone, e l’economia stessa di questo lavoro – che vuole costituire un primo passo per avviare una riflessione che è certamente meritevole e bisognevole di ulteriori sviluppi – impone di concentrare l’attenzione su un singolo caso studio.

A tal proposito, chi scrive ha avuto modo di confrontarsi approfonditamente con una categoria generale del diritto sostanziale che, sin dalla sua origine, si è posta al crocevia di referenti normativi e soluzioni ermeneutiche incoerenti e indeterminabili: la distinzione degli agenti pubblici dai privati, basata oggi sul criterio legislativo della natura «pubblica» della disciplina che ne regola l’attività¹⁰². Tuttavia, si è già avuto occasione di soffermarsi sul contributo che

¹⁰⁰ Sia in termini di «praticabilità» processuale che di «coerenza» delle premesse teoriche e del metodo suggerito, in proposito sia consentito il rimando a DE FRANCESCO, *Lex specialis*, Torino, 1980; sui temi citati v. inoltre DE FRANCESCO, *Principi di garanzia e direttive sistematiche nello scenario della successione di leggi penali: le c.d. modifiche mediate*, in *Legislazionepenale.eu*, 27.10.2021; GATTA, *Abolitione criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, 1047 ss.; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997; PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1356 ss.; VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di De Francesco, Torino, 2011, 373 ss.

¹⁰¹ A differenza di più stringenti, «verificabili» e obiettive criteriologie proposte da coloro che leggono quella norma conformemente alle logiche della causalità naturalistica o scientifica (v. ad esempio VALLINI, «Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nessi tra condotte. *Per una collocazione dell’art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità «scientifica»*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.07.2012).

¹⁰² Val la pena segnalare, peraltro, che tale criterio, prima di essere adottato da legislatore, era stato proposto da molti autorevoli autori quale referente ermeneutico utile per risolvere il rebus della dicotomia tra agenti pubblici e privati in diritto penale (sul punto volendo si veda AMORE, *Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, Torino, 2022; per quel che concerne la ricostruzione *de iure condito* delle qualifiche sviluppata e collaudata nel libro, si veda anche AMORE, *Circolazione dei metodi e disorientamento degli scopi nella repressione dei reati contro la P.a.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2070 ss.

un'interpretazione (anche) *processualmente* accorta della categoria potrebbe offrire, alla tutela delle posizioni soggettive delle persone coinvolte nella vicenda penale¹⁰³. In questa sede, perciò, ci soffermeremo su un altro ambito.

In effetti, essendo lo scritto dedicato *ex professo* a trattare il tema della praticabilità processuale dell'interpretazione del reato, l'occasione si presta per riflettere su un istituto che è da tempo al centro di accesi dibattiti giurisprudenziali e dottrinali, vuoi per i referenti, vaghi, che sono stati adoperati nel formularlo, vuoi per le interpretazioni, inverificabili, che si sono affermate in sede applicativa. Il riferimento è al tema del concorso eventuale di persone nel reato, e più in particolare all'infelice "combinato disposto" che si è venuto a creare, con la teoria – peraltro ampiamente adoperata nella giurisprudenza – della c.d. «causalità agevolatrice». L'analisi si concentrerà specialmente su un'ipotesi in cui le contraddizioni di questo connubio si sono mostrate con maggiore, e direi anche più "rumorosa", evidenza: il concorso esterno in associazione mafiosa, approdato come noto all'attenzione della Corte dei Diritti dell'Uomo. Nello specifico, dopo aver brevemente sintetizzato le questioni e il dibattito che su di esse si è formato, si proverà a verificare possibili schemi ricostruttivi alternativi, che siano in grado non soltanto di soddisfare le esigenze teoriche e assiologiche proprie del diritto sostanziale, ma anche, e per l'appunto, di inserirsi congruamente nelle dinamiche applicative che danno corpo alla vita processuale della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

4.1. *La teoria della causalità agevolatrice e il caso limite del concorso esterno.*

La situazione della prassi applicativa della fattispecie plurisoggettiva eventuale può essere sintetizzata nei termini di una vera e propria «catastrofe della selettività»¹⁰⁴. In effetti, la fondamentale forma di manifestazione del reato disciplinata dagli artt. 110 ss. c.p.¹⁰⁵ è stata tipizzata mediante una locuzione tautologica,

¹⁰³ V. *supra*, nt. 1.

¹⁰⁴ LOSAPPIO, *La caccia alla plurisoggettività causale nella plurisoggettività concorsuale*, in *questa Rivista*, 3, 2021, *Ibidem* e in *Liber Amicorum Nicola Mazzacava* (in corso di stampa).

¹⁰⁵ Su cui si affollano altrettanto fondamentali scritti, tra i quali, senza pretesa di esaustività, si segnalano BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni «neutrali»*, Torino, 2018; BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato. Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto*

che lascia del tutto in ombra il criterio di rilevanza dei contributi atipici che avrebbe invece la funzione di incriminare: «quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita» (art. 110 c.p.). Com'è stato autorevolmente sostenuto, si tratta di una vaga clausola generale, della cui legittimità costituzionale, perciò, è più che lecito dubitare¹⁰⁶.

Con simili materiali normativi a disposizione, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si sono comprensibilmente prodigate per cercare di recuperare, in via interpretativa, quella tassatività e selettività che la fattispecie plurisoggettiva eventuale non è riuscita ad offrire. Ne è seguito un florilegio di proposte ricostruttive che sarebbe difficile, e ultroneo, richiamare in questa sede, tenuto conto pure delle eccellenti sintesi presenti nella manualistica¹⁰⁷. Piuttosto, ai presenti fini, è interessante notare come la prassi si sia da tempo assestata su un criterio di determinazione del contributo concorsuale di matrice causale, o forse meglio “para-causale”: la teoria della c.d. «causalità agevolatrice». Nello specifico, ponendosi nel solco delle indicazioni del codificatore, favorevoli all'impiego del condizionalismo c.d. «puro» per la distinzione tra partecipazione punibile e connivenza non punibile¹⁰⁸, si è attinto a una costruzione

proprio, Torino, 2004; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, 1993; GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997; HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013; INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986; LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari, 2012; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, 1973; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1956; RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1988; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987; SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione al Reato*, Napoli, 1979; STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981.

¹⁰⁶ E difatti non mancano autorevoli esponenti della dottrina che lo hanno fatto (v. *ex multis* INSOLERA, *Problemi di struttura*, cit.; RISICATO, *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*, in *Meritevolezza di pena e logiche dellattive*, a cura di De Francesco-Venafro, Torino, 2003, 89; VASSALLI, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 305 ss.).

¹⁰⁷ Si veda per esempio F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 561 ss.; v. inoltre FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Roma, 2019, 524 ss.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022, 575 ss.

¹⁰⁸ E dell'autorevole dottrina che lo ha supportato (v. ad esempio PEDRAZZI, *Il concorso*, cit., che sostiene che il nesso tra le condotte concorsuali sia di tipo causale, e il termine di relazione della causalità sarebbe offerto non tanto dall'evento, quanto dalle modalità di commissione del fatto concretamente inverteasi;

dottrinale germanica che ha riscosso consensi anche in Italia¹⁰⁹, alla stregua della quale dovrebbero considerarsi «concorsuali» non soltanto i contributi «necessari» – consistenti in condotte senza le quali è ragionevole ipotizzare, sulla base di un giudizio *ex post*, che il reato non si sarebbe realizzato – ma anche quelli «agevolatori», che hanno cioè soltanto l’effetto di facilitare la realizzazione del reato, ad esempio rendendolo maggiormente probabile, più semplice, ulteriormente grave, e così via¹¹⁰. Volendo esemplificare, chi compartecipa sia all’organizzazione dell’illecito, individuando e approntando pure gli immobili per le riunioni di pianificazione con i sodali, sia alla sua fattiva realizzazione, presta un contributo necessario¹¹¹; invece, chi effettua un sopralluogo funzionale a riportare ai complici la descrizione dei luoghi dove essi hanno programmato di svolgere un furto in abitazione, poi trasceso in rapina, ne rende soltanto più agevole la realizzazione¹¹².

più di recente v. ad es. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 203 ss., secondo cui «robuste ragioni non soltanto sistematiche, ma anche (soprattutto) di ordine super-primario militano a sostegno della tesi prevalente, nella variante «pura» o in quella diversa sul piano nominalistico più che dal punto di vista pratico: persino volendo tralasciare le penetranti critiche dogmatiche alle posizioni teoriche autenticamente alternative alla *c.s.q.n.*, risulterebbe difficile – ai fini dell’osservanza degli artt. 3, 25 e 27 Cost. – ammettere uno statuto differenziato della causalità tra fatti realizzati individualmente e ipotesi plurisoggettive, fermo restando che le irrinunciabili esigenze di contrasto della devianza superindividuale possono essere soddisfatte, senza stravolgere le garanzie, attraverso “il classico modello condizionalistico della spiegazione causale dell’evento”. Occorrerà pertanto procedere a un accertamento eziologico standard»; sull’impraticabilità della causalità in ambito concorsuale v. *infra*).

¹⁰⁹ V. per es., anche se con argomentazioni non sempre assimilabili, ALBEGGIANI, *Imputazione dell’evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 409 ss.; GUERRINI, *Il contributo concorsuale*, cit.; VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l’identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1375.

¹¹⁰ Come suole ricorrere nel testo delle sentenze di legittimità, infatti, «contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell’evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di un contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà. Ne deriva che, a tal fine, è sufficiente che la condotta di partecipazione si manifesti in un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l’agevolazione dell’opera degli altri concorrenti, e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l’esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato, poiché in forza del rapporto associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti» (cfr. Cass., Sez. VI, 22 maggio 2012, n. 36818 in www.italggiure.giustizia.it, v. da ultimo Cass., Sez. IV, 8 luglio 2022, n. 30831, in www.italggiure.giustizia.it).

¹¹¹ Cass., Sez. II, 31 marzo 2022, n. 23970, in www.italggiure.giustizia.it.

¹¹² Cass., Sez. II, 30 settembre 2021, n. 39806, in www.italggiure.giustizia.it.

In definitiva, con la teoria della «causalità agevolatrice» il giudice si dota di uno strumento ermeneutico particolarmente duttile nel rispondere alle esigenze di difesa sociale poste dal caso concreto, che per giunta può godere, almeno di riflesso, anche della forte legittimazione *teorico-pratica* fornitagli dall'ampia tradizione scientifica e applicativa che il paradigma della causalità può vantare, specie in materia penale.

Nondimeno, tale tradizione, se può dirsi in qualche modo nata proprio sul terreno della compartecipazione criminosa¹¹³, si è però sviluppata e ha potuto acquisire gli odierni crismi di scientificità, superando la precedente fase pseudo-logica e intuizionistica¹¹⁴, nel ben diverso quadro della fattispecie monosoggettiva¹¹⁵, ove svolge la funzione – fondamentale, e costituzionalmente rilevante (art. 27, co. 1 Cost.) – di collegamento obiettivo tra il fatto illecito e il

¹¹³ Come noto, infatti, la teoria della *condicio sine qua non* o della «equivalenza causale» (*Äquivalenztheorie*) elaborata da VON BURI, *Zur Lehre von der Totung*, in *Goldtdammer's Archiv*, IX, 1863, 753 ss. (v. inoltre ID., *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873), e sviluppata poi da ENGISCH, *Die Kausalität als*, cit., è nata proprio per consentire l'individuazione dei contributi concorsuali rilevanti in relazione al reato commesso.

¹¹⁴ Si prenda ad esempio il noto caso delle c.d. «macchia blu» affrontato da Trib. Rovereto, 17 gennaio 1969, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1021 ss., e risolto affermando che, nei casi difficili in cui vi siano dubbi sul nesso eziologico e non si abbiano a disposizione conoscenze reputate adeguate, si debba procedere sulla base di un metodo intuizionistico di tipo personalizzante, fondato sul libero convincimento del giudice: in sostanza se, nonostante l'incertezza, il giudice ritiene afferabile il rapporto eziologico, allora esso deve intendersi come riscontrato (inutile dire, peraltro, che una visione siffatta del principio del «libero convincimento» contrasta non soltanto con la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ma anche col principio di motivazione delle pronunce giurisdizionali, in proposito v. anche *infra*, nt. 120).

¹¹⁵ Sul punto, senza pretesa di esaustività e con riferimento ai soli contributi monografici, v. AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità nel diritto penale*, Milano 1954; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934; BLAONTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, Milano, 2004; BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2014; CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013; DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931; MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Goettingen, 1980, trad. it. *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, 1999; RANIERI, *La causalità nel diritto penale*, Milano 1936; BATTAGLINI, *L'interruzione del nesso causale*, Milano 1954; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975; ID., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005; SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013; VON KRIES, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, Leipzig, 1888.

suo autore. In effetti, per merito delle pionieristiche elaborazioni di Federico Stella¹¹⁶ prima, e della pronuncia «Franzese» delle Sezioni Unite¹¹⁷ poi, anche nel nostro Paese si è affermata una interpretazione compiutamente «scientifica» della causalità, che postula cioè una ricostruzione del nesso eziologico basata su leggi scientifiche, siano esse universali o probabilistiche¹¹⁸. In sintesi, seguendo lo schema bifasico proposto per la prima volta da Carnap¹¹⁹ e ripreso poi anche dalla Cassazione (c.d. «causalità logica»), l'accertamento della causalità della condotta deve adesso essere compiuto verificando, in primo luogo, la c.d. «causalità in astratto», data dalla presenza di una legge scientifica di copertura che sia in grado di collegare una determinata classe di antecedenti (a cui la condotta appartiene) a una determinata classe di conseguenze (a cui l'evento appartiene); in secondo luogo, la c.d. «causalità in concreto», data dall'assenza, nella situazione di fatto considerata, di altre spiegazioni eziologiche plausibili per l'evento che si è realizzato, da verificarsi secondo lo standard probatorio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* adottato dal processo penale.

Questo, dunque, è il significato tecnico del significante «causalità» e, invero, è ormai anche l'unico significato possibile¹²⁰, poiché i precedenti modelli di accertamento del nesso eziologico, semplicemente, non hanno fondamento

¹¹⁶ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit.; inoltre ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003; sul punto, e prima della sentenza Franzese, si rinvia pure a DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per «aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 46 ss.; GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992.

¹¹⁷ Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in www.itagliure.giustizia.it.

¹¹⁸ Seguendo le note teorizzazioni di HEMPEL, *Philosophy of Natural Science*, Englewood Cliffs, 1966, trad. it. *Filosofia delle scienze naturali*, Bologna 1968, le leggi c.d. «universali» offrono una spiegazione nomologico-deduttiva dell'evento, che può considerarsi come un'argomentazione in cui la probabilità che l'*explanans* dà all'*explanandum* è pari al 100%. Ma le leggi che possono intervenire in una spiegazione di tipo causale possono essere anche statistiche o probabilistiche, e in tal caso si deve parlare di schema di spiegazione statistico-induttivo.

¹¹⁹ V. CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971, 52 ss.

¹²⁰ Almeno sino all'effettiva e stabile consolidazione di nuove posizioni epistemologiche e di filosofia della scienza.

empirico¹²¹, e dunque, non essendo verificabili¹²², non sono a ben vedere neppure razionalmente giustificabili¹²³.

Così stando le cose, allora, risulta davvero difficile capire come una categoria siffatta possa seriamente essere invocata per selezionare le interrelazioni penalmente rilevanti tra le condotte umane¹²⁴. In effetti, almeno a oggi, non esiste nessuna legge scientifica che qualifichi una condotta umana quale «causa» di un'altra condotta umana, sia dal punto di vista *materiale* («che cosa significa l'affermazione secondo cui fornire un'arma all'esecutore "causa" la condotta omicida, o la morte, o il reato di omicidio? In base a quale legge scientifica? Nessuna, evidentemente») che *subiettivo* (la c.d. «causalità psichica» è a ogni

¹²¹ Come rilevava già GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 31, l'accertamento causale era infatti essenzialmente rimesso al buon senso del decidente.

¹²² A ben vedere, infatti, non è possibile prospettare l'eliminazione della condizione di un evento, se non si sappia già come si sviluppa il decorso causale di cui ci si sta occupando. Ad esempio, per ipotizzare che Tizio sia morto a causa dell'ingestione di un certo veleno, da lui assunto, si deve sapere, tra l'altro, se l'ingestione di quel tipo di veleno possa – secondo una determinata legge di copertura – provocare la morte di un uomo. Il rapporto causale, perciò, deve in qualche modo essere noto già prima, sotto il profilo della riferibilità del fenomeno a una legge esplicativa. Tale problema, però, è emerso ed è stato adeguatamente focalizzato soltanto in epoca recente. Nel XIX secolo, infatti, il tema causale si legava prevalentemente a fatti del tutto inequivoci sotto il profilo della correlazione tra la causa-condotta umana, e l'effetto-evento illecito: trattandosi per lo più di coltellate, pugnalate e colpi da sparo, non si ponevano particolari problemi di spiegazione eziologica. Si era, pertanto molto distanti dalle criticità che pone oggi, soprattutto, la materia della responsabilità colposa, specie in contesti socio-tecnici pluripersonali e complessi (in proposito si veda per tutti MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di «regresso» nella società del rischio*, Napoli, 2021; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dominatici e politico-criminali*, Milano, 2004, in particolare 168 ss.; v. anche GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 508 ss.).

¹²³ Il c.d. «libero convincimento» del giudice penale nella scelta dei criteri di apprezzamento probatorio, infatti, si deve pur sempre confrontare con l'obbligo di motivazione, e, in caso di condanna, deve essere tale da escludere ogni «ragionevole dubbio», dunque non si può evidentemente ridurre a una scelta puramente individualizzante e arbitraria, per giunta antitetica a conclusioni scientificamente fondate ed empiricamente verificabili (in proposito v. *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004; in merito al rapporto tra libero convincimento e prova scientifica, si veda più di recente CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena, 2018, e anche ID., *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019).

¹²⁴ L'interrogativo è stato posto, seppur in diversi modi e toni, ad es. da ALEO, *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Torino, 1999 e, più recentemente, anche ID., *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2009 101 ss.; CARUSO, *Gli equivoci*, cit.; DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 11, 2012, 3913 ss.; DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, II, a cura di De Francesco, 2011, 199 ss.; PADOVANI, *La concezione finalistica*, cit., 405 ss.; VALLINI, «Cause sopravvenute da sole sufficienti», cit.

buon conto «una categoria quanto meno infida, destinata a tradursi in apriorismi concettuali indimostrabili [...] quali sarebbero le leggi scientifiche di copertura destinate a fornire la spiegazione del nesso tra una condotta comunicativa e la psiche, o, peggio ancora, l'evento eventualmente provocato?»¹²⁵. Del resto, in caso contrario risulterebbe smentita la stessa capacità di “libere scelte d'azione” dell'essere umano; capacità che, difatti, nel diritto penale è generalmente data per postulata¹²⁶. Inoltre, lo stesso codice ammette la punibilità del contributo di minima importanza (art. 114 c.p.), smentendo dunque ricostruzioni *causalistiche* della correttezza.

Insomma, sembra piuttosto evidente che, in ambito concorsuale, il giudizio di “causalità” non abbia reali possibilità d'impiego. A ben vedere, infatti, esso potrebbe tutt'al più essere sorretto da «massime di esperienza» di stampo, però, puramente aneddotico, e dunque “ascientifico”¹²⁷. Che non lo si possa applicare

¹²⁵ I virgolettati sono ripresi da PADOVANI, *La concezione finalistica*, cit., 406, che evidenzia come «la causalità “psichica” è in realtà figlia di una psicologia indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno, e che sopravvive soltanto nelle pagine di qualche manuale penalistico o di qualche sentenza proclive a motivare ricorrendo a *tópoi* concettuali frusti e bislacchi». Sul tema della causalità psichica si veda inoltre CASTRINUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di De Francesco-Piemontese-Venafro, Torino, 2010, 189 ss.; CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di Canestrari-Fornasari, Bologna, 2001, 187 ss.; ENGISCH, *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, 1963, 247, ss.; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 814. Accanto alla causalità psichica, altro (noto) punto dolente dell'impiego del referente causale, o meglio logico-condizionalistico (come visto, infatti, è un modello causale privo di leggi scientifiche, dunque non propriamente eziologico), in ambito concorsuale, è come noto quello del c.d. «regresso a infinito», che porta a considerare «causa» di un delitto un numero non definibile di condotte umane, comprese anche quelle degli antenati che hanno “messo al mondo” il delinquente che ha compiuto il fatto (i sostenitori di questa teoria, infatti, ritenevano «che l'assoluzione potesse da essi essere raggiunta solo negando il dolo e la negligenza», cfr. ROXIN-GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 2020 § 11, par. 39, 474, brano liberamente tradotto in italiano dallo scrivente; sul punto v. per tutti CORNACCHIA, *Causa libera oder causa finalis? Überlegungen zur Regressverbotslehre Hruschkas*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2019, 345 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 275 ss.; MEZZETTI, *Autore del reato*, cit.).

¹²⁶ Come rileva F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 683, «l'ipotesi della libertà di scelta” è il presupposto logico dello stesso “diritto penale”».

¹²⁷ A riguardo, più di recente, RISICATO, *La causalità psichica*, cit., 74 ss., propone di «temperare il vincolo della *condicio sine qua non* per approdare a modelli di indagine causale che siano, al tempo stesso, “elastici” ma oggettivamente attendibili: in grado, cioè, di indirizzare l'interprete nel senso della sussistenza, o dell'assenza, di un'interazione psichica comunque rilevante, in concreto, ai fini della realizzazione del reato». A tal proposito, si propone il concetto di «leggi sociali di copertura», basato

nei termini propri e rigorosi che ha assunto, poi, è reso evidente anche dal più recente impiego del concetto di «causalità agevolatrice» che, com'è già stato condivisibilmente osservato, si riduce a un vero e proprio ossimoro concettuale, poiché evidentemente «la causalità non causante è una non causalità»¹²⁸. In definitiva, in ambito concorsuale, i criteri di matrice «causale» non posseggono né una reale capacità esplicativa, né tantomeno una effettiva capacità selettiva delle interrelazioni umane penalmente significative¹²⁹. Invero, essi appaiono ormai più che altro un «espediente retorico, che nasconde, più di quanto non spieghi, la *ratio* decisoria che guida il giudice»¹³⁰.

Ciò risulta ben evidente andando ad analizzare le scarse capacità performative che la «causalità concorsuale» ha dimostrato, nelle decisioni rese sullo spinoso tema del c.d. «concorso esterno» nel reato associativo, in specie di stampo mafioso¹³¹.

La storia è conosciuta, perciò non si tedierà chi legge con una sua ricostruzione analitica¹³². Sinteticamente, si può dire che il concorso esterno nasce

essenzialmente sul riscontro «*per facta*, dell'effettività del contributo del partecipe, nel senso di un suo reale inserimento nella dinamica della concreta attuazione criminosa. Si tratta, cioè, di accertare se il partecipe abbia messo «qualcosa di suo» nella realizzazione criminosa, rendendola quindi parzialmente propria». Il criterio non viene ulteriormente precisato, e mancano sperimentazioni applicative su ipotesi concrete di concorso, pertanto non è possibile apprezzarne la regola operativa. Nondimeno, quel che sembra evidente è che, così inteso, il giudizio perde la sua natura «causale»: i contegni, infatti, non vengono più apprezzati in relazione alle conseguenze che producono, quanto piuttosto alle modalità di realizzazione del fatto per come «storicamente» invertisi nella realtà. Per questa via, peraltro, ci si avvicina alla prospettiva che si sta per illustrare *infra*, confermando quantomeno la bontà quantomeno dell'impostazione assunta dal punto di vista che si andrà a presentare.

¹²⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 564.

¹²⁹ Difatti, anche quando intesi nei più ampi (e laschi) termini della «causalità agevolatrice», finiscono come noto per non riuscire a gestire linearmente (ossia senza ricorrere a contorcimenti logico-verbali) i casi tipo del concorrente inutile e del compartecipe maldestro.

¹³⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 530.

¹³¹ In argomento si rinvia per tutti a CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2019; *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca-Visconti, Torino, 2010; VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

¹³² Oltre ai contributi già segnalati, si rimanda a DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1266 ss.; FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 253 ss.; MAIELLO, *La partecipazione associativa tra (fuga della) tipicità e (assorbimento nella) prova*, in *Giur. it.*, 2022, 3, 732 ss.; PADOVANI, *Il concorso esterno: alla ricerca del bandolo di*

essenzialmente per dare risposta a tutte quelle condotte volontarie di concreto «fiancheggiamento» delle consorterie criminali, prestate da soggetti che si mantengono però al loro esterno (i «non affiliati», insomma): si pensi al professionista che si occupi di riciclare e reimpiegare i proventi illeciti, oppure all'intermediario o al pubblico ufficiale negli scambi di matrice amministrativa o giudiziaria, all'imprenditore che recuperi servizi, risorse e utilità, e così via¹³³.

Per cercare di cogliere questa particolare fenomenologia criminosa, molto significativa dal punto di vista politico-criminale, la giurisprudenza ha proposto nel tempo una serie di criteri differenti, dando vita a orientamenti sensibilmente altalenanti che si sono protratti per lungo tempo. Come noto, proprio a cagione della sua elevata varianza, il diritto vivente formatosi sul concorso esterno dopo l'introduzione del reato di associazione mafiosa (l. n. 646 del 1982, c.d. «Rognoni-La Torre»), è stato in tempi più recenti censurato dalla IV Sezione della Corte EDU, nel noto caso «Contrada c. Italia»¹³⁴: in quella sede, infatti, si è ritenuto che le pronunce discordanti che si sono susseguite sino al primo intervento - reputato in qualche modo «stabilizzatore» - delle Sezioni Unite nel 1994, abbiano pregiudicato il diritto del cittadino alla legalità penale (art. 7 CEDU)¹³⁵.

un'intricata questione, in *Legislazione penale*, 2012, 729 ss.

¹³³ Si veda per es. Cass., Sez. I, 11 febbraio 2022, n. 8123, in www.italggiure.giustizia.it, relativa all'attività di «intermediazione criminale» svolta da un commercialista, che permetteva ad alcune 'ndrine, tra l'altro, di «operare in regime monopolistico nel settore del trasporto di prodotti alimentari»; Cass., Sez. II, 2 luglio 2018, n. 45402, in www.italggiure.giustizia.it, relativa alla stipula di un «patto di scambio» con un esponente politico volto a favorire gli interessi di una cosca in cambio di appoggio elettorale; ancora, Cass., Sez. V, 10 gennaio 2019, n. 18256, in www.italggiure.giustizia.it, relativa a due imprenditori che hanno consentito l'inserimento di alcune «imprese mafiose» in un remunerativo appalto per la realizzazione dei lavori pubblici di metanizzazione, contribuendo inoltre anche alla corruzione del «pizzo» da parte dell'impresa appaltatrice.

¹³⁴ C. EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, in hudoc.echr.coe.int.

¹³⁵ Nel ricorso promosso dai legali del Contrada vi è tuttavia un elemento di non poco momento: si afferma che l'istituto è di matrice prettamente giurisprudenziale, e questa affermazione non verrà poi contestata dalle parti (v. § 66 della pronuncia C. EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, cit.). Invero, com'è stato rilevato, il concorso esterno, pur non essendo definito dalla legge, è tuttavia quantomeno autorizzato da essa, in particolare dal combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p. In tal senso, il concorso esterno è dotato di una base normativa, ed è semmai il suo contenuto a esser stato definito dalla giurisprudenza. Tale dinamica, però, non vale soltanto per il concorso esterno in associazione mafiosa, ma più in generale per il concorso eventuale. In effetti, questa sembra essere proprio una peculiarità che contraddistingue, in generale, la (tautologica) fattispecie plurisoggettiva delineata dall'art. 110 c.p. Seguendo questo ragionamento, pertanto, la Corte di Cassazione ha affermato che «la fattispecie di "concorso esterno" in

Mettendo da parte il dibattito sollevato dalla decisione resa dai giudici di Strasburgo¹³⁶, qui conta rilevare che, anche a seguito della citata pronuncia a Sezioni Unite del 1994, c.d. «Demitry» dal cognome dell'imputato¹³⁷, gli orientamenti hanno invero continuato a oscillare, anche in considerazione dei molteplici rilievi che sono stati mossi ai criteri interpretativi proposti. In effetti, secondo tale pronuncia, potevano essere qualificati quali contributi concorsuali esterni, soltanto quelle condotte tali da «consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi», poste in essere da soggetti ai quali essa si è rivolta «sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia [...] nel momento in cui la “fisiologia” dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno»¹³⁸. Come si vede, al fine di formulare un'interpretazione più restrittiva dell'istituto, gli ermellini hanno arricchito il concorso eventuale in associazione mafiosa con elementi del tutto *praeter legem*, difficilmente accertabili e per giunta discutibili dal punto di vista politico-criminale: anzitutto, il contributo concorsuale viene riferito non alla condotta dei singoli associati, ma all'associazione criminosa nel suo complesso; in secondo luogo, esso viene ritenuto penalmente rilevante

associazione di tipo mafioso non costituisce un istituto di creazione giurisprudenziale, bensì è conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 cod. pen., che trova applicazione al predetto reato associativo qualora un soggetto, pur non stabilmente inserito nella struttura organizzativa del sodalizio (ed essendo quindi privo dell'“affectio societatis”), fornisce alla stessa un contributo volontario, consapevole concreto e specifico che si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione» (cfr. Cass., Sez. V, 13 ottobre 2015, n. 2653 in www.italgiure.giustizia.it; *contra*, ad es., MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., *passim*, a parere del quale la giurisprudenza, optando per una ricostruzione del concorso esterno come “concorso nell'associazione” - piuttosto che nelle condotte, tipizzate, dei singoli associati - è andata oltre le opzioni ermeneutiche supportate dal combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis*, introducendo di fatto un nuovo reato nell'ordinamento giuridico).

¹³⁶ Sul punto v. AMARELLI, *L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza Contrada*, in www.discrimen.it, 10 febbraio 2021; DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12 ss.; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 346 ss.; MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 181 ss.; sull'applicabilità della sentenza *contrada* ai c.d. «casi analoghi» o «fratelli minori», v. da ultimo Cass., SS.UU., 03 marzo 2020, n. 8544, in www.italgiure.giustizia.it.

¹³⁷ Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, in www.italgiure.giustizia.it.

¹³⁸ Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, cit.

soltanto quando si accerti che esso sia stato in grado, addirittura, di consentire la sopravvivenza di tutta o parte della consorteria; infine, la condotta deve essere stata compiuta durante una fase «patologica» dell'associazione mafiosa, in un momento di sua «fibrillazione», configurando in tal modo il concorso esterno come “eccezionale”, destinato a trovare spazio soltanto in momenti affatto particolari¹³⁹.

Nel tentativo di individuare dei criteri interpretativi più soddisfacenti e condivisi, che non gravassero inoltre la magistratura requirente dell'immane compito di dimostrare – processualmente e oltre ogni ragionevole dubbio – non soltanto la natura quasi “salvifica” della condotta “esterna”, ma anche il suo porsi in una fase in qualche modo “patologica” della consorteria, le Sezioni Unite sono ritornate sulla questione nel 2002, con la sentenza c.d. «Carnevale» (stavolta dal nome del giudice estensore)¹⁴⁰. Invero, la decisione si pone sostanzialmente sulla linea tracciata dalla sentenza «Demitry», però si elimina il riferimento alle fasi di «fibrillazione» dell'associazione¹⁴¹, e si allarga il criterio di rilevanza dei contributi concorsuali sino a ricomprendere le condotte anche solo «idonee», non tanto ad adiuvare i contegni partecipativi dei singoli associati¹⁴², quanto,

¹³⁹ In proposito si rinvia per tutti ai rilievi di FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. pen.*, 2003, 691 ss.; IACOVELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2081; INSOLERA, *Il concorso esterno in delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, 2, 426; PAPA, *Un «baco del sistema»? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *Leg. pen.*, 2003, 697 ss.

¹⁴⁰ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, in *www.italgiure.giustizia.it*.

¹⁴¹ Si afferma infatti che «la fattispecie concorsuale sussiste anche prescindendo dal verificarsi di una situazione di anomalia nella vita dell'associazione» (cfr. Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, cit.).

¹⁴² Sul punto si specifica che «la configurazione del concorso esterno alla stregua di un contributo al singolo partecipante e non al complesso dell'organizzazione dell'associazione rischia di condurre ad una surrettizia assimilazione fra associazione e mero "accordo" criminoso e fa venir meno il discrimine [...] rispetto alla condotta di favoreggiamento o di assistenza agli associati (come pure ai casi di concorso nei singoli reati-scopo), [...] Senza dire che, come pure si è osservato, con la tesi propugnata si produrrebbero, in realtà, effetti peggiori di quelli che si vorrebbero evitare: da un lato, l'accollamento all'*extraneus* del peso di un fatto delittuoso collettivo per avere tenuto una condotta diretta esclusivamente ad agevolare un singolo partecipante e non l'intera associazione, con il conseguente effetto di reale violazione del principio personalistico della responsabilità penale; dall'altro, l'estensione delle aree delle condotte potenzialmente incriminabili, dal momento che il riferimento alla singola condotta partecipativa come "evento" su cui misurare il contributo causale del concorrente è certamente qualcosa di meno pregnante rispetto all'organizzazione associativa complessivamente considerata» (cfr. Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, cit.).

ancora una volta, a rafforzare l'associazione nel suo complesso: «il contributo richiesto al concorrente esterno deve poter essere apprezzato come idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza, a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell'associazione». In breve, dunque, si continua a costruire il concorso esterno quale reato di evento, ampliando però considerevolmente la rilevanza obiettiva della condotta del fiancheggiatore grazie all'introduzione di un parametro, quello dell'idoneità *ex ante*, significativamente adoperato dal codice per la valutazione della configurabilità del tentativo (art. 56, co. 1, c.p.). Così facendo, però, la capacità selettiva della fattispecie concorsuale viene del tutto dispersa, a favore della soddisfazione delle esigenze probatorie della pubblica accusa¹⁴³.

Sull'onda delle critiche dottrinali ingenerate dalla pronuncia del 2002, si arriva infine nel 2005 al terzo intervento a Sezioni Unite, a cui si è poi uniformata (almeno nei richiami formali) anche la giurisprudenza successiva¹⁴⁴. Si tratta della pronuncia resa sul caso che ha coinvolto l'On. Calogero Mannino¹⁴⁵, ove si è in buona sostanza adattato anche a questo contesto concorsuale, il già citato criterio della "causalità agevolatrice": ai sensi di questa pronuncia, infatti, è rilevante quel contributo che, «all'esito della verifica probatoria *ex post*» sulla sua efficacia causale, si sia dimostrato in grado di incidere «effettivamente e significativamente, di per sé [...], sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali»¹⁴⁶.

Nell'asserito tentativo di soddisfare meritorie ragioni garantistiche¹⁴⁷, dunque, si ripropone un concetto epistemologicamente incongruo con riferimento alle

¹⁴³ DE FRANCESCO, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *Leg. pen.*, 2003, 704; FIANDACA, *La tormentosa vicenda*, cit.; contra DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1326, secondo il quale si sarebbe al cospetto di «una precisazione con effetti tendenzialmente restrittivi, in quanto si richiede [anche] una più pregnante (intima?) adesione da parte del concorrente eventuale alle finalità istituzionali del sodalizio».

¹⁴⁴ V. per esempio la nota pronuncia Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727, in www.itagliure.giustizia.it, su cui v. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 151 ss.

¹⁴⁵ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in www.itagliure.giustizia.it.

¹⁴⁶ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, cit.

¹⁴⁷ Consistenti nel restringere l'amplessissimo criterio dell'idoneità causale del contributo concorsuale.

condotte umane¹⁴⁸, e per giunta inaccertabile processualmente. In effetti, non si vede quali strumenti abbia il giudice per ponderare l'incidenza di un contributo individuale su un conglomerato criminale, magari transnazionale, riguardo al quale è facile, oltretutto, che difettino fondamentali elementi conoscitivi (sui suoi «numeri», sui suoi “bilanci” e sulle sue più sottili ramificazioni e reali potenzialità operative, infatti, si può, molto spesso, soltanto speculare); inoltre, a causa della molteplicità delle variabili indipendenti in grado di influire su un'entità di simili dimensioni, un giudizio di esclusione dei nessi causali alternativi che non voglia ridursi a mera formula di stile è davvero arduo da sviluppare (non, almeno, se si vuole rispettare lo standard dell' «oltre ogni ragionevole dubbio»). Più in radice, il giudice ha il compito di – e gli strumenti processuali per – giudicare responsabilità individuali, non per valutare la consistenza e le dinamiche complessive di macro-fenomeni criminosi considerati nella loro portata complessiva.

A ben vedere, perciò, quel che sembra effettivamente richiedersi al giudicante, quando gli si prescrive l'esecuzione di valutazioni di questo tipo, è essenzialmente una stima aneddotica sulla *riprovevolezza* del contegno mantenuto dall'agente, condita possibilmente da un qualche elemento probatorio che attesti quantomeno la «concretezza» del contributo prestato¹⁴⁹. Un giudizio evidentemente arbitrario, dunque, che viene però travestito con le regali vesti di un criterio, quello di causalità, che in altre sedi opera in termini realmente selettivi e falsificabili, ma che in ambito concorsuale non può funzionare. Ne deriva una giurisprudenza che dichiara, sì, fedeltà alla sentenza «Mannino», ma ne impiega i canoni secondo una logica inevitabilmente “spannometrica”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ V. *supra*.

¹⁴⁹ Su questo la giurisprudenza è piuttosto ferma, v. *ex multis* Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2014, n. 8674, in www.itagliure.giustizia.it; Cass., Sez. VI, 18 giugno 2014, n. 33885, in www.itagliure.giustizia.it; Cass., Sez. V, 7 ottobre 2016, n. 47574, in www.itagliure.giustizia.it.

¹⁵⁰ Sul punto si veda inoltre FIANDACA-VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto «polemico»*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 496, che tra l'altro registrano chiaramente come «il rigoroso modello di causalità *ex post*, così come “codificato” in particolare dalle sezioni unite Mannino, [non] sia finora risultato un modello adeguato e appagante di soluzione per via giudiziale della problematica a tutt'oggi tormentosa del concorso esterno»; v. inoltre PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, 2.

Quel che si coglie a consuntivo, in definitiva, è una vera e propria eterogenesi dei fini di interpretazioni pur mosse dall'intento di irregimentare l'accertamento del giudice, conformemente a pretese garantistiche, adoperando però categorie che "suonano" rigorose, ma non sono affatto stringenti rispetto al caso specifico. Un difetto di attenzione per la questione della «praticabilità», dunque, ha in realtà disinnescato gli strumenti di controllo e di critica razionale delle decisioni giurisprudenziali garantiti all'imputato dal suo diritto («supremo») di difesa (art. 24 Cost.)¹⁵¹.

4.1.1. *Il criterio della strumentalità del contributo concorsuale.* L'insoddisfazione generata dalle *performance* euristiche e applicative dell'approccio «causale» al problema concorsuale, che come si è visto proprio in materia di *concorso esterno* ha raggiunto il suo apice, ha fornito occasione e stimolo per la ricerca di approcci differenti, in grado di restituire la dovuta selettività alle ricostruzioni delle interrelazioni tra contegni atipici penalmente rilevanti¹⁵².

In effetti, è proprio muovendo dalle criticità del criterio causale che si è potuto sviluppare in dottrina un proficuo indirizzo volto a rileggere il problema concorsuale diversamente valorizzando i nessi tra le singole condotte. A ben vedere, infatti, in tale ambito la lettura eziologica promette quello che non può dare:

- i. in primo luogo, non riesce a spiegare le relazioni tra le diverse condotte umane, tant'è che si è dovuto nel tempo ripiegare su un concetto, quello di «agevolazione» (o, nel caso del concorso esterno, «rafforzamento»), che oltre a essere generico, non ha alcun legame con le esplicazioni causali;

¹⁵¹ Sul diritto di difesa quale diritto «supremo» del nostro ordinamento costituzionale, che non può dunque essere sovvertito neppure da leggi di revisione costituzionale o da documenti normativi "sovraordinati" (si pensi ai Trattati dell'Unione Europea), v. Corte. cost., 2 febbraio 1982, 18, Corte. cost., 21 aprile 1989, n. 232, Corte. cost., 15 luglio 1992, n. 329, Corte. cost., 22 ottobre 2014, n. 238 e, da ultimo, Corte. cost., 24 gennaio 2022, n. 18, in www.giurcost.org; sul concetto di principi «supremi» della Costituzione si rinvia per tutti a CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *For. it.*, 1995, 4, 153 ss.; FARAGUNA, *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

¹⁵² Si veda per esempio DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, cit.; più di recente, la proposta di LOSAPPIO, *La caccia*, cit., 23 ss.

- ii. in secondo luogo, pretende di determinare la rilevanza delle azioni concorsuali rapportandole a un risultato, quello della produzione dell'evento, che è invece il prodotto finale del complessivo convergere di più azioni distinte¹⁵³.

Invero, quel che si può misurare è, al più, la portata condizionalistica, rispetto all'evento, del *complesso* dei conegni funzionali alla sua realizzazione. In fin dei conti, sembra essere proprio questo che contraddistingue il concorso di persone nell'ottica della fattispecie plurisoggettiva eventuale: il dar vita a un fenomeno composto, per l'appunto, da «più persone», che unitariamente, grazie alle interrelazioni tra i loro contributi, realizzano (causalmente) il reato. Pertanto, sarebbe inutile cercare di raffrontare le singole parti di quell'insieme – ossia i diversi comportamenti umani di cui si compone – con l'evento finale. Sembra più proficuo, piuttosto, studiare cosa rende una *parte* significativa per l'*insieme* in cui la si vuole collocare, e dunque, fuor di metafora, quale sia la tipologia di collegamento in grado di rendere una determinata condotta umana rilevante per il contesto concorsuale complessivo in cui essa ha luogo. Ciò significa, quindi, *valutare il contributo in rapporto agli altri contributi, più che in relazione all'evento finale*.

Prendendo le mosse da queste considerazioni¹⁵⁴, autorevole dottrina ha proposto il concetto di «strumentalità» come chiave per decodificare la rilevanza

¹⁵³ V. *supra*, par. 4.1.

¹⁵⁴ Su cui aveva peraltro già riflettuto INSOLERA, *Problemi di struttura*, cit., (v. anche ID., *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, agg. I, 2000, 73 ss.), adoperandole per proporre di valorizzare il concetto di «organizzazione» quale referente fondamentale per l'interpretazione della fattispecie plurisoggettiva eventuale. In sintesi, si è suggerito di condizionare l'applicazione degli artt. 110 ss. c.p. alla verifica delle modalità in cui la singola condotta concorsuale viene a inserirsi nel complesso organizzativo che ha *cagionato* l'evento illecito: nello specifico, si deve individuare come il singolo agente abbia contribuito alla «organizzazione del reato, » perché è in base a questo che si potrà determinare l'appartenenza o meno al *gruppo* che, solo nel suo insieme, è compiutamente responsabile di aver realizzato il fatto illecito. Ci si disinteressa, dunque, del rilievo causale del singolo conegno, per guardare invece al modo in cui esso ha obiettivamente influito sul complesso organizzativo che ha prodotto il reato. L'autorevole proposta dottrinale, tuttavia, non definisce in cosa il concetto di «organizzazione» specificamente consista, e quale differenza intercorra esattamente tra la «organizzazione» che caratterizza la fattispecie plurisoggettiva eventuale e, ad esempio, quella associativa; per non dire, poi, che non necessariamente il concorso eventuale nel reato presuppone una organizzazione. In definitiva, perciò, dal punto di vista operativo la teoria non fornisce coordinate sufficientemente specifiche all'interprete, in grado di guidarlo nella soluzione dei diversi casi problematici che ricorrono nella prassi (per una sintesi delle principali criticità della presente ricostruzione del concorso di persone, si rinvia per tutti a PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come*

penale delle condotte concorsuali¹⁵⁵. In modo molto lineare, si osserva come l'unico dato che consenta di far ritenere inequivocabilmente una condotta umana "significativa" ai fini della perpetrazione di un reato, è che la stessa si ponga in rapporto (non di causa-effetto, bensì) di mezzo-scopo con esso, ossia che si riveli *ex post* «funzionale» alla realizzazione dell'evento illecito nel quadro degli altri contegni che sono stati necessari a realizzarlo. Il fuoco del ragionamento, dunque, si sposta dal «risultato» conseguito dal gruppo, ossia il fatto tipico, alle modalità operativa con cui quel gruppo lo ha ottenuto: è necessario cioè che il contributo influisca sulla concreta dinamica realizzativa che ha portato al compimento del fatto illecito, dimostrandosi strumentale (non alla realizzazione dell'evento, ma) ai comportamenti che, consequenzialmente, hanno portato all'integrazione del reato (c.d. nesso di «congruenza strumentale»). Al fine di dare concretezza a questo concetto, si propone uno schema applicativo semplice e, si potrebbe forse dire addirittura scarno: si deve andare a verificare la « scelta » di "utilizzare" il contributo (ad es., quello consistente nel fornire mezzi, informazioni, aiuti di vario tipo) di altri soggetti, finalizzandolo alla commissione del fatto delittuoso [...] ragionando in questa prospettiva, ogni qual volta possa affermarsi che l'apporto fornito non sia restato senza seguito, il concorso dovrebbe essere comunque riconosciuto [...] anche se poi gli sviluppi ulteriori possano comportare modifiche dell'apporto precedente (od anche coevo), purché queste risultino tuttora funzionalmente connesse alla condotta *de qua agitur*»¹⁵⁶.

Come si vede, il contributo concorsuale viene lumeggiato in modo chiaro, attraverso uno strumento concettualmente semplice e che non poggia su nessun implicito dogmatico. Quello strumento concettuale, inoltre, non viene

reato (Anno Accademico 2009/2010), in Giustizia criminale. radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente, Pisa, 2015, 158 ss.).

¹⁵⁵ DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., 3913 ss.; ID., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 334 ss.; riprende adesivamente questa teoria CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 687 ss.

¹⁵⁶ DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., 3918 ss., ove si precisa che, in caso di cooperazione colposa, non si debba guardare alla finalizzazione del contributo altrui verso la commissione del fatto delittuoso, quanto piuttosto alla scelta di «renderlo concretamente operativo grazie al compimento di quest'ultima».

solamente richiamato, ma viene adeguatamente esplicito e tradotto in uno schema di accertamento processualmente verificabile e impiegabile, su cui può dunque proficuamente spendersi anche il contraddittorio tra le parti, e la successiva verifica della «logicità» dell'ordito motivazionale del decidente.

Per facilitarne la comprensione e trasformare la ricostruzione interpretativa proposta in un concreto «programma d'azione»¹⁵⁷ che renda ben evidente il criterio d'accertamento e la regola decisoria da impiegare, si offrono molteplici esempi applicativi su casi di contributo materiale e morale, nonché sugli annosi problemi sollevati dalle azioni dei complici inutili e maldestri¹⁵⁸. Uno dei banchi di prova più importanti su cui ci si sofferma è costituito proprio dal concorso esterno in associazione mafiosa, attualmente dominato come visto da un criterio, quello causale, non soltanto incongruo rispetto ai referenti di partenza (le libere condotte poste in essere dagli agenti umani che hanno partecipato all'impresa criminosa), ma anche impraticabile in relazione ai risultati con cui li si vogliono raffrontare¹⁵⁹. Adottando il criterio della congruenza strumentale delle condotte, invece, si sostituiscono formule verbali certo altisonanti, ma inverificabili - e dunque abbandonate all'arbitrio del decidente - con procedure di accertamento normativamente fondate, concettualmente chiare e processualmente ben impiegabili. Anzitutto il referente della condotta del fiancheggiatore deve essere ricavato «secondo i principi generali, dall'integrazione della norma dell'art. 110 con le attività proprie di coloro che figurano quali responsabili del reato associativo»; conseguentemente, il contributo *esterno* non dovrà essere raffrontato con gli scopi e la consistenza della consorceria criminale complessivamente considerata (semmai fosse possibile farlo), bensì se ne dovrà verificare la «congruenza strumentale» rispetto «alla scelta da parte degli associati [...] di finalizzarla alla realizzazione del programma ad essi comuni; in altri termini, nella misura in cui tali soggetti abbiano richiesto (o comunque accettato) il predetto contributo in funzione del perseguimento di un simile programma [...] sarà appunto riscontrabile quell'utilizzazione della condotta consistente nel

¹⁵⁷ SOTIS, *Formule sostanziali*, cit., 1150, che attribuisce la paternità dell'espressione a Francesco Viganò.

¹⁵⁸ DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., 3920 ss.

¹⁵⁹ V. *supra*, par. 4.1.1.

“destinarla”, a sua volta, al ruolo di “mezzo” ulteriore per la realizzazione degli obiettivi propri dell’organismo criminale’»¹⁶⁰. Così, ad esempio, il professionista che progetti, prepari e persino consegni ai partecipanti della cosca un sistema informatizzato per il riciclo e reimpiego dei proventi illeciti che non venga, però, in alcun modo adoperato, non potrà essere ritenuto un concorrente esterno del delitto di associazione mafiosa; al contrario, potrà essere punita ai sensi degli artt. 110 e 416 c.p., la promessa di un pubblico funzionario di distarre determinate erogazioni pubbliche a vantaggio della cosca, laddove tale promessa sia stata però effettivamente adoperata¹⁶¹ dagli associati, ad esempio, per la costruzione di società fantoccio e l’instaurazione di canali interbancari di copertura per permettere l’approdo di quelle stesse erogazioni¹⁶².

5. *Considerazioni conclusive.* Sono passati quasi tre secoli da quando «Dei delitti e delle pene» e «Lo spirito delle leggi» sono stati pubblicati. Buona parte delle esigenze di tutela che allora venivano propugnate, e alcune delle soluzioni di garanzia che venivano escogitate dinanzi al dispiegarsi del potere pubblico, hanno superato il logorio del (molto) tempo trascorso¹⁶³.

Tali esigenze di tutela, tuttavia, risultano oggi ambientate in un contesto sociale, economico, istituzionale e culturale drasticamente differente, col quale è doveroso fare i conti. In quasi trecento anni, poi, l’approfondimento teorico-

¹⁶⁰ DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., 3924, con relativi esempi di casi di concorso esterno realizzati attraverso contributi materiali e morali.

¹⁶¹ L’attività deve essere accertata come svolta “a seguito” e “per la soddisfazione” di tale promessa, e questo può essere corroborato non soltanto attraverso intercettazioni e collegamenti cronologico-funzionali tra le attività, ma ad esempio anche riscontrando l’attenzione, nella costruzione degli schemi societari e bancari, ai requisiti richiesti e alle attività di accertamento solitamente svolte dall’amministrazione di cui il funzionario fa parte.

¹⁶² Sul punto v. anche MOROSINI, *Riflessi penali e processuali del patto di scambio politico-mafioso*, in *Foro it.*, 2001, II, 85 ss.

¹⁶³ Non è davvero un caso, infatti, che l’illuminismo penale costituisca ancora un punto di riferimento fondamentale, e un luogo retorico immancabile, quando si riflette (o persino si vagheggia) sui tratti di un sistema punitivo suppostamente razionale, garantista e liberale (v. ad esempio *Alle radici del diritto penale moderno. L’illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, a cura di Picotti, Napoli, 2015; COCCO, *L’eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano, 2016, 1 ss.; FERRAJOLI, *Cos’è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 129 ss.; IPPOLITO, *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Napoli, 2014).

generale¹⁶⁴ delle dinamiche che interessano la vita concreta degli istituti giuridici, in particolar modo di quelli giuspenalistici, ha portato alla luce dati problematici dai quali non è saggio (né metodologicamente corretto) prescindere, soprattutto se si vogliono perseguire strategie di salvaguardia delle prerogative individuali opportunamente attualizzate¹⁶⁵. In altri termini, non si può continuare a ragionare, oggi, di principi e di garanzie, adoperando come “unità di misura” categorie e istituti edificati, tra l’altro, sul presupposto di una generale messa al bando dell’attività interpretativa, e di una conseguente visione del giudice quale *nunzio del Parlamento*¹⁶⁶; ancora, non si può continuare a pensare – a maggior ragione alla luce dell’esperienza maturata dalle democrazie parlamentari costituzionali – che la legge ordinaria sia, quasi per “statuto ontologico”, l’unico

¹⁶⁴ E, si potrebbe aggiungere, le acquisizioni conoscitive ed esperienziali che si sono acquisite (a tacer d’altro, molto banalmente, “nel frattempo” le democrazie sono nate, e hanno lasciato dati ed esperienze significativi su cui riflettere).

¹⁶⁵ V. *supra*, par. 2 ss.

¹⁶⁶ V. inoltre *supra*, nt. 21 e 24. Gli esiti non desiderabili di un approccio “econometrico” *à la Beccaria* alla giustizia penale, che persegue un modello quasi «algebrico» di decisione giudiziale, iniziano a emergere con maggiore evidenza a seguito dell’avvento delle forme più avanzate della c.d. «Intelligenza artificiale». Invero, fomentando a lungo il mito della *certezza*, *prontezza* e della assoluta imparzialità dei processi di irrogazione delle pene, ci troviamo adesso a fare i conti con una tecnologia pensata per rendere non soltanto “predicibili” le applicazioni dei precetti (2+2 farà sempre 4), ma addirittura «fattuale» la loro osservanza. Ciò significa, però, sacrificare del tutto gli spazi di libertà e, dunque, in certo qual modo, anche d’innovatività (nei comportamenti e nelle valutazioni sui comportamenti) che la controfattualità “di matrice umana” inevitabilmente consente, ponendo così le premesse per una società securitaria che porta a coronamento massimo la fiducia nella tecnica e la sfiducia nel prossimo (in materia v. per tutti GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica*, Padova, 2022; GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021). Se si vuole contrastare questa prospettiva, bisogna tornare a riflettere criticamente sul “cuore antico” che alimenta queste innovative soluzioni tecnologiche, e dunque sui «postulati normativo-ordinamentali» che vi sono programmati all’interno, accettando però i costi derivanti da una loro reiezione. In tal senso, una possibile strada alternativa per meglio «bilanciare» gli interessi della sicurezza e della libertà nella società *artificialmente* aumentata alla porte, potrebbe essere quella di limitare i «precetti e i divieti penali» soltanto alla «tutela della libertà», e intenderli quali «*prima ratio*» per la sua protezione, «ogniquale volta una tutela più intensa dei beni giuridici (ad es. attraverso il controllo amministrativo, la regolamentazione o l’intervento tecnico) non sarebbero nel *complesso* necessaria o appropriata, in quanto comporterebbe un onere *eccessivo* per i singoli individui o per la comunità [...] il necessario equilibrio e bilanciamento delle libertà dovrà in futuro anche essere collegato allo specifico settore. il diritto penale inteso come diritto liberale volto alla tutela della libertà non dovrebbe quindi essere applicato ovunque e in generale. la teoria liberale del diritto penale è concio tuttavia obbligata a collocare le libertà e la tutela dei beni giuridici in un processo aperto di bilanciamento» (cfr. le fondamentali riflessioni di BURCHARD, *L’intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 1909 ss., a cui si rimanda per approfondimenti).

strumento «necessario e sufficiente» a rendere, al contempo, compiutamente razionale, comprensibile, prevedibile e democratica la politica criminale¹⁶⁷. Del resto, appare ormai evidente che «chi avesse pensato di ridurre il diritto alla *lex scripta et certa*, si trova smarrito in una rete normativa ed *extranormativa* di «fonti», di «cause» e di «attori» che lo chiama continuamente a un'attività di lotta per il *ius*, anche per ricostruire il contenuto più tassativo e determinato della *lex*»¹⁶⁸

Se così stanno le cose, si tratta di integrare gli schemi che ci hanno preceduto, e che abbiamo fortunatamente ereditato, con ciò che abbiamo potuto conoscere e apprendere sino a oggi, e dell'oggi, così da elaborare nuovi accorgimenti utili ad evitare che allo sfaldamento, nei fatti, dei precedenti assetti e assunti, segua anche l'abbandono di perduranti e vive esigenze di tutela.

Ora, nella mancanza ormai cronica di una politica criminale degna di questo nome¹⁶⁹, e considerata anche la frammentazione degli *amministratori* della giustizia – da sempre potere diffuso, ma in tempi più recenti anche frammentato e conflittuale – la dottrina si trova in una posizione più vantaggiosa rispetto al recente passato, per cercare d'incidere sull'orientamento dei nuovi assetti di tutela del diritto penale post-moderno. Inoltre, il profilo scientifico, il pluralismo culturale, la propensione a un metodo dialogico su ampia scala e la particolare libertà e indipendenza professionale sono tutte qualità che soltanto la comunità di studiosi può vantare, e che in questo specifico contesto risultano

¹⁶⁷ Sul punto si rinvia nuovamente pure alle considerazioni di Scarpelli, citate *supra*, nt. 14; tutto ciò, lo si ribadisce, non significa «abbandonare» la legalità, quanto piuttosto il c.d. «legicentrismo», almeno nella sua accezione più ortodossa (che, in fin dei conti, si traduce in un'ideologia che impedisce di fare i conti con la realtà della giuridicità; sul punto v. anche GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari, 2020). D'altra parte, i penalisti sono già piuttosto avvezzi a ritornare criticamente, e a ridimensionare assiologicamente, gli istituti fondamentali della branca giuridica di cui sono esperti: si pensi per tutti al tema della pena carceraria, ormai correntemente considerato «un luogo di sistematica violazione della legge: il che, considerando che si tratta del baricentro del sistema penale, è una nota inquietante. Ciò significa che il diritto penale poggia su un dato che di per sé rappresenta una violazione sistematica della legalità. Il capovolgimento lascia un po' interdetti» (PADOVANI, *La pena carceraria*, in *Giustizia criminale. radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2014, 15; v. di recente anche MANNA, *È configurabile un sistema penale non carcerocentrico?*, in *www.sistemapenale.it*, 10 marzo 2021).

¹⁶⁸ DONINI, *Iura et leges*, cit., 75.

¹⁶⁹ Si leggano in proposito le considerazioni di PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 73 ss.

più che mai dirimenti¹⁷⁰. Nondimeno, nel quadro di quella che ci si ostina a etichettare come «crisi della legalità» – facendo *tutto un fascio* di problemi affatto differenti – la dottrina sembra invece essersi arresa al ruolo di commentatrice «a bordo campo», se non addirittura sugli spalti. Si percepisce, serpeggiante, una insidiosa «filosofia della rassegnazione»¹⁷¹, che traspare dal susseguirsi di analisi dolenti e sconsolate sul cattivo stato di salute dei vecchi principi penalistici, talvolta restie ad offrire spunti propositivi, concreti e attuabili, per provare a migliorare lo stato delle cose¹⁷².

E così, allargando lo sguardo agli altri attori presenti sul proscenio, la sensazione è quella di essere caduti prigionieri di un ozioso gioco delle parti, con gli studiosi ben saldi nei loro schemi, che rimproverano stancamente la giurisprudenza per una sua troppo baldanzosa «insubordinazione» a una legge di cui però, al tempo stesso, si denuncia la scarsa qualità, la lontananza da quei canoni sostanziali e di principio che ne legittimerebbero l'ossequio¹⁷³. Sul fronte opposto, i cosiddetti «pratici» lamentano non di rado l'astrattezza, la cripticità stilistica e contenutistica, la scarsa fruibilità (anche per un eccesso «quantitativo», che sappiamo in buona parte indotto da sistemi di selezione del personale accademico fondati sulle logiche delle «mediane»), in definitiva l'inutilità di gran parte della produzione dottrinale, così sentendosi legittimati ad affrancarsi da essa, per affidarsi ad una propria cultura più essenziale ed intuitiva, ma più «utile», in quanto maturata nella «pratica». In questo dialogo tra sordi (pure interrotto da occasionali, pregevoli dimostrazioni di attenzione per le esigenze della prassi, da parte dei giuristi accademici, e di erudizione teorica e attenzione

¹⁷⁰ Proprio per questo, come osserva sempre DONINI, *Iura et leges*, cit., 76, lo studioso, anche se «non ha potere applicativo [...] sul piano intellettuale produce le elaborazioni più generali e significative del *ius*».

¹⁷¹ AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432 ss.

¹⁷² Tutt'al più si «chiosa» sulle riforme, assegnando dunque al legislatore – di cui pure non si manca di rilevare a ogni piè sospinto la sempre più vistosa incapacità politico-criminale – nuovi e più complessi compiti di intervento normativo, che ci si esime però dall'orientare, ad esempio, attraverso la stesura, sia pure «di massima», di possibili articolati; oppure, all'opposto, si operano saggi e assemmati richiami alla preparazione culturale degli operatori, al rispetto della deontologia professionale, che tuttavia, lanciati da un articolo scientifico, rischiano di lasciare un po' il tempo che trovano. Ciò, probabilmente, è dovuto anche alla mancanza di obiettivi condivisi nella comunità scientifica, e di strategie minime per attuarli (v. *infra*).

¹⁷³ V. *supra*, nt. 20; v. inoltre *supra*, par. 3.1.

per la dottrina, da parte dei giudici) l'esistente contro cui, pure giustamente, s'inveisce continua a protrarsi, intatto; acquistando così, in qualche modo, una sua legittimazione.

Invero, se la *legalità* è un principio fragile, che abbisogna dell'apporto di più attori per funzionare e, dunque, anche per "garantire"¹⁷⁴, è proprio nella mancanza di dialogo tra questi attori che si può rinvenire uno dei più importanti, e cronici, fattori di crisi. Anzitutto, manca il dialogo tra la realtà e i principi: confondendo forse talvolta la "prescrizione" con la "descrizione", si ha l'impressione che il retropensiero condiviso da molti sia che la *riserva di legge*, con tutti i suoi corollari, costituisca la fotografia di una realtà di partenza da recuperare, in cui il ruolo ermeneutico del giudice veniva compiutamente irregimentato dal monopolio politico-criminale del legislatore¹⁷⁵. Segue, poi, quale inevitabile conseguenza, l'incomunicabilità tra diritto sostanziale e processuale, frutto anche della pretesa, fattualmente e storicamente implausibile, di porre quest'ultimo in una posizione «servile»¹⁷⁶. A incorniciare il quadro, infine, il ruolo «scientifico» dell'accademica sembra avvolgersi su sé stesso¹⁷⁷, alla ricerca di un coordinamento che ancora manca¹⁷⁸.

¹⁷⁴ GIUNTA, Jus legibus solutum. *Overo, la legge del giudice penale*, in *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insofera*, 2021, 398.

¹⁷⁵ V. *supra*, par 2 e 3.

¹⁷⁶ V. *supra*, par. 3.1.

¹⁷⁷ Osserva MEZZETTI, *Gli eccessi del legislatore e l'irrelevanza autoreferenziale della dottrina penalistica*, in *questa Rivista*, 2, 2019, 15, «sembra quasi che la dottrina si occupi dell'iperuranio arricchito, così viene percepita non solo dall'immaginario collettivo ma anche dalle giurisdizioni superiori e dal legislatore stesso, autocondannandosi ad un isolamento "aventiniiano" un po' sdegnoso che, francamente, non serve a nessuno». Accanto a questo fenomeno, peraltro, si registra ed è stato più volte segnalato (soprattutto in occasioni convegnistiche) anche quello, in certo qual modo "contrario", della rincorsa all'ultimo precedente, che porta talvolta all'elaborazione di soluzioni ermeneutiche di pronto consumo, e tuttavia non adeguatamente ponderate e approfondite (inevitabilmente, si potrebbe dire, considerato che proprio l'approfondimento richiede tempi ben più ampi di quelli concessi dal succedersi delle diverse pronunce emanate anche solo dalle diverse sezioni semplici della Corte di Cassazione).

¹⁷⁸ DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cass. pen.*, 2016, «si tratta soprattutto [...] della mancanza di una ricerca programmatica diretta ad assicurare una preventiva "condivisione" di determinate scelte ed obiettivi da parte del ceto dei giuspenalisti. Sono intere "scuole". - e non soltanto singoli autori - a perpetuare o a consolidare le divergenze e le contrapposizioni; e, per quanto un simile atteggiamento non sempre corrisponda a convinzioni profonde [...], resta il fatto che il "clima" generale non sembra tuttora favorire la ricerca di convergenze nel segno di un impegno comune».

In tutto questo, l'edificio penalistico abbisogna di incisivi interventi di ammodernamento. Ebbene, se nel presente periodo post-moderno ancora non abbiamo maturato, come comunità scientifica, risposte nuove e compiute ai grandi interrogativi dello *ius puniendi*, ci si può tuttavia adoperare intanto su quelli di portata teorico-dogmatica più limitata, ma con un impatto pratico virtualmente significativo. In tal senso, come il Maestro De Francesco ebbe già a dire, «tutto sembra dimostrare che la contrapposizione dialettica tra i difensori della legalità e i fautori del c.d. diritto giurisprudenziale rischi attualmente di suonare (almeno in buona parte) anacronistica: non già la diade legge o giurisprudenza, quanto invece il connubio tra legge e giurisprudenza sembra rappresentare, sia pure alla luce di un approccio più sensibile (nei contenuti!) alle sfide del mondo attuale, la strada privilegiata per riattivare la funzione del sistema penale nell'interesse dei singoli e dell'intera comunità»¹⁷⁹.

In effetti, se si accetta almeno di ricalibrare gli schemi di soddisfazione di quelle stesse istanze di garanzia, si possono dischiudere feconde prospettive per ricondurre a miglior sintesi il monopolio “normopoietico” del legislatore, con quello “decisionale-applicativo” della magistratura. Muovendo verso questo orizzonte di scopo, quel che si è provato a fare è stato gettare alcuni primi lineamenti per un possibile modulo di «concretizzazione» delle ricostruzioni di diritto penale sostanziale, facendo tesoro delle mutate, e si direbbe anche maturate, acquisizioni sulle dinamiche attuative del giure-criminale¹⁸⁰. Invero, se si vuole, come penalisti, dare il proprio contributo nell'implementazione dei presidi di libertà e democrazia su cui la nostra cultura giuridica si basa, si deve prendere atto che «non ci sono solo gli autori del diritto sostanziale, ma anche gli imputati e gli indagati. Il garantismo della scienza penale si deve occupare di loro e cioè di tutti noi, per difenderci dalle storture di una macchina i cui meccanismi non

¹⁷⁹ DE FRANCESCO, *Legislatore e giudice*, cit., 9.

¹⁸⁰ Nell'opera di ristrutturazione dell'edificio penalistico, infatti, c'è molto da conservare. Solamente, lo si ripete, non si ritiene più possibile pretendere di recuperarne e restaurarne i capisaldi con schemi e modelli ormai molto risalenti, pensati avendo un altro mondo davanti agli occhi, e sulla base di acquisizioni conoscitive ed esperienziali incomparabili con quelle odierne. Del resto, è innegabile che la realtà fattuale e lo stesso sistema giuridico in cui ci si trova attualmente a operare, non si presti più a essere semplificato secondo gli stilemi vetero-positivisti.

sono controllati veramente da nessuno»¹⁸¹. Considerare la questione della praticabilità processuale (o, se si vuole, della determinatezza processuale) delle interpretazioni del reato, allora, rappresenta un solido tentativo di armonizzare *teoria e prassi*, contribuendo alla razionalizzazione dei processi decisionali giurisdizionali e portando, così, degnamente avanti la missione, scientifica oltretutto civica, di ultimo *garante delle garanzie*, di cui la dottrina è onerata.

¹⁸¹ DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 135.