

CONVEGNI

MASSIMO DONINI

Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto.

L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*

È necessario un aggiornamento dello stato dell'arte sui rapporti tra riconoscibilità del precetto e reati contro la p.a. Varie imputazioni nascono da una precomprensione a livello di formanti, amministrativo o giurisprudenziale, che non si inquadrano nelle categorie consolidate della conoscenza del fatto o della conoscibilità del precetto. Ci sono sottofattispecie ermeneutiche (casi-norma) che devono essere conoscibili ex art. 7 Cedu perché prima del loro consolidarsi il fatto non era preveduto come reato (irrelevanza oggettiva). Ci sono regole extrapenali che devono essere conosciute (art. 43, 47, co. 3, c.p.) affinché sussista la stessa conoscibilità del precetto (rilevanza soggettiva: sapere di aver fatto ingresso in un'area di responsabilità penale), e ci sono meri casi-esempio che, per quanto nuovi, sono attratti nella regola della mera conoscibilità del precetto ex art. 5 c.p. Lo studio affronta la tematica alla luce di questioni processuali come Concorsopoli, la riforma dell'art. 323 c.p., la corruzione, la turbativa d'asta, l'art. 2638 c.c., la truffa in assunzioni.

Offenses against the Public Administration and knowability of the disposition. The imputation of the administrative law or case-law formants.

It is necessary to update the state of the art on the relationship between the knowability of the disposition and the criminal offences against the public administration. Many criminal charges arise from a pre-understanding at the level of the administrative law or case-law formants that do not fit into the consolidated categories of the "knowledge of the fact" or of the "foreseeability of the provision". There are hermeneutic sub-cases (case-norms) that must be foreseeable pursuant to art. 7 ECHR because before their consolidation the fact did not constitute a crime (objective irrelevance). There are non-criminal law rules that must be known (art. 43, 47 § 3 of the criminal code) in order to make possible the foreseeability of the criminal law rule (subjective relevance: knowing that you have entered an area of criminal responsibility) and there are mere example-cases which, although new, are attracted under the rule of the mere knowability of the disposition pursuant to art. 5 of the crim. c. The study addresses the issue in the light of procedural questions such as Concorsopoli, the reform of art. 323 of the Italian Criminal Code, the offence of corruption, of disturbed freedom of public auctions, art. 2638 of the Italian Civil Code, hiring fraud.

SOMMARIO: 1. Il problema della pre-comprensione etico-amministrativa che modifica la fattispecie penale. 2. La differenza dagli elementi normativi del fatto. 3. Concorsopoli, prima e dopo il d.l. n. 76/2020. 4. Dal *fantasy* alla disciplina (art. 319, 323, 324, 353 c.p.): ermeneutiche sbagliate ed ermeneutiche imprevedibili tra prospettiva *ex ante ed ex post*. 5. Il valore garantistico della distinzione tra disposizione e norma (giudiziale). 6. Il rapporto fra art. 7 Cedu, art. 27, co. 1, Cost. e art. 5 c.p. Un ruolo per l'Accademia. 7. Quando la riconoscibilità del precetto penale in concreto dipende dalla conoscenza giuridica di altre norme (art. 5 e 47 c.p.). 8. La differenza tra "caso-norma" e semplice esempio applicativo. 9. Norme-principio indeterminate (art. 97 Cost. ora e sempre) e danno o messa in pericolo per interessi della P.A.: tre esempi di strategie costanti di ermeneutiche espansive di regole moralizzatrici. 10. Conclusioni generali sugli elementi giuridici che devono essere conosciuti e su quelli meramente conoscibili: i tre profili del difetto di riconoscibilità che produce irretroattività, errore sul fatto, o inesigibilità-non colpevolezza.

1. *Il problema della pre-comprensione etico-amministrativa che modifica la fattispecie penale.* Moltissimi reati hanno un substrato di illiceità amministrativa (ma anche civilistica) che è alla loro base. Il problema è la selezione del versante criminale del fatto. Chi opera quella selezione?

Idealmente e “costituzionalmente” dovrebbe essere la legge penale e dunque il solo Parlamento a farlo.

Ma non è così.

Certo se pensiamo a una concussione questa selezione appare più evidente, ma in troppi altri casi non accade.

Infatti, c'è una base amministrativa che prepara la valutazione dei fatti: Giacomo Delitala avrebbe parlato di norma di valutazione, la *Bewertungsnorm*, che precede il comando penale¹; Arturo Rocco avrebbe detto che c'è tutta una illiceità amministrativa che è presupposta dalla norma penale e che il penalista deve conoscere per capire che cosa sono le incriminazioni dei reati contro la P.A.². Tuttavia ci si riferiva sempre a *norme giuridiche* formalmente identificate, non ai “formanti” della loro applicazione, vale a dire a *fatti*, i quali non sono ricavati, desunti, “dedotti dal tipo”, cioè dal testo della incriminazione, con un sillogismo perfetto “dall'alto”, ma preparati da una previa e spesso sottintesa o magari inattesa antiggiuridicità amministrativa, che produce “dal basso” le nuove fattispecie, le quali vengono poi introdotte nel contenuto dell'incriminazione.

Attraverso una *precomprensione* etico-politica e amministrativa, *questo formante amministrativo*, che è anche un *crittotipo*, veicolato dalla mediazione del *formante giurisprudenziale*, occupa per intero alcune “sottofattispecie” di una incriminazione: non si sussume il fatto nel precetto precostituito, ma l'evoluzione dell'etica pubblica mediante regole di soft law o di prassi o di norme extrapenali di vario livello va a innestarsi nella pre-comprensione della fattispecie penale.

2. *La differenza dagli elementi normativi del fatto.* Non si tratta, dunque, di “elementi normativi del fatto”, cioè di un fatto già carico di tratti significativi di disvalore penalistico (per es. violenza, frode, inganno, sottrazione, etc.) al qua-

* Scritto destinato agli *Studi in onore di Adelmo Manna*. Lo studio rivede il testo della relazione svolta al Convegno del CNPDS tenutosi a Milano il 29.11.2019 su “Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità”.

¹ G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato* (Padova, 1930), poi in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, 17.

² Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, 497 ss., poi in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Ed. del Foro italiano, 1933, 304 s.

le si aggiunge un dato di completamento della fattispecie (es. pubblico ufficiale, cosa altrui, indebita retribuzione): nel caso degli elementi normativi, in effetti, c'è *un nucleo significativo* della fattispecie che orienta il destinatario sul disvalore del fatto, e solo *singoli elementi* della fattispecie vengono riempiti mediante il rinvio a fonti esterne al tipo, il quale ha comunque una sua intrinseca struttura offensiva.

È diverso il fenomeno di cui stiamo trattando: qui il disvalore penale deriva *tutto* dalla *precomprensione etico-amministrativa* insorta in epoca assai successiva alla introduzione della fattispecie penale.

3. *Concorsopoli, prima e dopo il d.l. n. 76/2020. Un esempio a base reale*³.

Una commissione di docenti decide di abilitare vari candidati all'ASN che ritiene meritevoli, e altri no. Senonché, nella scelta dei candidati abilitati subentrano, oltre a valutazioni di merito, anche interessi di scuola riconosciuti come meritevoli di essere equamente valorizzati nel numero complessivo degli ammessi all'abilitazione. Si decide un tetto, non se ne abilitano più di tanti, come pur sarebbe possibile. Ciò implica che si facciano selezioni non imposte strettamente dalla legge. E in questa ripartizione si sono operati alcuni 'scambi' di voti tra commissari, col supporto di docenti esterni alla commissione.

L'accusa non discute (diverse sono le emergenze delle intercettazioni *a latere* e quelle dei verbali di concorso con relative "camere di consiglio") del fatto che gli abilitati veramente fossero o non meritevoli del titolo, ma del fatto che nella scelta (e nelle esclusioni) abbia avuto un ruolo decisivo l'appartenenza a cordate o aree accademiche e che questo dato sia stato oggetto di pattuizioni che consideravano un' "utilità accademica" il risultato reciproco.

Però i commissari hanno solo dato reciprocamente il voto all'atto che insieme hanno realizzato. La domanda è: l'atto dell'abilitazione cui tutti davano il voto era un utile? O piuttosto le ipotizzate utilità accademiche non erano altro che dei "motivi"? Non si realizza in questa nuova accusa una trasformazione del movente in atto tipico?

Non una retribuzione esterna o dall'esterno, ma sostanzialmente un interesse privato in atto dell'ufficio coesistente con l'atto stesso. Reato però abolito nel

³ Il caso trae spunto dall'imputazione principale del procedimento penale che vede accusati gran parte dei professori di diritto tributario per i giudizi di abilitazione nazionale per le tornate 2012 e 2013 (Proc. Rep. di Firenze, procedimento poi trasferito per competenza presso il Tribunale di Pisa). L'imputazione del procedimento fiorentino-pisano suppone in ipotesi che i giudizi siano avvenuti del tutto a prescindere da valutazioni di merito. Questo assunto non è accolto nel nostro esempio e costituirà sicuramente il profilo probatorio più arduo per l'accusa.

1990 ...quello previsto dall'art. 324 c.p.

Una nuova etica pubblica qualifica invece questi scambi addirittura come corruzione. Sarebbero stati interessi privati in atti dell'ufficio, ma l'abrogazione ha fatto nascere una sottofattispecie della corruzione inimmaginabile fino a qualche tempo fa e mai ritenuta con sentenza passata in giudicato.

Solo quando le decisioni hanno prodotto un risultato di doppia ingiustizia valutabile come abuso d'ufficio si è ricorsi in passato all'art. 323 c.p.

Quid iuris in termini di prevedibilità della decisione e di "imputazione dell'illecito penale" in forza del nuovo (in realtà ancora solo ipotizzato) "formante giurisprudenziale"?

Certo che un ritorno all'abuso d'ufficio appare quasi impraticabile ora a fronte della riforma dell'art. 323 c.p. introdotta con d.l. 76/2020 (art. 23). Tale riforma rende infatti inoffensivo l'art. 323 c.p., eliminando l'ipotesi più realistica di abuso: quello in atti discrezionali - chi mai, volendo prepararne uno, si affiderebbe ad atti vincolati? -; essa esclude pertanto la tipicità di atti discrezionali ma pure l'ipotesi della violazione di regolamenti, esigendo la violazione specifica di sole regole di legge⁴ (per es. l'obbligo di astensione, oppure l'inosservanza di una norma che per essere di legge sarà molto generale pur esigendosi che sia "specificata": a trovarne qualcuna..) e non più di norme-principio come l'art. 97 Cost.⁵ Ebbene, così riformato-neutralizzato l'abuso, l'intenzione di danno ingiusto o vantaggio patrimoniale ingiusto può sempre essere presente, con o senza una qualche inosservanza specifica di norme di legge. Le violazioni di regole e fonti subordinate (i regolamenti, innanzitutto) saranno indizi della prova del dolo, anziché atti tipici del reato di abuso: si cercherà allora, una qualche legge obiettivamente violata, quale occasione contingente per sanzionare altri comportamenti concretamente posti in essere⁶. E se non si troverà uno spazio per l'art. 323 c.p., si cercheranno altre in-

⁴ L'introduzione della violazione "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità", e l'esclusione delle fonti regolamentari fa sì che la più tipica forma di abuso di ufficio, quella in atti discrezionali, sia oggi scomparsa. Cfr. sull'art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che riforma l'art. 323 c.p., G. L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020

⁵ Sulla deriva ermeneutica dell'art. 97 Cost. applicato all'art. 323 c.p., oltre quanto detto *infra* al § 9, cfr. MERLO, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019.

⁶ Il che suppone che nell'evento non si sia realizzato lo *specifico rischio* della violazione tipica: ma ciò non è oggi richiesto da questa riforma, a differenza di quanto previsto dal progetto di legge contenuto nella proposta già "Castaldo-Naddeo": cfr. A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso di ufficio*, Torino, 2018, oggi presentata come proposta della "Commissione Castaldo": la si può leggere in sintesi in A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel d.l. "Semplificazioni"*, in *Il Quotidiano giuridico*, 17 luglio 2020, e qui ulteriori

criminzioni. L'esempio della corruzione come scambio di favori tra commissari è un tipico caso di emersione di quel "sentimento di giustizia" che muove la giurisprudenza a violare il divieto di analogia quale prodotto di un contesto di inosservanze che spesso non si riducono a una specifica violazione, che da sola non significa molto (*infra* § 9). A maggior ragione tali effetti "di troppa frammentarietà" saranno da attendersi dopo riforme così selettive.

4. *Dal fantasy alla disciplina (art. 319, 323, 324, 353 c.p.): ermeneutiche sbagliate ed ermeneutiche imprevedibili tra prospettiva ex ante ed ex post.* A questo punto, lo abbiamo capito: il "diritto" penale sta cambiando senza che sia mutata la "legge" penale. Ci sono nuove sottofattispecie di reato.

Ovviamente esse presentano problemi di prevedibilità e di imputazione.

L'illiceità *ex ante*, quella che il destinatario deve poter conoscere, è concetto *in fieri* nella coscienza sociale. Soprattutto come illiceità penale (ciò che interessa in questa sede).

Ci può essere un favoritismo che non è sindacabile in termini di eccesso di potere e tanto meno configura un abuso di ufficio.

Qualificarlo come corruzione diventa un percorso penale nuovo mai sperimentato in precedenza. Come imputarlo *ex post* a fatti commessi prima delle nuove etiche pubbliche?

O imputarlo perché contrastante con l'etica pubblica anche se non era ancora mai qualificato come corruzione?

Prima di renderla retroattiva questa ermeneutica deve essere legittima: se è illegittima neppure potrà mai retroagire.

Quando una nuova fattispecie prende il posto di una vecchia abrogata trent'anni prima - la corruzione per scambio di voti tra commissari (art. 319 c.p.), che risuscita il vecchio interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 c.p.), ma in assenza di abuso d'ufficio (vecchio e nuovo testo) *ex art. 323 c.p. (supra, § 3)* -, è palese che si è in presenza di operazioni creative rispetto al previgente sistema penale.

E su tali indirizzi prossime pronunce giudiziali dovranno aggiornare lo stato dell'arte sui rapporti tra diritto parlamentare e diritto giudiziario.

Mi limito qui al caso più eclatante di questo filone. Penso alle qualificazioni come turbativa d'asta a seguito di collusioni o mezzi fraudolenti di concorso pubblico applicando l'art. 353 c.p. Qualificazioni già tentate da qualche Procura della Repubblica.

osservazioni critiche al d.l. appena approvato.

Il caso neanche evoca una vera cripto-analogia.

Prima dell'analogia vengono infatti le interpretazioni sbagliate.

Nessuno imputa che vi fosse un patto per "selezionare ad ogni costo", cioè a prescindere dal valore e dalla meritevolezza superiori di altri candidati, il candidato X.

Si contestano invece manovre illecite ("collusioni" o atti "fraudolenti") per condizionare la "gara", cioè, nella fattispecie, la procedura selettiva. Reato di pericolo per condotte collusive e fraudolente commesse da *soggetti privati*. Soggetti privati che colludevano prima di, e per entrare in commissione, con altri professori.

Come se, nella gara per assegnare ai pubblici incanti la fornitura degli arredi del Dipartimento della Università Y, si fosse condizionata la composizione della commissione valutatrice delle offerte, al fine di assegnare l'appalto a una ditta predeterminata. Una vera "turbativa d'asta".

Il sistema dei reati contro la pubblica amministrazione ha sempre distinto tra la scelta delle persone e la valutazione delle cose: eventuali alterazioni o violazioni da parte di commissioni di concorsi rilevano *ex art. 323 c.p.*, salve ipotesi di corruzione etc.

Nel 2010, peraltro, è stato introdotto in questo complesso di regole l'art. 353-*bis* c.p. che prevede il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente attraverso collusioni orientate ad alterare "il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente".

Questa norma, che segue l'art. 353 c.p., ha portata assai più generale, riguardando qualsiasi scelta del contraente e qualsiasi bando della P.A.

L'innovazione, peraltro, incrimina l'alterazione indebita di un bando, non lo svolgimento di un concorso, e non intacca l'art. 353 c.p., che rimane reato relativo alla gara "nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni", ovvero nel fatto di allontanare gli "offerenti".

Il nucleo dell'art. 353 c.p. vede solo autori privati estranei alla gara, o persone "preposte dalla legge o dall'Autorità agli incanti" (art. 353, co. 2, c.p.).

Se i commissari fossero coinvolti in una "gara truccata" - questa la logica, l'esperienza, la criminologia - il codice ipotizza per essi eventuali abusi d'ufficio o corruzioni. Non un concorso dell'intraneo o del futuro intraneo nel "precedente" art. 353 c.p., che rimane reato anticipato, pregresso o relativo a gara dove la p.a. e i suoi "amministratori-commissari" sono vittime e non coautori della turbativa, insieme ad altri privati eventualmente offesi o danneggiati.

Di questo reato commesso da privati contro la pubblica amministrazione sarebbero invece qui chiamati a rispondere in concorso *gli stessi pubblici ufficiali* che hanno condotto i lavori della commissione.

Di fronte al *monstrum* schiere di professori si dilungano a spiegare a un giudice e a un pm i fondamentali del diritto penale, e a farlo a giuristi abilitati, che pure sostengono tesi che potrebbero portare a una bocciatura all'esame di diritto penale.

Qui non ci sono problemi di prevedibilità, ma di violazione di legge: ci sono regole interne all'ermeneutica del testo che ne sanciscono la illegittimità.

Invece, là dove emerge una ermeneutica innovativa *legittima*, entrano in gioco *regole diverse, esterne all'ermeneutica del testo*, e relative alla *retroattività* della "norma" o all'*imputazione soggettiva* della sua ritenuta violazione.

5. *Il valore garantistico della distinzione tra disposizione e norma (giudiziale).* I penalisti si sono aggiornati. Alcuni ammettono perfino (!) che esiste il diritto giurisprudenziale come forma in parte inevitabile o legittima di *ius dicere*⁷.

Da qualche lustro molti intendono per "disposizione", secondo un lessico consolidato da più tempo nella teoria generale del diritto, l'enunciato generale e astratto del legislatore, la regola legale scritta; e per "norma", il contenuto interpretato di quella disposizione, il risultato dell'interpretazione, quello che trova applicazione in concreto, effetto dell'operazione che tra le diverse letture delle parole della legge ne sceglie una: di volta in volta una lettura per ogni parola diversamente componibile con gli altri modi di intendere tutti i possibili significati.⁸

⁷ Quanti realmente recepiscano nuovi criteri di ermeneutica penale, non è dato sapere. La vecchia cultura è sempre latente e, in realtà, conserva paradigmi così classici (esiste solo la legge ed esistono le sue interpretazioni) a fronte dei quali solo una visione istituzionale e realistica del diritto/ius consente di superare le colonne d'Ercole. Entrati però nell'oceano, prima di disporre di nuove carte geografiche e nautiche, molti rischiano lo smarrimento, preferendo tornare in porto o navigare nelle acque territoriali conosciute, anche se sono piene di scogli e di secche. A livello manualistico, l'opera più sensibile e aggiornata nella descrizione e presa d'atto del diritto giurisprudenziale in materia penale, è A. MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*², Milano, Lavis (TN), Wolters Kluwer-Cedam, 2020, cap. 5, 95-106. Lo scetticismo o l'ostilità verso qualunque forma di diritto giurisprudenziale sono sempre diffusi, segnatamente tra gli avvocati-professori, e attraversano più generazioni. Si cfr. per esempio T. PADOVANI, *Prefazione* a F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019, 10; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 41-43; GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità" e dintorni*, Firenze, 148 ss., 161 ss. Ma sono solo esempi.

⁸ M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, (*Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 27 ss., poi) in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Ita-*

La disposizione sta alla norma come la legge sta al diritto. Questa ricezione e rielaborazione di una nota distinzione già di Vezio Crisafulli non fu pensata in termini garantistici, ma per il penalista non è un sapere descrittivo: esso presenta veri *profili di garanzia* soprattutto nella sua specifica applicazione al diritto penale, che è la materia più distante da forme di letture dell'interpretazione in funzione costitutiva e costruttiva, non meramente dichiarativa e riproduttiva.

La garanzia consiste nell'esigenza che nuovi spazi di illiceità non possano retroagire rispetto alla loro nascita al mondo del diritto: non importa se siano effetto di atti legislativi o pronunce giudiziali.

Pertanto, anche in diritto penale l'"interpretazione della legge" equivale alla scelta di una 'norma' (del contenuto normativo della disposizione): attività che per la parte maggiore è ricognitivo-descrittiva, ma per una parte non predeterminabile è decisoria e valutativa.

Chi continua a difendere la posizione tradizionale, che identifica legge e diritto, e pensa di insegnare a lezione legislazione penale (*sic*), anziché diritto penale, non descrive ciò che fa realmente, e assume in realtà una posizione non scientifica, ma politica: per controllare meglio la magistratura pensa che sia necessario postulare che la legge domina sempre, che deve dominare e dunque che sia più utile nascondere la realtà del ruolo dell'interpretazione "costruttiva" del diritto, definendola "mera interpretazione". Un'operazione di dissimulazione culturale, forse più consona a ruoli diversi del giurista, e che alla luce della missione di verità quale presupposto della giustizia, propria dell'accademia, è sempre parsa a chi scrive foriera di delusioni e contraddizioni sia politiche e sia scientifiche, anche perché portatrice di una concezione assolutistico-autoritaria della lex come fonte quasi divina e indiscutibile, totalmente estranea alla cultura odierna.

Nello stesso tempo, il riconoscimento di quel ruolo costruttivo proprio dell'interpretazione non deve legittimare le derive ermeneutiche in atto. Ma è

lia, Cedam, Padova, 2003, 11 ss., § 3. Per una esposizione più ampia e di sintesi ID., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, cap. II, 87 ss., 99 ss., con vari riferimenti. Nella attuale letteratura penalistica la distinzione si sta diffondendo. Cfr. per es. il n. 3/2018 della *Riv. it. dir. proc. pen.*, e gli scritti di Ronco, Paliero, Demuro e Amarelli. Ulteriori richiami extrapenalistici in G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1121 ss. Questa nuova apertura epistemica del penalista è percepita anche dai più attenti teorici del diritto: cfr. G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Il Mulino, Bologna, 2016, § 1.3. In una più ampia prospettiva di filosofia del diritto si rinvia a M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, n. 2/19, 45 ss., anche in DPC, *Riv. trim.* n. 3/2019, 62 ss.

qui, su questo terreno, che va combattuta una battaglia di avanguardia, non restando legati alle parti meno vitali dell'eredità illuministica.

Ciò significa che non possono essere equiparate nel valore istituzionale e normativo le letture adottate dalle sentenze delle Sezioni Unite e quelle di un'autorevole dottrina. Entrambe sono interpretazioni, certo, ma le prime hanno valore istituzionale di 'norma', le seconde restano opinioni che, se di contenuto diverso dalle prime, appaiono solo norme potenziali⁹.

Dottrina e giurisprudenza costruiscono il ius dentro e oltre la lex, e del ius nessuno è veramente padrone, neppure le Sezioni unite o le grandi Corti¹⁰, ma è *vigente* solo quello adottato dai giudici. La vigenza del ius risponde a compiti istituzionali e politici, non scientifici, ed esattamente per questo è possibile applicare a esso una regola di irretroattività, che all'opinione dottrinale non avrebbe mai senso chiedere¹¹.

6. *Il rapporto fra art. 7 Cedu, art. 27, co. 1, Cost. e art. 5 c.p. Un ruolo per l'Accademia.* Come noto, è nel segno di questa convergente funzione di tutela e garanzia del diritto penale che la Corte Edu (per es. Scoppola c. Italia; Previti c. Italia; Sud Fondi c. Italia)¹², ma poi anche le Sezioni Unite penali (Beschi)¹³, e infine la Corte costituzionale (n. 230/2012 e 115/2018)¹⁴, tracciano, con diverse culture che circolano al loro interno, percorsi dialogici *comunque differenziati* per il penalista.

Non sempre si ammette che la declinazione odierna del ruolo costruttivo (più che creativo) dell'interprete è incompatibile col paradigma illuministico. Questa resistenza è pregiudizievole a una corretta soluzione dei problemi.

Le visioni tradizionali della legge come atto unitario fatto di lettera e interpretazione, di *mens, ratio e intentio* come un *unicum* ascrivibile a un'autorità superiore (la matrice è teologica, non c'è dubbio, è la fonte religiosa divenuta

⁹ Accade che i manuali (più che i commentari) di parte speciale contengano l'opinione dell'Autore, magari di assoluta minoranza, e ricordino in nota che la giurisprudenza o anche la maggior parte della dottrina restano contrarie. Ora per quanto l'opinione dell'Autore possa essere la migliore adottabile, la distinzione tra le *norme istituzionali* e quelle *puramente teoriche* rimane un dato che ogni manuale deve riflettere e trasmettere.

¹⁰ DONINI, *Iura et leges*, cit.

¹¹ È soprattutto una posizione di *realismo giuridico* che consente di comprendere davvero questo dato fondamentale.

¹² Corte EDU 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, §§ 99 ss.; Id., 8 dicembre 2009, Previti c. Italia, § 275 ss.; Id. 20 gennaio 2009, Sud Fondi Srl e altri c. Italia, § 105 ss.

¹³ Cass., Sez. un., 13 maggio 2010, Beschi, in *Mass. Uil.*, n. 18288, §§ 6, 7, 8.

¹⁴ C. Cost. n. 230 del 2012 e n. 115/2018: sentenze pur diverse, ma molto spinte verso il primato di una legalità ipertassativa e "separata" dall'interprete-esecutore, ridimensionato nelle spinte espansionistiche interne ed europee.

laica, ma con tratti assolutistici) danno al cittadino una sola *chance* di fronte a interpretazioni nuove che vengono sempre immaginate ascrivibili alla *lex* originaria: appellarsi alla clemenza della Corte, che lo scuserà perché non ha potuto conoscere la legge penale in modo incolpevole.

L'applicazione dell'art. 5 c.p. ai casi di norme nuove giudiziali, di mutamenti interpretativi *in peius*, è già un passo avanti molto significativo, perché ammette che è per l'evoluzione di organi giurisdizionali, non legislativi, che sorge il problema. Però lo Stato resta incolpevole, anzi "benigno", perché pronto alla scusa.

Il realismo giuridico ci ha insegnato che queste sono ipocrisie oggi così scoperte da non poter più essere neppure pronunciate.

Importa comunque che si applichi una analoga regola di irretroattività a sentenze e leggi, con una premessa: le "scuse" valgono per le condotte comunque obiettivamente illecite al tempo del fatto, non quando costituiscono un'autoassoluzione dello Stato di fronte alle proprie inadempienze, o celano le colpe delle istituzioni, o quando quella retroattività favorevole *ad personam* (la retroattività della scusa personale al posto della irretroattività obiettiva per tutti) dipenda da analogie vietate, da difetti di tipicità delle fattispecie o manipolazioni indebite del loro contenuto.

In questi casi non può e non deve trovare applicazione l'art. 5 c.p.

Infatti l'art. 5 c.p. è una *scusante*, che non tocca la perfetta legalità della norma e la sua *vigenza anteriore* al fatto.

Se la norma non era legittimamente vigente o non poteva esigersi *oggettivamente* la sua osservanza *ex ante*, c'è un problema di responsabilità dell'ordinamento, e dunque di irretroattività, oggi ancorato all'art. 7 Cedu nella sua lettura consolidata della Corte di Strasburgo, non a ipotesi scusanti.

Il *divieto di retroattività*, imposto dall'art. 7 Cedu ed esteso ai mutamenti giurisprudenziali imprevedibili, è infatti *un limite alla legalità (nel suo doppio formante legislativo e giudiziale)* e dunque un correttivo alla sua applicazione *oggettiva*¹⁵.

Nel primo caso (scusante, art. 5 c.p.) il fatto «non costituisce reato».

Nel secondo (art. 7 Cedu) il fatto «non era previsto come reato» al tempo della condotta¹⁶.

¹⁵ V. anche le osservazioni molto pertinenti di M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, 2 ed., Torino, 2019, 116-119.

¹⁶ In realtà, la sentenza di Cassazione che ha applicato gli effetti *in executivis* della decisione Corte Edu 14 aprile 2015, e cioè Cass., sez. I, 6.7.2017, n. 43112, non ha applicato altro che la sentenza Edu, senza spingersi a ritenere che il fatto non fosse preveduto come reato, tanto che i "fratelli minori di Contrada" sono poi stati ritenuti dalle Sezioni Unite del tutto esenti da benefici diretti a seguito della pro-

La norma costituzionale che trova applicazione, perché all'origine della sentenza della Corte costituzionale sull'*ignorantia legis*, è l'art. 27, co. 1, Cost., ma fin da allora esso andava riletto insieme all'art. 25 cpv. Cost. (la norma incriminatrice deve essere vigente prima della commissione del fatto) che oggi è da coordinare con l'art. 7 Cedu: la responsabilità penale personale, infatti, non ha conosciuto evoluzioni ermeneutiche significative dopo il 1988 sul piano dell'*ignorantia legis*¹⁷.

Le innovazioni più importanti sono venute dalla Corte Edu¹⁸.

Attualmente, la *riconoscibilità del precetto* è un principio che riguarda sia la legalità e sia la colpevolezza e l'elemento soggettivo in una reciproca interazione di effetti¹⁹.

Tuttavia si tratta di piani distinti.

La *riconoscibilità del precetto*²⁰ è un presupposto dell'operatività della regola che corrisponde a un dovere dello Stato e può viziare l'applicazione della legge sul piano oggettivo.

Esso riguarda direttamente l'aspetto dei mutamenti interpretativi e giurisprudenziali connessi a evoluzioni di precomprensione o di nuova normazione extrapenale: i due formanti oggetto della nostra analisi.

Nella lettura che abbiamo prospettato non ogni mutamento imprevedibile è ovviamente illegittimo: c'è infatti uno spazio per casi-norma che non sono né analogici né creativi, e tuttavia sono innovativi.

In queste ipotesi (*infra*, § 8) è doveroso applicare in sede di prime applica-

nuncia europea, ritenuta non essere una "sentenza pilota", e come tale inestensibile ai casi analoghi precedenti le Sezioni Unite Demitry del 5 ottobre 1994, ancor più per l'impossibilità di applicare *de plano* valutazioni di colpevolezza come quelli che sarebbero richiesti (così il § 6.5 di Cass. Sez. Un. 24 ottobre 2019): come se si fosse trattato comunque di un giudizio "individuale".

¹⁷ Ampiamente M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza*, cit., 1596 ss.; M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, spec. 139 ss.; v. pure la rassegna di V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica* (2014), in www.cortecostituzionale.it, *Studi e ricerche*, 2014, 49 ss.

¹⁸ Cfr. sul punto V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in DPC, 20 giugno 2016, 18 s.; ID., *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, 136 ss.

¹⁹ Sui profili soggettivi v. ora M. LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., 139 ss.; G. ROTOLO, *'Riconoscibilità del precetto e modelli innovativi di tutela*, Torino, 2018, 55 ss., 101 ss. Sostiene invece una lettura oggettivistica dell'art. 5 c.p., si da accomunare in questa ipotesi "scusante" sia i casi di inesigibilità soggettiva e sia quelli di non riconoscibilità oggettiva, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 166 ss.

²⁰ Sul principio di "riconoscibilità" della legge penale, oltre a C. Cost., 364/1988, § 17, v. G.A. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 32 ss., 48 ss.; G. ROTOLO, *'Riconoscibilità del precetto penale*, cit., spec. 55 ss.

zioni il criterio oggettivo della irretroattività, e non quello soggettivo della scusa.

Noi sappiamo che esiste una sorta di convenzione ermeneutica che accomuna in Italia giudici e avvocati: i magistrati creano diritto, ma dicono che stanno applicando la legge, e dunque non creano *veramente* nulla; gli avvocati accusano i giudici di violare la legge se creano diritto, ma concordano che occorre solo applicare la legge. Gli atteggiamenti “politici” sono opposti, ma le premesse “ideologiche” identiche.

Pertanto, per meglio mantenere le rispettive posizioni, nessuno dei due attori del processo ammette davvero la distinzione tra legge e diritto.

Di fronte a questa *ipocrisia nazionale* almeno l'accademia – che studia e insegna diritto e non legislazione – non può continuare a mantenere un atteggiamento di collaborante partecipazione scenica.

La commedia è finita in farsa e anche a costo di rimanere da soli dovremo continuare a chiamare questi attori ad un atteggiamento di respiscenza culturale e di parresia.

Se da oggi si ricostruiscono la corruzione, il peculato, la concussione, l'abuso, inserendo al loro interno una *nuova sottofattispecie* – storicamente: la corruzione per la funzione; la concussione “ambientale”; la reintroduzione di forme di peculato per distrazione già abolite; la introduzione della concussione mediante “facere” e non “dare”; la violazione di norme sublegislative bypassate attraverso una norma-principio costituzionale violata e variamente utilizzata per rileggere le fattispecie, là dove possibile secondo il loro testo – o l'operazione è illegittima; oppure non lo è. Se è legittima, comunque non può retroagire quando sia oggettivamente imprevedibile. La sola imprevedibilità soggettiva, invece, è un problema di errore sul precetto.

Vediamo dunque come la riconoscibilità può incidere non più sul tema della legalità, ma su quello dell'elemento soggettivo e della colpevolezza: non sono un'endiadi, ma due profili ben distinti, come si vedrà.

7. *Quando la riconoscibilità del precetto penale in concreto dipende dalla conoscenza giuridica di altre norme (art. 5 e 47 c.p.).* La riconoscibilità del precetto in concreto – cioè rispetto alla qualificazione di una certa condotta storica – può dipendere dalla *conoscenza di fatto* di fonti extrapenali e dunque di illeciti amministrativi o di violazioni amministrative. Non dalla loro mera conoscibilità potenziale-giuridica.

ESEMPIO. Il p.u., che sa che cos'è un peculato (art. 314 c.p.), non conosce i

limiti dell'utilizzo di un'auto appartenente alla p.a. Se ne appropria oggettivamente, ma soggettivamente non entra mai nell'«area del precetto penale» del peculato, perché gli manca di fatto la conoscenza di una illiceità amministrativa che è presupposto del reato. Prima della colpevolezza (potrebbe esserci una colpevolezza colposa, di rilevanza amministrativa), manca l'elemento soggettivo del dolo, che nessuna colpa può far sorgere.

La conoscenza delle fonti extrapenali per lo più deve essere attuale per fondare un'imputazione dolosa: attuale rispetto a una singola condotta realizzata. La conoscenza della legge penale resta potenziale e può invece essere presunta come doverosa o esigibile.

È la logica dei rapporti tra art. 5 e 47, u.mo co., c.p.: riconosco il precetto perché conosco i suoi presupposti di operatività in concreto, senza errori (di fatto o di diritto) “sul fatto”²¹.

Questa *distinzione tra le diverse fonti normative* non ha mai trovato una soluzione appagante perché la giurisprudenza, che alla fine esprime il diritto “vivente”, accomunava tradizionalmente tutto il normativo nella legge penale, e perché la dottrina non ha mai ammesso che *alcune discipline extrapenali*, troppo “culturali” per riconoscere che si possano “impunemente” ignorare, devono essere sottratte all'area dell'errore “sul fatto”, rilevante per escludere il dolo.

Eppure, questa distinzione generale (errore “di diritto” sul fatto o sul precetto), che esige la conoscenza *attuale* di regole non penali per poter evitare di commettere un reato, è solo un altro modo per dire che l'errore su legge extrapenale, se e quando rileva, si risolve appunto “sul fatto”, come si esprime da sempre l'art. 47 c.p. Sdoganare l'errore di diritto a portarlo nell'area delle rappresentazioni mancate che escludono il dolo contro il vecchio brocardo *error iuris nocet* è stata un'impresa sempre tentata, ma mai veramente di successo a *livello* generale, per la difficoltà di tenere davvero circoscritti i casi di errore su fonti extrapenali ma di tipo culturale, e come tali nel campo delle conoscenze (penalistiche) presunte o potenziali.

8. *La differenza tra “caso-norma” e semplice esempio applicativo.* Una premessa linguistica è necessaria. Se un enunciato normativo, una disposizione,

²¹ Resta ovviamente uno spazio per l'imputazione del dubbio a titolo di dolo eventuale. Si tratta peraltro di un *escamotage* accusatorio che il giudicante deve oggi saper contenere nei limiti di una politica interpretativa di restrizione del dolo eventuale, quale emersa dalla ricostruzione delle Sezioni Unite del 2014 nel caso Thyssenkrupp.

può avere diverse interpretazioni di varie sue componenti, le interpretazioni danno luogo a diverse “norme”, nel senso che la combinazione delle varie letture di quelle componenti può condurre a intendere quella figura – per es. la bancarotta fraudolenta prefallimentare, la concussione o il concorso esterno nei reati associativi – in modo diverso già in chiave *generale e astratta*.

Queste diverse possibili figure generali interpretate sono diverse norme – non solo diverse interpretazioni! – e quella prevalente o adottata diventa la *norma vigente*²², il contenuto normativo vigente della disposizione astratta.

All’interno di una norma, peraltro, coesistono diverse “*sottofattispecie*”, vale a dire nozioni generali e astratte di singole parti normative, o tipologie di condotte, che in ipotesi potrebbero esser diversamente interpretate, oppure eliminate – si pensi al concetto di *induzione*, che faceva parte della *concussione* nella sua originaria previsione, fino alla modifica del 2012 (l. 6 novembre 2012, n. 190) – e che o vivono di vita propria, perché configurano ipotesi speciali (per es. la truffa aggravata o l’estorsione aggravata, nelle loro varie figure, sono tutte “sottofattispecie” del reato di truffa e di estorsione), o non hanno vita propria, ma costituiscono pur sempre modalità alternative di condotta (v. ancora ad es. la vecchia concussione per induzione, distinta da quella per costrizione, mentre oggi l’induzione indebita integra una autonoma figura di reato *ex art. 319-quater c.p.*: una “fattispecie” e non più una “sottofattispecie”).

Ci sono poi i semplici casi, che sono solo esempi della regola.

In un commentario sono per es. raccolti tantissimi “casi”, o tipologie di casi, riconducibili alla norma generale. Per es. statuendosi che un certo tipo di figura professionale o mansione rientra nella categoria degli atti del “pubblico ufficiale”; che anche gli insegnanti di una scuola privata o i dipendenti bancari rientrano nel concetto di pubblico ufficiale quando esercitano determinati poteri; oppure che un certo contributo è riconducibile alla figura del concorso esterno, mentre un altro contributo rientra nella partecipazione interna al reato associativo; che anche le persone giuridiche sono soggetto passivo di diffamazione; che anche le auto parcheggiate in un cortile privato sono cose “esposte alla pubblica fede” etc. Questi *sono solo esempi o semplici casi applicativi* di regole generali contenute negli artt. 357, 110 e 416, 594, 635 c.p. Problemi di sussunzione di tipologie di condotte o di eventi nella figura legale

²² La norma (penale), infatti, non contiene solo le poche parole del precetto legale, ma è composta dalla regola di condotta, da regole di parte generale e da criteri di imputazione, più la sua concretizzazione nei casi.

reinterpretata. Chi sbaglia interpretazione erra sulla legge penale.

Non esiste un problema specifico di imputazione soggettiva dei casi-esempio. Essi rilevano come interpretazione *de plano*, la loro conoscenza/conoscibilità riguarda la legge penale; la loro non conoscibilità è un problema ordinario di inevitabilità o meno dell'*ignorantia legis* ex art. 5 c.p., secondo le tradizionali applicazioni, ma i casi-esempio non sono innovativi, anche se sono casi nuovi: nessuno può pretendere una loro previa “pubblicazione” o discussione.

Diversa è la figura del “caso-norma”²³, dove da un caso nuovo si origina una applicazione innovativa del diritto rispetto al passato, ripetibile in futuro, irriducibile a mero esempio della regola astratta.

Il *caso-norma* non è *mai* un caso individuale e *irripetibile*, *ma al suo sorgere è innovativo*: è norma in quanto esprime la riconducibilità o la sussumibilità di quella condotta nel perimetro della disposizione interpretata, secondo *criteri di ripetibilità*. E tuttavia innova rispetto al diritto consolidato prima rispetto a un caso “di questo tipo”. Nel suo statuto conoscitivo c’è già un *medium* giuridico costituito dal diritto scritto, più che da un caso precedente.

Sono *casì-norma*, al loro sorgere, la riconducibilità dei rapporti sessuali nel concetto di utilità del delitto di concussione²⁴; o la giurisprudenza sulla rilevanza come corruzione della messa a disposizione del p.u. per compiere atti amministrativi futuri non ancora determinati o non determinabili (anticipazione della corruzione per la funzione); o la reintroduzione del peculato per distrazione, abolito dal legislatore nel 1990, mediante la riconducibilità di casi di distrazione al peculato per appropriazione (anziché eventualmente al peculato d’uso o ad altri illeciti)²⁵; la riconducibilità del falso qualitativo al nuovo

²³ Ho illustrato il concetto in M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018, 79 ss., 87 ss., cui rinvio, per altre distinzioni e richiami di letteratura.

²⁴ Il caso *Lonardo* ha rappresentato un momento significativo nel percorso di consacrazione della concussione come costrizione a un “facere” (anche politico-amministrativo) e non solo a un “dare”, dopo che già si era chiarito dalle SS.UU. che anche i rapporti sessuali con persone che non esercitano la prostituzione sono da intendersi una “utilità” promessa o data agli effetti della concussione. Cfr. Sez. VI, 19.6.2008, n. 33843, *Lonardo*, Pres. Lattanzi, est. Fidelbo. *Amplius* M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 83 ss.

²⁵ Con la sentenza n. 13038/2016, depositata il 31 marzo 2016, la Sesta Sezione Corte Suprema (udienza 10 marzo 2016 - Pres. Carcano) ha affermato che anche l’uso della macchina di servizio, quando non sia momentaneo e la stessa non sia immediatamente restituita, configura il reato di peculato ex art. 314 comma 1 c.p. e non quello più lieve di peculato d’uso di cui al secondo comma del medesimo articolo. La Corte, nella citata sentenza, infatti, afferma il principio di diritto secondo cui: “*ai fini del delitto di peculato ai sensi dell’art. 314, comma 1 c.p. - in relazione ai beni di specie appartenenti alla Pubblica Amministrazione - non è necessaria la perdita definitiva del bene da parte dell’ente pubblico, essendo sufficiente l’esercizio da parte dell’agente sul medesimo bene dei poteri “uti dominus”, tale da sottrarre il bene stesso alla disponibilità dell’ente [...]. Diversa è l’ipotesi prevista dall’art. 314, comma 2 c.p. la*

reato di falso in comunicazioni sociali dopo la riforma del 2015 (l. 7 maggio 2015, n. 69)²⁶; oppure l'estensione dell'art. 353 c.p. (turbata libertà degli incanti) ai casi di trattativa privata preceduta da gara informale (probabile analogia: nuova tipologia di atti, più che casistica); o la costruzione ermeneutica della fattispecie "aperta" del disastro ambientale innominato, prima della riforma di cui alla l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha introdotto l'art. 452-*quater* c.p.²⁷

E via discorrendo.

L'alternativa di ritenere *tutte* queste operazioni illegittime non convince. Comunque se ne possono prospettare molte altre, che appaiono più plausibili e tuttavia innovano producendo sottofattispecie.

La loro *differenza rispetto agli esempi applicativi* non è scontata: essa dipende

quale è caratterizzata - sotto il profilo oggettivo - dall'endiadi dell'uso momentaneo e dalla immediata restituzione del bene e - sotto quello soggettivo - dal correlativo contenuto intenzionale." La pronuncia della Cassazione riguardava il caso di un dirigente scolastico il quale si appropriava della autovettura di servizio per il suo utilizzo quotidiano, continuativo e sistematico in un arco temporale di circa quattro mesi per ragioni estranee al suo ufficio. Orbene, come la stessa Corte ha avuto modo di argomentare, ciò che differenzia il reato di peculato da quello di peculato d'uso è che nel primo, verificandosi la definitiva impropriazione del bene, il pubblico funzionario finisce per abusare del possesso, impedendo alla pubblica amministrazione di poter utilizzare la cosa per il perseguimento dei suoi fini (questo è il caso dell'uso continuato e sistematico dell'auto di servizio per finalità pressoché esclusivamente private). E ciò può verificarsi non solo mediante le tipiche forme di appropriazione (quali l'alienazione, la consumazione e la ritenzione), ma *anche mediante la distrazione del bene* non accompagnata dalla intenzione di restituire la cosa immediatamente dopo l'uso momentaneo della stessa. Il peculato d'uso, diversamente, è connotato da una condotta intrinsecamente diversa da quella di cui al primo comma, in quanto l'uso momentaneo, seguito dall'immediata restituzione della cosa, non integra un'autentica appropriazione, realizzandosi quest'ultima solo con la definitiva soppressione della destinazione originaria della cosa. Da ciò ne segue l'integrazione del peculato ordinario quando la cosa venga usata non momentaneamente - e quindi definitivamente - o anche momentaneamente ma senza restituirla dopo l'uso.

²⁶ L'art. 2621 c.p., come noto, è stato prima sostituito dall'art. 1, D.Lgs. 11.04.2002, n. 61, poi dall'art. 30, comma 1, L. 28.12.2005, n. 262, con decorrenza 12.01.2006, e, da ultimo, dall'art. 9, L. 27.05.2015, n. 69, con decorrenza dal 14.06.2015. Mentre la riforma del 2002 prevedeva tra le condotte alternative degli amministratori e altri soggetti il fatto di coloro che "espongono fatti materiali non rispondenti al vero *ancorché oggetto di valutazioni*", la novella del 2015 ha estromesso dal testo il richiamo alle valutazioni, prevedendo testualmente: "espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge". Come noto le Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, Pres. Canzio, rel. Fumu, hanno reintrodotta d'imperio il richiamo alle valutazioni, secondo una interpretazione creativa che ridà ragionevolezza alla disposizione. Eppure in questo modo *l'hanno riscritta*. V. sulla decisione F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali, tra legalità e ars interpretandi*, in DPC, Riv. trim., n. 4/2016, 174 ss.

²⁷ Ampiamente, sulla problematicità costituzionale di questa vicenda ermeneutica, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in DPC, 6 giugno 2016, spec. 24 ss. (§ 10), poi in DPC- Riv. trim., n. 3/2016, 13 ss., anche in A. CADOPPI, a cura di, *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 77 ss.

dalla percezione o meno di uno *strappo innovativo* rispetto al passato. E il loro successivo “riconoscimento”, dipende dall’onestà intellettuale di ammettere quello strappo e il coinvolgimento della sfera delle aspettative e dei diritti di terzi rispetto all’imprevedibilità del mutamento.

I casi-norma sono spesso esempi applicativi *in fieri*. Ma gli esempi applicativi sono assai più numerosi dei casi-norma nella maggior parte delle ipotesi: che anche la motocicletta e poi il cellulare, il personal computer, o un drone siano *cosa mobile* non ha costituito mai oggetto di difficile inquadramento come lo è stata l’energia elettrica dall’Ottocento in avanti²⁸; viceversa che i *dati immateriali informatici* siano da considerarsi oggi per la giurisprudenza “cosa mobile” (agli effetti dell’art. 648 c.p, ma allora forse anche dell’art. 624 c.p.) è il prodotto di un’ermeneutica che un tempo sarebbe stata considerata pacificamente analogica, mentre oggi appare mera interpretazione alla Suprema Corte²⁹. E tuttavia essa innova profondamente, anche se si tratta di un mutamento strisciante e controverso da molto tempo.

Alcuni casi-norma sono dunque (o sono stati) *in odore di analogia vietata*: si pensi alle *onde elettromagnetiche* rispetto al reato di *getto pericoloso di cose* (art. 674 c.p.).

In altre ipotesi siamo sicuramente ancora dentro alla medesima disposizione di prima: si pensi ancora al *facere* rispetto alla *concussione*, dove è da intendersi conforme alla lettera della legge che se per ottenere una dazione si coartata a compiere una qualsiasi operazione economica, una obbligazione etc., l’illecito di condotta è innanzitutto la costrizione a fare, mentre il vero punto in discussione è se il vantaggio finale debba essere economico oppure no, e una volta deciso che possa non essere economico la fattispecie attuale non risulta “abbandonata”: eppure, qualunque legislatore onesto la dovrebbe riscrivere in un progetto futuro codicistico riveduto e corretto, inserendo espressamente la costrizione a dare o fare alcunché.

Certo, se mai ammissibili sul piano ermeneutico, si tratta di evoluzioni peggiorative, *in malam partem*, che pongono oggi problemi evidenti di irretroattività, o che le porrebbero se si verificassero oggi.

Essi si collocano dunque al limite tra interpretazioni illegittime, innovazioni irretroattive e situazioni di imprevedibilità solo soggettiva, e dunque scusabile.

²⁸ Tanto da richiedere una regola espressa *ad hoc* nel codice penale del 1930.

²⁹ Da ultimo Cass., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959, ric. C.A. Cfr. N. PISANI, *La nozione di “cosa mobile” agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all’applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 651 ss.

9. *Norme-principio indeterminate (art. 97 Cost. ora e sempre) e danno o messa in pericolo per interessi della P.A.: tre esempi di strategie costanti di ermeneutiche espansive di regole moralizzatrici.* Oltre ai formanti che nascono da nuove politiche e nuove morali, oltre alle innovazioni per effetto di giurisprudenze costruttive di casi-norma, e alla mera qualificazione di casi-esempio, in particolare nell'ambito degli illeciti penali contro la Pubblica Amministrazione o con P.A. persona offesa e a formante giurisprudenziale, ci sono ipotesi in cui è una norma-principio a risultare il *bypass* per modificare le incriminazioni per effetto di norme richiamate, o norme secondarie che le costruiscono *ex novo*: è il caso dell'art. 97 Cost. le cui potenzialità incriminatrici sono appena ora state neutralizzate dalla recente riforma dell'abuso d'ufficio (d.l. n. 76/2020 cit.); ed esistono casi di costruzione del danno (o pericolo)-illecito per effetto di politiche interpretative orientate alle richieste della vittima-pubblica amministrazione: casi tipici della truffa in assunzioni e delle informazioni omesse alle autorità di pubblica vigilanza. Pochi tratti illustrativi.

Abuso d'ufficio, art. 97 Cost. e la riforma abolitrice del d.l. n. 76/2020.

È noto che l'abuso d'ufficio, fino alla recente abrogazione parziale introdotta con il d.l. n. 76/2020, presentava una disposizione legale e una norma reale molto differenti. Il problema maggiore era costituito dal sindacato su atti discrezionali e dall'utilizzo di norme-principio come l'art. 97 Cost. quale fonte di "legge" (*sic*) per introdurre surrettiziamente nel 'tipo' violazioni non predefinite in sede parlamentare, né regolamentare. Su tale problematica si sono incentrate le istanze per una ennesima riforma dell'art. 323 c.p.³⁰

Una sottofattispecie molto interessante era stata individuata con riferimento al ruolo delle linee-guida dell'Anac nella gestione dei rapporti tra la loro violazione e l'art. 323 c.p.³¹

Osservando la *natura giuridica* della normativa varata dall'Authority³², appare

³⁰ V. in dottrina, il recente commento di G.L. GATTA, cit. e l'anticipazione dell'odierno dibattito suggerita negli scritti raccolti da A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso di ufficio*, Torino, 2018.

³¹ Rinvio a V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *questa Rivista*, n. 3/2018 (web).

³² F. MARONI, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *RTDP*, 2017, 743 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *DAnm*, 3/2016, 273

prevalente l'esclusione del carattere regolamentare delle linee guida "autonome" dell'Anac, benché vincolanti, laddove sarebbero assimilate ai regolamenti ministeriali solo quelle approvate con decreto ministeriale³³, con conseguente attrazione tra le fonti del vigente art. 323 c.p.

Sennonché, come noto, una larga corrente includeva tra le "leggi" la cui violazione integrava il fatto dell'abuso d'ufficio anche l'art. 97 Cost., e in assenza di specifiche disposizioni legislative, sì che il contenuto della "violazione diretta" poteva essere desunto da inosservanze molto secondarie, purché contrassegnate dall'intenzione dannosa ingiusta o dal vantaggio patrimoniale di cui all'art. 323 c.p.

Anche a prescindere da questa problematica Anac più recente, nel *law in action* l'art. 97 Cost. funzionava come una norma penale in bianco aggiunta all'art. 323 c.p.: *chiunque viola l'art. 97 Cost. per favorire ingiustamente sé o un terzo sul piano patrimoniale o per danneggiarlo, commette abuso d'ufficio.*

Il contenuto dell'art. 97 poteva così essere definito anche con norme di *soft law*.

Si punivano atti immorali o dannosi, ma non era l'atto tipico (es. l'aver danneggiato o favorito un terzo in violazione di determinate regole) che rendeva conoscibile l'illecito *penale*: era la violazione di *altre regole extrapenali* note che potevano indiziare quella conoscenza. Per questo le regole davvero rilevanti erano state tipizzate: per ritagliare solo alcuni illeciti amministrativi dall'universo delle irregolarità. *Ergo*: la pre-comprensione amministrativa e giudiziale di una violazione doveva essere nota affinché fosse conosciuto o conoscibile *ex ante* al destinatario il disvalore del precetto penale applicabile. Viceversa le applicazioni estensive privilegiavano un precetto generico di non arricchimento o il *neminem laedere*, al quale far accedere qualunque violazione, così modificando il tipo.

Se si conoscono solo *ex post* le regole identificate, il precetto stesso diventa inconoscibile tanto più quando siamo in presenza di disciplina extrapenale periferica, di contorno, sub-legislativa e sub-regolamentare.

A fronte di una riforma che sul punto è stata imposta da una *prassi giudiziale deviante*, devo peraltro esprimere un convincimento che è anche un *caveat*.

ss.

³³ CdS, parere n. 855/2016, in www.giustizia-amministrativa.it, 37 ss.

Non si può pensare di eliminare il penale con semplici eccessi di frammentarietà, perché così facendo esso ritornerà per altre vie, ermeneutiche o legislative. La troppa frammentarietà produce, invece di evitare, le analogie e le ermeneutiche di lotta. La giurisprudenza che fa analogia si trova spesso di fronte prassi che suscitano uno “schifo morale”. Quando ciò avviene rimane solo il penale a fare da argine all’assenza di etica pubblica: perché “se non è penale si può fare”. E la supplenza giudiziaria è espressione di una malattia della società, prima che del sistema giuridico.

Poiché la sussidiarietà non è un mero problema di formulazione dei testi penali, ma di tenuta preventiva di ordinamento, la ricerca della frammentarietà penalistica si rivela fallace o fittizia in assenza di “sostitutivi penali” adeguati, per riprendere una celebre espressione, perché può funzionare come modello legislativo solo a fronte di una previa efficacia della sussidiarietà nei settori preventivi e giuridici che precedono l’intervento punitivo criminalizzante. L’*extrema ratio* penalistica si gioca sempre fuori campo.

Il ‘danno’ della truffa in assunzioni di enti pubblici.

Un altro tipo di processi rilevante, dove i soggetti pubblici cercano di affermare concezioni “etiche” o privilegiate del danno alle loro attività, è quello della truffa in assunzioni, con autovalutazioni non economiche del “danno della PA”.

In particolare, là dove l’assunzione abbia avuto luogo solo per omesse informazioni circa elementi impeditivi quali l’esistenza di precedenti contratti di assunzione - per es. nel caso dei medici di pronto soccorso, che abbiano avuto assunzioni a termine con diverse Asl nel medesimo anno - l’omissione non incide certo di per sé sulla professionalità e adeguatezza della prestazione, ma ha effetti su interessi estranei all’incriminazione, come l’alterazione della graduatoria o i pregiudizi di altri eventuali concorrenti nella distribuzione degli incarichi. Eppure, anche a distanza di mesi o anni dall’esecuzione terminata del lavoro, senza alcun rilievo, le amministrazioni azionano nel processo penale, iniziato a seguito di fortuite emersioni di false dichiarazioni, la pretesa di ottenere l’intero pagamento del rapporto di lavoro (già perfettamente eseguito) o comunque le spese per la costituzione del rapporto (spese che sarebbero state identiche, ma con altro contraente in caso di regolare assunzione senza attestazioni non veritiere): e per quanto le Sezioni Unite, già dalla storica sentenza del 16 dicembre 1998 (19 gennaio 1999), n. 17, ric.

Cellammare³⁴, abbiano sostenuto una concezione “patrimoniale” del danno, non riducibile al pregiudizio alla libertà contrattuale del soggetto pubblico, statuendo che la truffa in assunzioni nel settore pubblico è un reato il quale richiede che le condotte decettive non abbiano semplicemente prodotto un pregiudizio patrimoniale accessorio, o un danno non patrimoniale riguardante la libertà di autodeterminazione nel contratto, o effetti estranei all’incriminazione come l’alterazione della graduatoria o i pregiudizi di altri eventuali concorrenti³⁵, le Procure della Repubblica sono cedevoli, per malintesi scopi di moralizzazione, alle richieste di tutelare danni immateriali, all’immagine, o alla costituzione del rapporto.

Premesse di etica pubblica moralizzatrice sostengono così concezioni del “danno” o non patrimoniali o “non offensive” dell’economia del rapporto o della sua costituzione.

Banca d’Italia e presunti ostacoli alle funzioni dell’Autorità di vigilanza (art. 2638 c.c.).

Se si sperimentano processi dove sono contestate fattispecie di ostacolo alle Autorità di vigilanza, come l’art. 2638 c.c. e altre corrispondenti del TUF (art. 147, norma peraltro diversa, che non prevede un dolo specifico), si può agevolmente constatare che queste autorità tendono a trasmettere il messaggio che le norme penali, costruite “a loro tutela”, vanno perimetrare sulla definizione che esse ostentano dei danni o dei pericoli subiti e degli interessi protetti. Ciò significa che assistiamo a forme processuali di subappalto degli oggetti giuridici penalmente protetti alle autorità in questione. L’imputazione dell’illecito penale è così delegata a concretizzazioni normative esterne e la giurisprudenza, quanto meno nelle fasi preliminari sino a tutto il primo grado, ma anche oltre, tende a essere trascinata da queste prospettazioni di parte che godono di una protezione privilegiata.

Conoscendo o apprendendo certe concezioni “private” del danno o del pericolo da parte della persona offesa la giurisprudenza è condotta a estendere le fattispecie.

Accade quindi che nella fattispecie commissiva dolosa del comma 1 dell’art. 2638 c.c. risulti attratta ogni condotta *astrattamente decettiva*, anche se non posta in essere “al fine di ostacolare l’esercizio delle funzioni di vigilanza”

³⁴ Per es. in *Cass. pen.*, 1999, 1414 ss.

³⁵ Per es. *Cass. pen.*, sez II, 4 novembre 2016 n. 49382; *Cass. pen.*, sez. II, 12/01/2018, n. 22973.

(come richiesto dalla regola penale): ciò che esigerebbe la prova del *collegamento con situazioni concrete*. Ci si affida alla scoperta di dati non veritieri sanzionati per una “astratta” pericolosità di comunicazioni “previste in base alla legge” (espressione pure presente nella fattispecie): senza collegare la comunicazione con un fine specifico concreto.

Il problema comune a queste avventure ermeneutiche è che, ammessa e non concessa la loro legittimità ricostruttiva sul piano obiettivo, rimane il fatto che *solo la conoscenza* dei dati normativi esterni al precetto penale *consente di percepire la qualificazione giuridico-penale* di una condotta concreta come ipotesi da ricondurre all’incriminazione, tanto più se si tratti di soggetti che non sono i titolari dell’obbligo informativo (il comma 1 è reato proprio di amministratori etc.): la conoscenza è la premessa della conoscibilità dell’area penale avvicinata, cioè solo la rappresentazione attuale *ex art. 43-47 c.p.* di un elemento normativo operante in concreto – rappresentazione la cui assenza esclude il dolo – permette di valutare l’art. 5 c.p. come scusante relativa a una conoscenza potenziale del precetto che opera nel caso concreto. Si può scusare solo il soggetto che conosca attualmente la disciplina extrapenale, o l’effetto tipico che viene collegato alla sua violazione, perché se non la conosce è come il fatto di chi si impossessa della cosa altrui scambiandola per propria: colposo se si vuole, ma mai doloso, e dunque mai suscettibile di valutazione normativa circa la conoscibilità concreta di muoversi nell’area della legge penale.

10. *Conclusioni generali sugli elementi giuridici che devono essere conosciuti e su quelli meramente conoscibili: i tre profili del difetto di riconoscibilità che produce irretroattività, errore sul fatto, o inesigibilità-non colpevolezza.*

Secondo una visione sostanzialista e realista del diritto nella realtà contemporanea, possiamo descrivere in modo più chiaro l’intreccio *della riconoscibilità* oggettiva e dell’*esigibilità* soggettiva della legge penale, definendo *una triplice dimensione degli oggetti* di riferimento del *sapere normativo*:

a) conoscenza /conoscibilità della *legge* (art. 5 c.p., 27, co. 1 e 3, Cost., 7 CE-DU): il riferimento è qui alla legge penale e a rimedi di tipo soggettivo in termini di colpevolezza, per la inesigibilità della sua conoscenza, valutata secondo parametri normativi, ma soggettivizzabili (una scusante);

b) conoscenza /conoscibilità del *diritto* (art. 2 e 47 c.p., 25 cpv. Cost., 7 CE-DU): il riferimento è qui a parametri di conoscenza e conoscibilità anche della dimensione ermeneutica della legge, e pure di quella extrapenale, con di-

verse soluzioni di tipo oggettivo (irretroattività) o soggettivo (errore sul fatto, elemento soggettivo, non colpevolezza/inesigibilità);

c) conoscenza /conoscibilità della *qualificazione giuridica dei casi e dei casi-norma* (Corte Edu): questo terzo profilo è una componente specifica del primo, ma esso merita una disamina indipendente, perché proprio sul terreno della “prevedibilità del diritto” presenta la casistica più problematica e attuale, come gli esempi prospettati fin qui mostrano abbondantemente. Esso spazia da profili di irretroattività a profili di colpevolezza/inesigibilità.

Ogni volta che entra in gioco la Cedu, si prospetta un problema di inapplicabilità *oggettiva* di mutamenti *anche ermeneutici* (diritto, casi-norma) innovativi e imprevedibili.

Il tema della imprevedibilità è stato spesso soggettivizzato in sede Cedu, in ragione del requisito processuale che si tratti di *eccezione sollevata dalla difesa già nel processo di merito*: ma esso non esprime un parametro di sola colpevolezza individuale, quanto di prova dell’effettiva lesione di un diritto, che non deve risultare espressione di una brillante tecnica difensiva, magari emersa in sede di legittimità o controllo di rispetto del vincolo europeo³⁶.

La normativa nazionale, invece, risente ancora di letture olistiche della legalità, come se non esistesse un diritto indipendente dalla legge, con profili autonomi di *tutela degli affidamenti*.

Solo se ciò non avviene, se non entra in gioco la Cedu per aspetti di irretroattività dell’interpretazione, subentra una tutela di tipo soggettivo.

A tale riguardo occorre rinnovare un discorso che in passato ha forse risentito di premesse avvertite come dogmatizzanti, e che invece necessitano di una discussione più “democratica”.

Almeno dalla metà degli anni Novanta mi sono permesso di sottolineare all’attenzione dei penalisti che non è vero che il fatto di reato sia indizio di una sua illiceità – tesi della dogmatica classica del primo Novecento – ma al contrario che è la previa illiceità extrapenale a indiziare lo stesso fatto³⁷.

³⁶ Cfr. S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in DPC, 17 dicembre 2017, poi in DPC- Riv. Trim., n. 4/2017.

³⁷ M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, 232. *Amplius ID.*, *Critica dell’antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d’interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, 698 ss., anche in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, Giuffrè, Milano, 2016, 59 ss.; sul ruolo dell’intero ordinamento dei diritti per la comprensione del reato, assai prima che delle scriminanti, ampiamente AA.VV., *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna, Bononia University Press, 2010.

L'illiceità extrapenale rende prevedibile la qualificazione, perché la prevedibilità/riconoscibilità del precetto dipende da fonti extralegali, da agenzie estranee al governo del principio di legalità penale demandato in esclusiva alla legge statale.

Infatti, *perché si possa prevedere la qualificazione penale del fatto occorre che queste fonti non penali siano conosciute e non semplicemente conoscibili.*

La *conoscenza* di norme non penali diviene qui la base per la *conoscibilità* di precetti penali.

Tutta la teoria del reato deve essere ripensata liberandola dal diritto di matrice tedesca quanto al rapporto fatto/antigiuridicità³⁸.

³⁸ L'assunto nasce da molti anni di revisione critica. È dal talento sistematico di Hans Welzel che è scaturita la ricostruzione del rapporto tra fatto (tipicità oggettiva e soggettiva, Tatbestand) e precetto (legge penale, Verbot e Gebot) in termini di conoscenza attuale (elementi del fatto) e conoscenza potenziale (legge penale, precetto), anticipatoria del tema della scusante dell'ignoranza inevitabile della legge penale (sistematizzazione assai più innovativa del subjektiver Tatbestand, la "leggenda" che la tipicità soggettiva fosse una sua invenzione, mentre se pur non così straordinariamente sviluppata era già in Graf zu Dohna; come pure la convinzione che Welzel avesse inventato una nuova concezione della colpevolezza in generale: su queste tradizioni, ampiamente, M. FROMMEL, *Der Streit um die Systemkategorie "Schuld"*, in T. VORMBAUM (Hrsg.), *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, 2019, 127 ss., spec. 135 ss., 148 ss.). La dogmatica welzeliana dell'errore, peraltro, che vantava ascendenze storiche tomistiche, conteneva e riprendeva dall'origine una già consolidata idea che la conoscenza del fatto fosse indizio della conoscenza dell'illiceità. Il fatto avrebbe una funzione di "appello" alla coscienza. La letteratura maggioritaria di lingua tedesca, che ha fondato su questi basamenti, oltre che sulla distinzione tra fatto, antigiuridicità e colpevolezza, la sua fortuna internazionale, esportando questa sistematica in numerosi Stati e in vari continenti, ha minimizzato l'esistenza di fatti di reato i quali, vuoi per il carattere artificiale delle norme-comando, o dei divieti, vuoi per il richiamo a discipline extrapenali molto varie e frastagliate, non hanno spessore penalistico senza il contestuale richiamo a quelle regole o alla stessa conoscenza del divieto: conoscere il fatto naturale non aiuta affatto come appello alla conoscenza del divieto, perché il nudo fatto non indizia proprio nulla per il profano. Lo stesso tema dell'errore su legge extrapenale è rimasto coinvolto in questo pregiudizio giusnaturalistico, che nel penale i fatti (senza gli elementi normativi) siano carichi di disvalore, mentre la legislazione avanzava a passi da gigante verso fattispecie piene di elementi normativi, rinvii, piene di illiceità extrapenale senza la quale quei fatti non erano tipici. Ecco, dunque, il dominio dell'intero ordinamento non già per "giustificare" i fatti tipici (tesi classica della teoria tripartita e della sua teoria dell'"antigiuridicità" generale), ma per identificarli, per comprenderli, per suscitare un qualche appello coscienziale. L'abbandono di questi pregiudizi giusnaturalistici implica però anche la presa d'atto che l'antigiuridicità quale momento valutativo finale (alla luce del restante ordinamento) di un fatto già carico di disvalore penale, è tesi sbagliata, è un errore tecnico e politico di questa cultura. Riferimenti essenziali in M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, Giuffrè, 1993, *Introduzione* e cap. I; ID., *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n.1-2/1999, 1 ss.; ID., *Critica dell'antigiuridicità*, cit. Occorre perciò prendere le distanze da una cultura che sposta nella colpevolezza tutta la valutazione di un fatto illecito soggettivamente esangue, per poi riempire di prevenzione generale quella colpevolezza, chiudendo così il cerchio della c.d. etica della responsabilità applicata in chiave colpevolizzante. Per un recente quadro critico al riguardo v. sempre DONINI, *La personalità della re-*

La conoscibilità/prevedibilità di queste norme non è mai stata veramente tematizzata. È stata pensata, ma anche resa irrilevante, per il solo precetto penale. Si dava per presupposto che la conoscenza *fattuale* dell'extrapenale, la conoscenza fattuale della condotta, fosse "indizio" dell'antigiuridicità, anche di quella extrapenale.

Si trattava, in fondo, di una premessa giusnaturalistica oppure pensata sui delitti naturali, che tuttavia divenne "dogmatica" e ci ha bloccato le menti per un secolo: l'errore sugli elementi normativi del fatto era irrilevante, salvo in casi eccezionali.

Una teorica fuori della realtà del dolo – che cioè impediva di ricostruire un dolo vero, un dolo penale – dove di delitti naturali ce ne sono sempre di meno: essa pensava che i fatti "non normativi" fossero i soli oggetti di rappresentazione.

Ancora negli anni '80-'90 questa cultura era oggetto di *rassegnata critica in dottrina*.

Oggi è evidente, nonostante la dogmatica consolidata, che è l'antigiuridicità extrapenale, cioè sono i profili di illiceità giuridica non penale presupposti dalla fattispecie incriminatrice, a indiziare lo stesso fatto tipico, non viceversa.

Un distinto *problema* sorge qualora *non* si tratti di elementi normativi del fatto, perché solo agli elementi normativi si applica l'art. 47 c.p., che esclude la responsabilità per dolo in caso di errore su di essi che abbia "cagionato" un errore sul fatto di reato.

Il precedente discorso, infatti, non vale per le precomprensioni culturali che producono direttamente la qualificazione giuridico-penale dei comportamenti o che costruiscono casi-norma. Non è possibile sottrarre queste precomprensioni e questi casi al perimetro della stessa ermeneutica penale della fattispecie, al concetto di "sussunzione nel precetto": quando si comincia a pensare che è corruzione la vendita della funzione, o l'interesse privato reciproco in atti d'ufficio, è la fattispecie che è mutata.

Occorre allora che tale illiceità (se ritenuta legittima e recepita a livello di

sponsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577, spec. 1600 ss. (il § 10). Ovviamente questa critica di fondo non deve condurre al ritorno a vecchie tesi che postulavano fatti così carichi di disvalore (*mala in se*) da dover essere oggetto del dolo la lesività palese o la illiceità altrettanto naturale: solo per i reati a condotta neutra o con elementi normativi sarà necessario estendere l'oggetto del dolo a singoli aspetti di conoscenza della illiceità o della qualificazione giuridica tipizzante. Per gli altri ci sarà prevalentemente di fatto. Questa selezione di illiceità da conoscere attualmente diventa un problema "di parte speciale", relativo alla lettura delle singole incriminazioni e all'esigenza che sia pregnante e attuale (per l'elemento soggettivo) e non solo possibile (per la colpevolezza da ignoranza della legge penale) la rappresentazione o la prevedibilità dell'illecito.

norma reale, di *ius*, di diritto vivente) sia (soltanto) conoscibile, non conosciuta: il suo statuto normativo la attrae nella “legge penale”. Sono infatti casi-norma che modificano il contenuto normativo della disposizione, creando vere sottofattispecie.

Ed esattamente per questo motivo il mutamento o il sorgere imprevedibile o di inesigibile conoscenza di queste sottofattispecie è sottoposto al divieto di retroattività: *regola che invece non si applica agli elementi “normativi del fatto” nuovi* e che non incidono sul nucleo penalistico del precetto.

Con questa ricostruzione ho cercato di fornire una prima risposta al tema dell'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale. Si tratta, come è evidente, di un percorso nuovo dell'evoluzione in corso del diritto penale come *ius*, prima che come *lex*.