

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO**

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

**Paola Scevi**

**LA PREVEDIBILITÀ  
DELLA NORMA PENALE  
TRA *LEGISLATIO* E *IURISDICTIO***



**G. Giappichelli Editore – Torino**

## PREMESSA

Il digradare della centralità della legge, in ordine al profilo qualitativo del suo ruolo nell'orientamento dell'individuo e nella formazione della decisione giudiziale, ha determinato, nell'ambito del diritto penale, variazioni sostanziali nel rapporto tra legge e singoli individui e tra legge e interprete-giudice.

La giurisprudenza ha assunto un ruolo sempre più rilevante, cui è conseguita la corrispondente limitazione dell'impatto effettivo del principio di legalità come riserva di legge, irretroattività dell'incriminazione o comunque del trattamento penale più sfavorevole, determinatezza del fatto punibile, interpretazione-applicazione tassativa delle fattispecie criminose, con conseguente divieto di analogia.

Le articolazioni della legalità penale concorrono, secondo differenti prospettive, ad assolvere ad una duplice funzione di garanzia: da un lato tutelare i consociati in ordine a possibili abusi punitivi e d'altro lato, consentire agli stessi di conoscere preventivamente i divieti penali, in modo da garantire loro una libertà di azione non preclusa da violazioni non prevedibili della legge penale.

Questione fondamentale è garantire alla persona non solamente la preventiva conoscibilità della legge penale, ma anche la prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali quanto al reato configurabile ed al relativo trattamento punitivo.

L'accresciuto potere interpretativo del giudice penale è connesso anche al deterioramento del linguaggio legale, spesso arcano, ambiguo e polisenso, oltre che all'anomalo aumento della produzione legislativa in materia penale, da cui è derivata una proliferazione delle fattispecie di reato. L'ideale della certezza e chiarezza giuridica rappresentato dalla concezione illuministica delle leggi *poche, chiare, semplici, stabili*, viene dunque oggi lesa dalla prassi legislativa.

Fatale portato di un simile scompiglio legislativo è un diritto penale che tracima magmaticamente – esorbitando da qualsivoglia ordine razionale – in spregio a tutti i suoi principi garantistici classici.

Il protagonismo giudiziario si accresce altresì nell'orizzonte dischiuso dall'interpretazione nell'ambito dell'armonizzazione europea, nel complesso quadro dei rapporti tra fonti interne e fonti sovranazionali. In questa situazione, i limiti legalistici propri della materia penale e prefigurati per l'interpretazione *tradizionale* non costituiscono più un argine al ruolo interpretativo della magistratura: il giudice, anche ove non indulga ad interpretazioni che trascendono il significato del dettato normativo, ha progressivamente acquisito una più ampia libertà ermeneutica.

Nella prospettiva convenzionale si tende a privilegiare una concezione della legalità penale che valorizza in particolare accessibilità e prevedibilità delle norme penali a prescindere dalla legalità-fonte. Si evidenzia in tal modo come il principio di legalità penale, visto in questa prospettiva, non soltanto esige dal legislatore che le fattispecie penali siano descritte con chiarezza tale da assicurarne la preventiva conoscibilità da parte dei consociati, bensì estende la tutela della libertà individuale come autodeterminazione, racchiudendo nella preventiva conoscibilità del rischio penale anche la prevedibilità degli orientamenti della giurisprudenza quanto al reato configurabile ed al relativo trattamento punitivo.

Il centro di gravità del principio di legalità si è dunque progressivamente spostato dall'esigenza di valorizzare il ruolo esclusivo della fonte legislativa e di delimitare il potere del giudice, all'esigenza di conoscibilità (accessibilità) e prevedibilità della legge e delle relative conseguenze sanzionatorie, in ragione del diritto fondamentale alla autodeterminazione della persona.

Si tratta di una questione cruciale che si è gradualmente disvelata in ragione anche del progressivo innestarsi nel complesso delle garanzie proprie del nostro sistema della elaborazione che si è sviluppata in ambito sovranazionale, non solo a livello normativo, ma anche ad opera delle Corti europee, nonché della giurisprudenza interna chiamata a conformarvisi.

In particolare, si rende necessario definire in quali termini vengano oggi a delinarsi i rapporti fra le garanzie fondamentali del diritto penale e il ruolo rivestito da quello che viene indicato quale *diritto dei giudici* o *law in action*.

Il presente studio, muovendo da questa prospettiva, affronterà inizialmente l'analisi dei nodi problematici disvelati da applicazioni giudiziali orientate alla propensione estensivo-punitiva delle fattispecie, che possono giungere financo alla creazione giurisprudenziale di nuove tipologie criminose.

La carente significatività del dato testuale, i fattori di vaghezza posti nella disposizione, rendono necessaria l'opera dell'interprete per la ricostruzione della fattispecie, in un contesto in cui il concetto stesso di fattispecie appare messo in crisi dalla volatilità del diritto giurisprudenziale; ma l'atteggiamento di fondo dei giudici, più orientati alla libertà interpretativa che non alla certezza giuridica, non contribuisce a rendere ragionevolmente prevedibili i concreti orientamenti della giurisprudenza. Questo comporta lo sviluppo di un'analisi sull'attuale modo di presentarsi della "fonte" – ossia la legge stessa –, cui sono correlate le ulteriori questioni afferenti al suo rapporto con l'elaborazione giurisprudenziale.

La riflessione si svilupperà, quindi, attorno ad una analisi dei contenuti del principio di prevedibilità, dei suoi corollari – declinati con specifico riferimento alla materia penale – della sua *ratio* e dei fondamenti normativi.

Infine, valorizzando la prevedibilità del diritto quale integrazione garantista, verrà esperito il tentativo di tracciare alcune linee di intervento utili per la sua concreta implementazione, perché nella pratica possa essere assicurata la certezza del diritto e la ragionevole prevedibilità dello stesso per i destinatari. E di centrale rilevanza appare al riguardo la rigorosa cura dei confini fra *jus facere* e *jus dicere*.



## CAPITOLO PRIMO

# UN DIRITTO (IM)PREVEDIBILE

SOMMARIO: 1. Le parole della legge dalle ricostruzioni interpretative alla creazione giurisprudenziale di nuove tipologie criminose. – 2. La punizione del fatto *non ancora* contemplato dalla legge quale reato (la giurisprudenza sa giocare d'anticipo). – 2.1. Le interpretazioni “evolutive” in materia di corruzione. Una progressiva erosione della tipicità e della frammentarietà. – 2.1.1. Un'ermeneutica che scorge nella tassatività una catena da spezzare. – 2.2. Un altro modello emblematico di *anticipazione* giurisprudenziale: il ‘*disastro ambientale*’. – 2.2.1. La convalida legislativa delle soluzioni interpretative: il disastro ambientale nominato (art. 452-*quater* c.p.). – 2.3. L'incompatibilità con il canone dell'irretroattività delle *nuove* incriminazioni, *anticipate* dal diritto vivente. – 3. La *libera riscrittura* del testo ad opera dell'interprete. – 4. Fattori di vaghezza che affievoliscono la prevedibilità della norma penale. Uno sguardo al *cahier de doléances*. – 4.1. Il concorso esterno quale fattispecie incriminatrice di creazione giurisprudenziale mediante il ricorso alla clausola generale dell'art. 110 c.p. – 4.1.1. Il caso Contrada e la questione posta della prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto e della conoscibilità della pena ad esso irrogabile. – 4.1.2. (*segue*) La rotta a ritroso della Corte di cassazione. – 4.2. La “regola” Taricco: una clausola generale insanabilmente indeterminata. – 5. Dal processo penale che accerta un fatto al processo penale che *crea* il fatto. L'incriminazione dell'elusione fiscale da parte della giurisprudenza, successivamente smentita dal legislatore. – 6. Il crepuscolo della legalità classica nel settore del diritto penale dei mercati finanziari. – 7. Il protagonismo ermeneutico della giurisprudenza. La prevedibilità incerta degli orientamenti giurisprudenziali.

### 1. *Le parole della legge dalle ricostruzioni interpretative alla creazione giurisprudenziale di nuove tipologie criminose*

Nell'ambito della letteratura penalistica degli ultimi anni ha assunto particolare rilievo la questione della crisi o crepuscolo

del principio di legalità e del corrispondente affievolimento del garantismo penale classico. La crisi del principio di legalità si disvela in modo particolare quanto ai rapporti tra legge e giurisdizione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Di rilevante interesse, in argomento: G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in ID. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997, p. 1 ss.; ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; ID., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; ID., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 114 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, *ivi*, p. 125 ss.; A. MANNA, *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa University Press, Pisa, 2016, p. 23 ss.; ID., *Il principio di legalità*, in F. GIUNCHEDI (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 115 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Editrice, Roma, 2012; ID., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, p. 1 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, 2016, 2, p. 23 ss.; M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1165 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 159 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, p. 13 ss.; ID., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, p. 79 ss.; ID., *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, p. 62 ss.; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 693 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, tomo II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1279 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, p. 4 ss.; R. BRICCHETTI, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2012, p. 261 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, *ivi*, p. 285 ss.; S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, *ivi*, p. 299 ss.; V. VELLUZZI, *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, *ivi*, p. 305 ss.; N. ZANON, *Su*

Muovendo dall'evidenza empirica della carente significatività del dato testuale quale fondamentale strumento di interpretazione delle disposizioni incriminatrici, e del corrispondente rafforzamento della *funzione creativa* dei giudici anche per quanto riguarda il diritto penale<sup>2</sup>, si disvela un creazionismo giudiziario spinto<sup>3</sup>.

---

*alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale, ivi, p. 315 ss.*; O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale, ivi, p. 267 ss.*; ID., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, p. 29 ss.; C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016; G.A. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 197 ss.; ID., *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, in *Legisl. pen.*, 19 marzo 2020, p. 1 ss.; F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Edizioni ETS, Pisa, 2019; V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, p. 45 ss. V., altresì, *Il dibattito dal titolo Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*, in *Criminalia*, 2016, p. 155 ss., con nota introduttiva di F. GIUNTA ed interventi di D. MICHELETTI, C. BERNASCONI, D. PULITANÒ, G. TARLI BARBIERI, V. VELLUZZI, C. GUARNIERI, L. VIOLANTE, L. ZILLETI. Sia inoltre consentito rinviare a P. SCEVI, *La crisi della legalità nel diritto penale. Progressiva dissoluzione o transizione verso una prospettiva di crescita?*, in *Arch. pen.*, 2017, 3 web, p. 1 ss.

<sup>2</sup> È necessario sceverare fra una *creazione* come scelta dell'interpretazione giudiziaria più sostenibile tra i possibili significati razionalmente ascrivibili all'enunciato normativo, interpretato secondo i canoni della lingua utilizzata, delle tecniche interpretative consolidate e delle pregresse interpretazioni giurisprudenziali, ed una *creazione* come scelta di significati normativi non ascrivibili agli enunciati normativi applicati e vigenti e quindi l'introduzione di disposizioni normative nuove nel contesto del diritto positivo.

Rileva G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 159 ss., che la soggezione del giudice alla legge è da configurarsi come *obediencia pensante* che non deve trasformarsi «in arbitrio, in un travisamento, sulla base di poteri discrezionali, del dettato normativo»; una creatività fuorviante «consisterebbe nella volontà del giudice di andare al di là del limite linguistico introdotto dal significato delle parole della legge». Sul punto v., altresì, F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars Interpretandi*, 2016, 2, p. 77 s.

<sup>3</sup> In argomento, v. D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incon-*



## Alla patologica inflazione legislativa<sup>4</sup> si accompagna l'incuria

tenibile avversione del giudice penale per la legalità, in *Criminalia*, 2016, p. 161 ss. V. altresì G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, cit., p. 285 ss.; ID., *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 2001 ss.; F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia*, 2015, p. 383 ss.; A. LANZI, *La tutela dei diritti del cittadino fra giustizialismo e garantismo; legalità e giustizia*, in *Ind. pen.*, 2017, 3, p. 988 ss.; N. MAZZACUVA, *Il 'diritto penale massimo': l'incremento dei reati e delle pene tra diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale*, *ivi*, p. 994 ss.

<sup>4</sup> Al riguardo si veda l'autorevole rilievo di G.A. DE FRANCESCO, *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, cit., p. 2 s., che evidenzia la smisurata quantità di norme, «il loro riferirsi, sovente, ad un fenomeno analogo, 'investendolo' ripetutamente, per così dire, mediante precetti contenuti in leggi diverse (ora il codice, ora determinate normative a carattere settoriale: si pensi alla materia dei reati associativi), l'imponente sviluppo di nessi di dipendenza da mutevoli e cangianti prescrizioni extrapenali (come nel campo degli alimenti o degli illeciti ambientali), l'infittirsi di logiche repressive separate per 'tipi d'autore', e dunque per l'immigrato, il mafioso, l'impuro per 'ruolo sociale', secondo la definizione di F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 65 ss.

Ebbene, il convergere ripetuto su taluni nuclei normativi – come nel caso del 'codice rosso' – di aggiustamenti reiterati e spesso avulsi dal contesto, la notevole disinvoltura nel fare al contempo ricorso (con riflessi non ponderati sullo *statuto* delle incriminazioni) sia a modifiche delle fattispecie, sia a regole – e deroghe – nuove legate ad istituti generali (si pensi alla sospensione condizionale, alle pene accessorie, alla disciplina delle circostanze), sia a cambiamenti apportati al codice di rito (per es. al patteggiamento) ci restituisce la visione di una situazione alquanto divergente rispetto a quella che dovrebbe soprintendere alla individuazione della portata e dell'ambito di estensione dell'attività interpretativa.

E ancora attuale e istruttivo è il monito di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 11 s., per il quale la «marea di leggi» sfocia nell'«ipertrofia del diritto penale». Quindi la sfera di libertà dei singoli viene gradualmente erosa; si assiste alla costante proliferazione di situazioni e rapporti penalmente rilevanti «al punto che, oggi, è davvero raro rintracciare condotte che possano dirsi con certezza estranee all'area di operatività del diritto penale. Il diritto penale perde così il carattere di frammentarietà per diventare onnicomprensivo, totalizzante. Drastico rovesciamento dei postulati tradizionali: frammentaria ora è la libertà».

Il diritto penale, dal dover essere 'minimo' ed *extrema ratio*, assume le sembianze di *diritto penale 'massimo'*, con evidenti ricadute in termini di garanzia per il consociato. Per una acuta riflessione sull'allontanamento del diritto penale dai caratteri di *extrema ratio*, nonché per la primogenitura dell'espressione *diritto penale massimo*, v. N. MAZZACUVA, *Il 'diritto penale massimo': l'incremento dei reati e delle pene tra diritto penale legislativo e diritto penale*

del linguaggio legale<sup>5</sup>: l'*ars legiferandi* si è involuta a tecnica arzigogolata che maneggia le proposizioni normative con una noncuranza e un'insipienza oramai smodate<sup>6</sup>, con leggi formulate in modo arcano<sup>7</sup>, utilizzando termini ambigui e polisenso.

Ne deriva una perdita di fiducia nella legge, anche per l'incapacità del legislatore ad affrontare con un approccio organico le questioni decisive del diritto penale. E d'altro canto, taluni settori della giurisprudenza, in virtù di una percezione ipertrofica del proprio ruolo, tendono ad una svalutazione aprioristica della legge, a correggerne i pretesi errori con l'interpretazione<sup>8</sup>.

Analizzando il complesso scenario dell'universo giurispru-

---

giurisprudenziale, cit., p. 994 ss., e ID., *Ancora sul 'diritto penale minimo' (nell'epoca del diritto penale 'massimo' e 'totale')*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino University Press, Urbino, 2020, p. 857 ss.

<sup>5</sup> Osserva F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 2, che «il legislatore ha tradito la legalità prima di tutto dimenticando qualunque cura per il decoro anche solo esteriore della formulazione legislativa».

<sup>6</sup> Per una sagace riflessione in ordine alla decadenza dell'arte e della tecnica della legislazione, v. G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018.

<sup>7</sup> Sovente strutturate in numerosi articoli e commi, con ripetuti rinvii a norme che a loro volta rinviano ad altre norme, generando complicati ed enigmatici labirinti normativi ed oscuri sistemi di scatole cinesi. Valga per tutti, come rileva, con sferzante ironia, F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa?*, Edizioni ETS, Pisa, 2018, p. 297 s., quale esempio *montesquieuano*, ricorrente nella nostra produzione legislativa, di «leggi semplici e chiare, in modo che nessuno per capirle abbia bisogno di nessuno», il vero e proprio *rebus* dell'articolo unico del d.m. 9 gennaio 1989: «Gli ispettori tributari nominati ai sensi degli articoli 9 e seguenti della legge 24 aprile 1980, n. 146, sono abilitati, nell'anno 1989, ad accedere presso le aziende ed istituti di credito e presso l'amministrazione postale nei casi previsti dall'art. 35, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, come modificato dall'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1982, n. 463 e dall'art. 51-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, introdotto dall'art. 5 del decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1982, n. 463, allo scopo di compiere le rilevazioni dirette previste dall'art. 33, secondo comma, del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, come modificato dal decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1982, n. 463 e dall'art. 52, ultimo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 633 del 1972, modificato dal ripetuto decreto del Presidente della Repubblica n. 463 del 1982» (G.U., Serie Generale, n. 16 del 20 gennaio 1989).

<sup>8</sup> V., al riguardo, M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., p. 694.

denziale, si appalesano applicazioni giudiziali volte alla propensione estensivo-punitiva delle fattispecie e l'ampliamento dello spazio del penale, da cui deriva il rischio di un utilizzo troppo audace delle possibilità connesse alla libertà ermeneutica, a discapito della legalità come tassatività<sup>9</sup>.

In questa prospettiva, di là dalla fisiologica insorgenza di nuovi casi cui semplicemente viene applicata la fattispecie (viene estesa la casistica e non la disposizione)<sup>10</sup> – e con un codice varato in un contesto del tutto diverso rispetto a quello attuale, è inevitabile che si rivelino situazioni nuove o che sono tali in quanto solo l'evoluzione del sistema complessivo li rende allo stato attuale ammissibili – si disvela anche la giurisprudenza costruttiva: basti pensare alla causalità<sup>11</sup>, o alla

---

<sup>9</sup> È stata posta in evidenza, in dottrina, la tematica delle disposizioni di parte generale, riguardo alle quali è più impervia una definizione tassativa e che sono quindi suscettibili di estensione tale da *compromettere la stessa differenza tra analogia e interpretazione estensiva*; sulla questione, v., per tutti, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 88 ss.

<sup>10</sup> Osserva come casi nuovi «possono essere occasione per ripensare (confermare o modificare) interpretazioni normative, per chiarire il senso di elementi di fattispecie», D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars interpretandi*, 2016, 2, p. 51.

<sup>11</sup> La rilevante sentenza delle Sezioni Unite *Franzese* (Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, *Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss., con osservazioni di F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 767 ss.), ha delineato uno statuto epistemologico della causalità penalmente rilevante, dirimendo un contrasto giurisprudenziale relativo ai requisiti necessari per l'imputazione causale di un evento lesivo. Tra i commenti, v. anche: O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 608 ss.; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 50 ss. Ed altresì v.: F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 63 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 4, p. 1215 ss.; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, 3, p. 1062 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, *cit.*, p. 122 ss.; ID., *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli, 2011, p. 917 ss.; F. ANGIANI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferi-*

dibattuta figura del dolo eventuale<sup>12</sup>, i cui contenuti e limiti sono oggetto di costante elaborazione<sup>13</sup>.

---

mento all'attività medica, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 1318 ss.; R. BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *Cass. pen.*, 2006, 10, p. 3219 ss.; ID., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 28 ss.; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 493 ss.; F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 961 ss.; ID., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss.; ID., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, p. 380 ss.; A. MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 3, p. 591 ss.; ID., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3633 ss.; M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Jovene, Napoli, 2007, p. 891 ss.; M. RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 247 ss.; A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2009, p. 145 ss.; G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze University Press, Firenze, 2010, p. 177 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, p. 331 ss.

Due sono stati gli orientamenti giurisprudenziali che si sono fronteggiati: da una parte si riteneva che per ammettere come sussistente il nesso causale fosse sufficiente ravvisare una *apprezzabile probabilità* che la condotta dell'agente avesse contribuito ad incrementare il rischio di verificazione dell'evento (in tal senso v.: *Cass. pen.*, sez. IV, 7 gennaio 1983, *Melis*, in *Mass. Uff.*, n. 158947; *Cass. pen.*, sez. IV, 2 aprile 1987, *Ziliotto*, in *Mass. Uff.*, n. 176402; *Cass. pen.*, sez. IV, 7 marzo 1989, *Prinzivalli*, in *Mass. Uff.*, n. 181334; *Cass. pen.*, sez. IV, 23 gennaio 1990, *Pasolini*, in *Mass. Uff.*, n. 184561; *Cass. pen.*, sez. IV, 18 ottobre 1990, *Oria*, in *Mass. Uff.*, n. 185858; *Cass. pen.*, sez. IV, 30 aprile 1993, *De Giovanni*, in *Mass. Uff.*, n. 195482; *Cass. pen.*, sez. IV, 11 novembre 1994, *Presta*, in *Mass. Uff.*, n. 201554); d'altra parte, in coerenza con i principi fondamentali del nostro ordinamento – legalità e determinatezza della fattispecie – si riteneva che la spiegazione causale dovesse essere fondata su leggi universali, e quindi certe, ovvero su leggi statistiche dotate di coefficiente a percentuale prossima alla certezza (in tal senso v.: *Cass. pen.*, sez. IV, 28 settembre 2000, *Baltrocchi*, in *Mass. Uff.*, n. 218777; *Cass. pen.*, sez. IV, 28 novembre 2000, *Di Cintio*, in *Mass. Uff.*, n. 218727; *Cass. pen.*, sez. IV, 25 settembre 2001, *Covili*, in *Mass. Uff.*, n. 220953; *Cass. pen.*, sez. IV, 25 settembre 2001, *Sgarbi*, in *Mass. Uff.*, n. 220982).

In argomento, si veda in generale l'ampio studio di S. ALEO, A. CENTONZE, E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>12</sup> In argomento, v.: G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv.*

## Ma non basta. Dalla selezione ad opera del giudice penale di

---

*it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 113 ss.; ID., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce di diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 5013 ss.; ID., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1317 ss.; ID., *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4624 ss.; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 122 ss., e p. 143 ss.; ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3, spec. p. 920 ss.; ID., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013, p. 131 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 883 ss., p. 904 ss.; A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 169 ss.; ID., *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, p. 663 ss.; P. PISA, *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 13 ss.; M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 1175 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, p. 152 ss.; D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, p. 22 ss.; D. BRUNELLI (a cura di), *Il "mistero" del dolo eventuale*, Giappichelli, Torino, 2014; M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, p. 70 ss.; S. ALEO, *Il dolo eventuale, le figure delittuose aggravate dall'evento e i diversi piani possibili di imputazione soggettiva del comportamento*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 199 ss.

<sup>13</sup> In ordine alla controversa precisazione concettuale della categoria del dolo eventuale, si veda la sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite nel processo *Thyssenkrupp* (Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn e altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, p. 1925 ss.) che ne ha spostato il baricentro dal piano definitorio a quello degli indicatori di riconoscimento, avversando orientamenti giurisprudenziali volti a depauperare la figura del dolo eventuale dei requisiti minimi per definire la forma più grave di imputazione soggettiva. Fra i commenti, v. G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, *ivi*, p. 1938 ss.; M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, *ivi*, p. 1953 ss.; R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 11, p. 2573 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, p. 77 ss. Per una ricostruzione del caso v., altresì, P. ASTORINA MARINO, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 80 ss., il quale muove da questo e da altri casi giurisprudenziali per la sua articolata ed accurata analisi sull'accertamento del dolo.

significati normativi non riconducibili agli enunciati normativi applicati e vigenti, sono derivate decisioni che, ridimensionando la portata del criterio della testualità dell'interpretazione (*ex art. 12 disp. prel.*), portano alla creazione «*dal basso della fucina giurisprudenziale*, di nuove tipologie criminose»<sup>14</sup>.

L'erosione della legalità penale si appalesa anche nel contesto delle fattispecie legislativamente determinate, e tuttavia "sovrascritte" da un'interpretazione giurisprudenziale estensiva ed esorbitante il tenore testuale dell'enunciato normativo; risultano, invero, forieri di criticità taluni eccessi nell'uso del lessico ermeneutico che possono dar luogo a riconfigurazioni del rapporto tra enunciato normativo ed esito interpretativo e dunque a «libere trascinazioni ermeneutiche», talora dissimulate quali estensive ma in realtà analogiche o, in altri casi, financo «ben oltre l'ambito dell'analogia, che presuppone l'identità di *ratio*»<sup>15</sup>.

Il rischio di divergenze ed immistioni col senso più vero e profondo della *legalità legislativa* è, come efficacemente osservato, «sempre in agguato anche ai livelli alti della nomofilachia»<sup>16</sup>.

La deriva dal testo della legge alle ricostruzioni ermeneutiche che ne mutano la portata va ad ampliare il novero delle letture possibili, suscitando sia un incremento dei contrasti giurisprudenziali, sia l'affievolimento delle funzioni garantistiche del processo penale. Viene così intaccata la correlazione tra regola e giudizio e diventano più opachi i profili di giustizia della deci-

---

<sup>14</sup> Così V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., p. 28.

<sup>15</sup> F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, cit., p. 113.

<sup>16</sup> Così V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., p. 47, il quale richiama come esempio emblematico la sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite che, chiamata a pronunciarsi circa i confini della causa di non punibilità prevista dall'art. 590 *sexies* c.p., ha discettato sul labile discrimine concettuale tra l'interpretazione che va *contro* e quella che va *oltre* la letteralità del testo. La Corte afferma che è possibile andare *oltre* le parole della legge, ogniqualvolta l'opzione ermeneutica sia «il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame» (Cass. pen., sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770, *Mariotti*).

sione. La giurisprudenza ha sviluppato quella caratteristica ormai definita *gius-creativa* e «ha ulteriormente contribuito alla crisi della legalità penale»<sup>17</sup>.

Ebbene, la *fattispecie incriminatrice di creazione giurisprudenziale* garantisce idonei coefficienti di conoscibilità e di prevedibilità, oppure grava il consociato dell'incertezza del diritto, inducendolo al *precauzionismo* comportamentale?

## 2. *La punizione del fatto non ancora contemplato dalla legge quale reato (la giurisprudenza sa giocare d'anticipo)*

S'appalesa la tendenza della giurisprudenza, al fine di soddisfare *nuove esigenze punitive* ed in mancanza di disposizioni repressive mirate, a «giocare d'anticipo»<sup>18</sup>, estendendo i confini delle fattispecie incriminatrici. La ricerca di aggiustamenti e di implementazioni viene dislocata nella sfera processuale, ove l'intervento legislativo viene anticipato mediante la *produzione* di fattispecie penali.

Si evidenzia dunque *l'anticipazione*, ad opera del *formante giurisprudenziale*, di *nuovi* contenuti normativi, in seguito recepiti e positivizzati dal legislatore mediante riforma, a fronte della evidenza delle esigenze di tutela e della stringente necessità di ampliare la sfera di tipicità delle norme in vigore: «tipicità postuma»<sup>19</sup>, o, come si è sagacemente osservato<sup>20</sup>, fatti *non ancora* preveduti dalla legge come reato.

La successione tra norma di matrice giurisprudenziale e nor-

---

<sup>17</sup> A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa University Press, Pisa, 2017, p. 37, con richiami della letteratura in argomento.

<sup>18</sup> T. PADOVANI, *Prefazione* a F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, cit., p. 13.

<sup>19</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., p. 45 ss.

<sup>20</sup> A. GARGANI, *La punizione del fatto non ancora previsto dalla legge come reato: dinamiche della tipicità tra diritto vivente e principi di garanzia*, in G.A. DE FRANCESCO e A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche, Atti del Convegno di Pisa (8-9 maggio 2015)*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 263 ss.

ma di produzione legislativa comporta criticità, che si riflettono sulle diverse espressioni del principio di legalità, sia a livello nazionale che a livello sovranazionale.

L'incognita, nell'ambito di quella che si caratterizza quale vera e propria *politica criminale giudiziaria*, è costituita da scivolamenti indebiti, inappropriate commistioni, che possono trasfigurare il profilo costituzionale del sistema punitivo e degli istituti insiti in esso, giacché la pressante esigenza di garantire una risposta punitiva va a soverchiare la prospettiva sistematica ed assiologica, determinando una compressione o riduzione delle garanzie.

Nel contesto della "giustizia di scopo" sono neglette le ripartizioni funzionali tra diritto e processo<sup>21</sup>: ciò che importa è solo

---

<sup>21</sup> Si deve a Tullio Padovani l'aver puntato dritto al cuore del problema, in ordine al nesso di strumentalità reciproca e complessa tra diritto e processo, come poli di un unico sistema, e l'aver messo in risalto la necessità di ampliare l'oggetto d'indagine al di là del sistema giuridico positivo del diritto penale, volgendo lo sguardo al sistema penale nella sua interezza, nelle sue due componenti che non possono essere disgiunte (T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, p. 430 ss.; ID., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 2, p. 527 ss.; ID., *Il diritto sostanziale e il processo*, in L. FOFFANI e R. ORLANDI (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 81 ss.).

Del resto, il diritto penale, senza processo, rimarrebbe bloccato nell'immobilismo e nell'insignificanza; è solamente attraverso la sua considerazione *in action*, nell'agone processuale, quindi, che è possibile ravvisarne l'effettiva espressione (al riguardo, v. F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. pen.*, 1952, VII, p. 167).

Non si può qui non ricordare come proprio sulla prospettiva congiunta e integrata di diritto e processo si fondi la speculazione di Giuliano Vassalli, quanto ai principi generali del diritto. Il grande Maestro del diritto e della procedura penale italiani, come noto, identifica due principi ispiratori, che informano l'intera materia penale, ancorché non espressi ma deducibili dall'insieme di norme che ne fanno parte, costituiti, da un lato, dalla difesa sociale – ovvero, la tutela di beni essenziali per la convivenza civile, attraverso la minaccia o l'irrogazione di pene – e, d'altro lato, dal rispetto del singolo come persona umana – ovvero le garanzie sostanziali e processuali, di carattere personalistico. Siffatti criteri direttivi, costantemente alla ricerca di vicendevole composizione, sono, nel pensiero dell'illustre A., legati a scelte politico-criminali, relativamente alle quali si possono verificare nella legislazione, nella



l'obiettivo, indipendentemente dallo strumento utilizzato e dalle ricadute che ne conseguono (“*basta che funzioni*”)<sup>22</sup>.

Allo scopo di porre in luce le criticità insite al fenomeno in oggetto, appare chiarificatore il riferimento alle riforme *a due tempi* (anticipazione giurisprudenziale e successiva “ratifica” legislativa) che hanno riguardato, in particolare, due settori nodali della legislazione penale, ossia quello dei delitti contro la pubblica amministrazione e quello della tutela penale dell'ambiente.

### 2.1. *Le interpretazioni “evolutive” in materia di corruzione. Una progressiva erosione della tipicità e della frammentarietà*

Quanto al settore dei delitti contro la pubblica amministrazione, appare emblematica la vicenda che si è sviluppata in tema di *corruzione*<sup>23</sup>.

---

giurisprudenza e nella prassi, certe forzature, in un senso o nell'altro (Cfr. G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 705 ss.).

Proprio nella considerazione delle interazioni funzionali, occorre mantenere con rigore l'attribuzione di competenze fissata dalla nostra Costituzione: mentre scelte di tutela e finalità della pena competono al diritto sostanziale, al processo spetta, invece, l'accertamento delle responsabilità individuali (cfr. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Studi Senesi*, vol. CXXV, 2013, p. 24).

Certo, tra diritto penale e processo sussiste una reciproca strumentalità: il diritto penale è il *diritto della reità*; la sua attuazione è la finalità del processo (F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., p. 52). Peraltro, l'azione di contrasto resta una *mera funzione* del diritto penale nel suo momento giudiziario, *non uno scopo* che il *giudicante* può perseguire, giacché in tal modo questi perderebbe la sua terzietà (M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in *disCrimen*, 16 novembre 2020, p. 19).

Se il giudice diventa l'artefice di “lotte” giudiziarie per il diritto, nelle quali il diritto stesso non è il punto di partenza, bensì quello di arrivo si apre uno scenario che implica intense trasformazioni nei rapporti tra diritto penale e processo. A essi sono dedicate pregnanti osservazioni in F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit.

<sup>22</sup> A. GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, in F. GIUNTA, R. GUERRINI (a cura di), *Partecipazione democratica alle scelte politico criminali e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo*, Atti del Convegno, Siena 22 giugno 2016, in *Studi Senesi*, vol. CXXIX, 2017, p. 60.

<sup>23</sup> In argomento, v.: S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministra-*

Nel periodo antecedente all'entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 (nota anche come "legge Severino") e, segnatamente, della riformulazione legislativa dell'art. 318 c.p., come noto, nella giurisprudenza di legittimità si era progressivamente consolidato l'orientamento ermeneutico in forza del quale si prescindeva dalla necessità di individuare un determinato "atto" oggetto di accordo illecito, in ordine all'applicazione degli artt. 318 e – in particolare – 319 c.p.

Alla luce di un consolidato indirizzo della Corte di cassazione<sup>24</sup>, doveva ritenersi integrato il reato di *corruzione propria* anche qualora il patto corruttivo non avesse avuto ad oggetto – come invece previsto dalla legge – un atto d'ufficio determinato (o, per taluni, perlomeno determinabile), bensì fosse solo genericamente individuabile, in quanto riconducibile all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico agente. Talché veniva ricompreso nell'ambito di applicazione dell'art. 319 c.p. anche l'accordo che si concretizzasse in un generico asservimento della pubblica funzione ad interessi privati, indipendentemente dal compimento di atti<sup>25</sup>.

---

*zione, delitti di corruzione e cornice europea*, Il Mulino, Bologna, 2015; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, III ed., Giuffrè, Milano, 2013; G. FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 883 ss.; G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Jovene, Napoli, 2003; R. RAMPIONI, *I delitti di corruzione*, Cedam, Padova, 2008; R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla "Riforma Severino"*, Atti del Convegno di Studi, Padova, 11 dicembre 2014, Padova University Press, Padova, 2015; P. SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Arch. pen.*, 2016, 3, p. 635 ss.; S. SEMINARA, *Corruzione e anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 9, p. 1125 ss.; V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, p. 1126 ss.

Sugli effetti deleteri del fenomeno corruttivo nel nostro Paese, v. per tutti, G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 476 ss.; ID. (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Vita e Pensiero, Milano, 2003; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1, p. 7.

<sup>24</sup> Al riguardo v., in particolare, Cass., sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435, *Battistella*, in *DeJure*; Cass. pen., sez. fer., 8 settembre 2009, n. 34834, *Ferro*, in *CED Cassazione*, rv. 245182.

<sup>25</sup> Al riguardo v. Cass., sez. VI, 7 luglio 2016, n. 40237, *Giangreco*, rv. 267634,

Prescindendo dall'accertamento di uno specifico ed individuato atto d'ufficio oggetto di patto corruttivo, venivano soddisfatte al contempo istanze di semplificazione probatoria e di adeguamento della fattispecie incriminatrice alle forme di *corruzione sistemica*<sup>26</sup> disvelatesi nella prassi, trasponendo il centro di gravità del disvalore dall'atto al patto illecito.

La copertura legale postuma non è sopravvenuta dunque su casi nuovi, piuttosto su ipotesi "estensive" della fattispecie che avevano oramai *modificato* la disposizione codicistica<sup>27</sup>. Talché, come si è efficacemente notato, il reato di corruzione per la funzione (art. 318 c.p.), allorché viene introdotto, «ha alle spalle lustri di analogia *in malam partem* da parte della magistratura»<sup>28</sup>. E giacché la pena dell'art. 318 era originariamente – cioè

---

ove si evidenzia che l'art. 318 c.p. «rappresenta senza meno una significativa innovazione introdotta con la novella di riforma del 2012, grazie alla quale è stato recepito, a livello di esplicita normazione positiva, il dato di fondo dell'insegnamento giurisprudenziale in materia, così ponendosi termine a mai del tutto sopite polemiche», richiamando proprio l'indirizzo giurisprudenziale che rimandava all'art. 319 c.p. «non solo l'accordo illecito contrassegnato dallo scambio tra il denaro o altra utilità, da un lato, e un ben determinato o determinabile atto contrario ai doveri d'ufficio, dall'altro, bensì anche l'accordo avente ad oggetto una pluralità di atti non previamente fissati e però 'determinabili per *genus* mediante il riferimento alla sfera di competenza o all'ambito di intervento del pubblico ufficiale', ovvero i pagamenti compiuti per retribuire i favori assicurati dal pubblico ufficiale, alla stregua delle funzioni esercitate».

<sup>26</sup> Quanto al carattere pervasivo e sistemico della corruzione nel nostro Paese, v. in particolare: G. FORTI, *Unicità o ripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione «sostenibile» dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 1069 ss.; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 264 ss.; A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2013, 3, p. 134; P. SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, cit., p. 635.

<sup>27</sup> Rileva M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 23, come questa estensione, che «colmava una lacuna» costituita dal riferimento ai soli "atti" da parte della legge penale, sia stata applicata retroattivamente, come se si fosse trattato di mera interpretazione. In seguito, il legislatore ha recepito, nel 2012, il prodotto creato dai giudici e la nuova norma è divenuta anche formalmente disposizione, mentre in precedenza era contraria alle disposizioni in vigore.

<sup>28</sup> M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2020, p. 3.

prima della legge 27 maggio 2015, n. 69 e della legge 9 gennaio 2019, n. 3 – ben più mite rispetto a quella prevista per la corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio – art. 318 vs. art. 319 dopo gli interventi del 2012, 2015 e 2019 – la giurisprudenza ha seguito a punirlo sulla scorta della precedente e più grave incriminazione (art. 319 c.p.) nella quale era stata costruita questa *sottofattispecie* prima che divenisse autonoma. In particolare, la “vendita della funzione” è sottofattispecie tuttora inserita come più grave nell'art. 319<sup>29</sup>.

Da tale esemplificazione si evince una definizione postuma della tipicità: «dal processo penale che accerta un fatto al processo penale che *crea* il fatto»<sup>30</sup>.

#### 2.1.1. *Un'ermeneutica che scorge nella tassatività una catena da spezzare*

In un quadro così composto, si appalesa il regresso della tassatività, avviato dalla giurisprudenza, seguito dal legislatore e già avvolto da un qualche disincanto della Cassazione stessa<sup>31</sup>,

---

<sup>29</sup> Sul punto v. M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. GROSSO, M. PELISSERO, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Giuffrè, Milano, 2015, p. 284 ss.

<sup>30</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., p. 72. Si vedano al riguardo i rilievi di A. GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il 'sentiero interrotto' della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 9, p. 1029 ss.

<sup>31</sup> Si pensi alla enunciazione delle Sezioni Unite, nella sentenza *Maldera*, in ordine alla questione della distinzione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere una utilità, dopo la riforma dei reati contro la pubblica amministrazione di cui alla legge n. 190 del 2012 (Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, *Maldera*, in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014, con nota di G.L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*), che indirizza il giudice verso la via di un apprezzamento equitativo, caso per caso, da preferirsi all'applicazione di un'unica regola di giudizio generale e astratta, considerata chiaramente inadeguata ad assicurare risultati di giustizia in tutti i possibili casi concreti.

Talché, le Sezioni Unite incoraggiano il giudice nei casi c.d. ambigui, quelli cioè che possono collocarsi al confine tra la concussione e l'induzione indebita (la c.d. “zona grigia” dell'abuso della qualità, della prospettazione di un male indeterminato, della minaccia-offerta, dell'esercizio del potere di-

oltre che la deriva verso paradigmi punitivi ispirati a logiche d'autore, modellati ad intenti moraleggianti, non disgiunta da un graduale abbandono del modello costituzionalmente stabilito, caratterizzato dalla idea del reato quale *illicito di modalità di lesione*, strutturato sulla direttrice dei principi di offensività e proporzione.

Siffatta linea evolutiva cela, come si è efficacemente notato, «una regressione che va oltre il passaggio dal *Tatbestand* al *Tätertyp*, e che attesta – paradossalmente – il dominio della criminologia (o della sociologia) sul diritto penale»; le fattispecie identificano *nomina delicta* scarsamente significativi, riferiti a *tipi d'autore* «così diafani e somiglianti da non risultare mini-

---

screzionale, del bilanciamento tra beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale), a «una puntuale ed approfondita valutazione in fatto, sulla specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina» (§ 22): «parole alate, dietro le quali si legge però – inequivoco – nient'altro che un appello alla personale intuizione, e al senso di giustizia (meglio, di *aequitas*) di ogni singolo giudicante», com'è stato osservato, «*l'esatto opposto, cioè, della funzione nomofilattica che pure la Cassazione è istituzionalmente chiamata a svolgere*» (F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., p. 247). Ne deriva che prevedere l'esito di una vicenda giudiziaria in materia di concussione, induzione indebita o corruzione appare un compito davvero arduo.

Si vedano altresì i rilievi critici di M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU. 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla L. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, 5, p. 1482 ss., spec. § 6, il quale osserva come la «prospettiva pseudo-oggettivizzante delle SS.UU. maschera una soluzione di tipicità subiettiva più complessa, per celare l'esistenza di esiti non predeterminabili *ex ante*, che contribuiscono a palesare un aumento di incertezza applicativa e di discontinuità col passato. È così che si riconoscono sia ampie "zone grigie", casi ambigui e *borderline* (§ 16 ss., 22) e sia l'esigenza di un'indagine sulle "spinte motivanti" (§ 15), che sconfessano la "tenuta" di una soluzione obiettiva per distinguere tra induzione e costrizione». L'A. evidenzia, altresì, «uno spostamento dell'asse di tutela dei reati contro la P.A. dal disvalore di evento al disvalore di azione», osservando che «è sempre più chiaro che il legislatore ritiene che solo rafforzando la tutela dei valori, la loro interiorizzazione, è possibile la protezione dei beni. Non sapendolo fare la società, si ricorre al penale. Se non è penale, non c'è vero obbligo» (§ 11).