UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE "CESARE BECCARIA"

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

"CESARE BECCARIA"

CURRICULUM DIRITTO PENALE

XXXV CICLO

Tesi di dottorato di ricerca

"FATTISPECIE" E "TIPO" NEI FENOMENI COMPLESSI

Costruzione del tipo criminoso e disvalore di contesto tra diritto vivente, diritto vigente e prospettive de iure condendo

DIRITTO PENALE (IUS/17)

Candidata: Francesca Vitarelli

Matricola R12556

Tutor: Prof. Marco Scoletta

Co-tutor: Prof. Carlo Enrico Paliero

Coordinatrice del dottorato: Prof.ssa Francesca Poggi

a.a. 2021/2022

Il dottorato è un percorso individuale, ma al contempo una continua occasione di confronto e condivisione.

Vorrei rivolgere un particolare ringraziamento ai miei tutor, il Prof. Carlo Enrico Paliero e il Prof. Marco Scoletta, per il sostegno ricevuto fin da principio.

Ringrazio il Prof. Francesco Palazzo per i preziosi spunti di riflessione, che mi hanno consentito di continuare il percorso di scrittura con maggiore consapevolezza e convinzione circa l'impostazione adottata.

Ringrazio il Prof. Vito Velluzzi per avermi fornito i riferimenti essenziali per orientarmi in tema di filosofia del linguaggio.

Ringrazio il Prof. Gianluigi Gatta, nonché tutta la comunità del Dipartimento Cesare Beccaria, di grande valore scientifico e – soprattutto – umano.

Ringrazio anche il Center of Socio Legal Studies e la Faculty of Law dell'Università di Oxford per le stimolanti occasioni di dialogo con i Professori, tra cui la Prof.ssa Linda Mulcahy, il Prof. Florian Grisel e il Prof. Matthew Dyson, nonché con i ricercatori, tra cui Catherine Sato.

Grazie, infine, per tutto quello che voi sapete, a Sara, Marco, Luca e alle mie colleghe e amiche del 35° ciclo Beatrice, Carla e Cecilia.

«Quel che importava era la vita, solo la vita,

quel che importava era la ricerca, incessante, eterna

e nient'affatto la scoperta!».

Fëdor Dostoevskij, L'idiota, 1869

Ai miei nonni, ché questa è la loro eredità.

INDICE

INTRODUZIONE – Presentazione del metodo di indagine……..p. 9

CAPITOLO I – "Fattispecie" e "tipo" nella cornice filosofica, costituzionale e penale

1. Il contributo della filosofia del linguaggio al dibattito sulla costruzione del tipo. La dialettica tra elemento normativo ed elemento fattuale……p. 15

1.1. La capacità espressiva del linguaggio. Il problema del c.d. "circolo ermeneutico"……p. 16

1.2. La nomografia secondo la filosofia analitica del linguaggio……p.23

1.3. Il contributo delle teorie pragmatiche. L'importanza del contesto nell'interpretazione……p. 27

1.4. Segue. Il contributo delle teorie ermeneutiche. La "precomprensione"……p. 29

1.5. Tra testo e contesto, dove passa il confine? E, soprattutto, chi stabilisce il confine?……p. 30

2. "Fattispecie" e "tipo" nel quadro dei principi costituzionali……p. 33

2.1. Precisione, determinatezza, tassatività. I tre "volti" del principio di legalità "sostanziale"……p. 33

2.1.1. Il principio di precisione……p. 35

2.1.2. *Il principio di determinatezza……p. 36*

2.1.3. Il principio di tassatività……p. 39

2.1.4. *La "giustiziabilità" dei corollari della legalità davanti alla Corte costituzionale……p. 42*

2.2. Il principio di tipicità: tra "fattispecie" e "tipo"……p. 45

3. Premessa sulle tecniche di redazione della fattispecie……p. 50

4. Tecnica casistica vs clausole generali……p. 52

4.1. La tecnica casistica……p. 52

4.2. Le clausole generali……p. 55

5. Il materiale linguistico della fattispecie. Elementi descrittivi ed elementi normativi……p.58

5.1. Elementi descrittivi……p. 59

5.2. Gli elementi normativi……p. 63

6. Il ruolo delle definizioni legislative……p. 68

7. La circolare della Presidenza del Consiglio del 5 febbraio 1986 e le sottese implicazioni teoriche……p. 72

8. La crisi della legalità come crisi della fattispecie……p. 80

9. Crisi della fattispecie e fenomeni complessi. Il problema dei "concetti disposizionali" e il valore tipizzante del contesto……p. 86

CAPITOLO II - Disvalore di contesto e costruzione giurisprudenziale del tipo criminoso: casi di studio

1. *Premessa. "Fattispecie" e "tipo" in presenza di disvalore di contesto*……p. 91

2. La fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale ex art. 322 c.c.i. (art. 216 legge fall.)……p. 93

2.1. La costruzione processuale del tipo criminoso nella bancarotta per distrazione……p. 98

2.2. La Cassazione Sgaramella: tipo criminoso e disvalore di contesto mediante gli "indici di fraudolenza"……p. 103

1.2. La "sanatoria" giurisprudenziale di un difetto di tipizzazione legale?……p. 108

3.La fattispecie di manipolazione del mercato ex art. 185 T.U.F.……p. 110

3.1. La manipolazione operativa tramite operazioni simulate……p. 112

3.2. La manipolazione operativa tramite gli "altri artifici"……p. 113

3.3. La costruzione processuale del tipo criminoso nell'ipotesi di "altri artifizi" ……p. 118

3.4. La Cassazione Crovetto. Tipo criminoso e disvalore di contesto mediante "indici di manipolazione"……p. 121

3.5. Segue. l'influenza delle fonti regolative nella definizione del precetto……p. 125

4. La fattispecie di associazione di tipo mafioso ex art. 416 bis c.p.……p. 128

4.1. La costruzione processuale dei tratti tipici del metodo mafioso……p. 130

4.1.1. L'organizzazione e la forza di intimidazione……p. 131

4.1.2. L'assoggettamento e l'omertà……p. 135

4.1.3. Le finalità dell'associazione. La centralità del metodo mafioso……p. 137

4.1.4. La configurabilità di una mafia "soltanto giuridica" e le persistenti aporie interpretative……p. 139

4.2. La costruzione processuale dei tratti tipici della partecipazione associativa ……p. 143

4.3. Segue. La stretta correlazione tra la costruzione giurisprudenziale dei tratti tipici del metodo mafioso e della partecipazione punibile……p. 149

4.4. Le Sezioni unite Modaffari: tipo criminoso e disvalore di contesto mediante "indici di mafiosità"……p. 152

4.4.1. La nozione di metodo mafioso……p. 153

4.4.2. La nozione di partecipazione associativa……p. 156

4.4.3. Segue. Gli indici di "mafiosità" tra tipicità e prova……p. 161

4.5. Pregiudiziali socio-criminologiche e interpretazione della fattispecie……p. 164

5. La costruzione processuale del tipo criminoso. Alla ricerca del minimo comune denominatore delle ipotesi esaminate: disvalore di contesto concetti "disposizionali" e "indicatori"……p. 167

6. Segue. La compatibilità con le "due legalità": interna e convenzionale……p. 175

7. Prospettive de iure condendo *tra diritto e processo. Rinvio*……p. 179

CAPITOLO III - La nuova tecnica legislativa per indicatori: la costruzione del tipo criminoso tra testo e contesto?

1. *Il delitto di sfruttamento lavorativo: una nuova tecnica legislativa*……p. 183

1.1. La formulazione della fattispecie e la riforma del 2016……p. 184

1.2. La condizione di sfruttamento e i suoi "indici di riconoscimento"……p. 189

1.3. Questioni problematiche e teoria della tipicità di contesto….p. 191

1.4. L'approfittamento dello stato di bisogno……p.195

2. *La Cassazione sull'ambito di operatività del 603 bis c.p.*……p. 190

2.1. La tecnica per indici……p. 200

2.2. *L'accertamento delle condizioni di sfruttamento*……p. 201

2.3. Lo stato di bisogno……p. 203

3. *L'utilizzo di indici probatori in funzione descrittiva. Questioni teoriche e metodologiche tra "fattispecie" e "tipo"*……p. 207

3.1. La costruzione del tipo criminoso mediante indicatori?……p. 208

3.2. *Una questione di metodo: la selezione degli indicatori*……p. 212

4. *Uno sguardo alla comparazione. L'utilizzo di definizioni nella* common law *e gli* Elements of Crimes *allegati allo Statuto di Roma*……p. 219

5. *La tecnica di tipizzazione per indici nel quadro dei principi costituzionali in materia penale*……p. 223

6. *La costruzione del Tatbestand tra testo e contesto. Prospettive* de iure condendo……p. 228

CONCLUSIONI……p. 233

BIBLIOGRAFIA……p. 241

INDICE CRONOLOGICO DELLE SENTENZE……p. 276

INTRODUZIONE

Presentazione del metodo di indagine

Il presente lavoro di ricerca si inserisce nell'ambito di quel particolare terreno del sapere giuridico che prende il nome di "*Scienza della legislazione*", limitatamente alle "leggi criminali", per riprendere l'espressione di Gaetano Filangieri[1], la cui opera costituisce, insieme al "*Dei delitti e delle pene*" di Cesare Beccaria, un caposaldo dell'Illuminismo europeo.

Nell'ambito penalistico, il problema di fondo con cui il legislatore è chiamato a confrontarsi è quello della costruzione di una fattispecie in grado di esprimere un tipo criminoso omogeneo.

Come da tempo acquisito dalla dottrina[2], si intende con questa espressione la capacità della norma penale di descrivere il fatto tipico facendone emergere il nucleo di disvalore, in modo da distinguere chiaramente le azioni espressive dell'illecito da quelle che non lo sono.

---

[1] "Egli comincerà finalmente a vedere che un codice penale dove l'arbitrario nome di pena straordinaria sia interamente proscritto, e nel quale la legge non permetta mai a' giudici di far da legislatori, non è, come si è finora creduto, un impossibile politico", così FILANGIERI G., *La scienza della legislazione* (1780-88) [III, 38] 4, Parigi, 1853, p. 137.

[2] Cfr. PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979 spec. p. 279 ss. e 339 ss.; ID., T*ecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.,* 1987, p. 231; ID, *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, 1993, p. 346 ss.; ID. *Diritto penale*, spec. VII ed., 2018, p. 59 ss.; ID, *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in *Quad. fiorentini*, 2013, pp. 178-190; SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 4/2017, p. 1346 *ss.*; PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019, spec. p. 21 ss.

A fronte di un tema così complesso, l'approccio adottato nel presente lavoro è inevitabilmente parziale.

In particolare, si è inteso soffermare l'attenzione sulle interazioni tra "fattispecie" e "tipo" in presenza di fenomeni complessi. Con tale espressione si intende riferirsi a condotte criminali o – per meglio dire – "situazioni" criminali la cui descrizione in termini di fattispecie astratta non è sufficiente a costruire il tipo criminoso, che emerge solamente a seguito del confronto con il contesto in cui è stato commesso il fatto[3].

In relazione a tali fenomeni il contesto assume dunque un valore tipizzante, svolgendo un ruolo determinante non solo sotto il profilo identificativo, ossia al fine di ricondurre la fattispecie concreta alla fattispecie astratta, ma anche sotto il profilo valoriale, in quanto consente di riconoscere il disvalore complessivo del fatto.

La disamina si articola in tre capitoli, cui seguono le riflessioni conclusive.

Nel primo capitolo si affronta la questione della costruzione della fattispecie tipica, dapprima inquadrando la questione nella cornice filosofica – valorizzando in particolare l'apporto della filosofia del linguaggio – nonché nella cornice costituzionale, per poi soffermarsi sulle varie tecniche di redazione della norma penale. Infine, si introduce il problema della costruzione del tipo criminoso in presenza di fenomeni

[3] V. *infra* cap. II e III. Sulla tipicità "di contesto" v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, 3/2018; ID., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. Pen.,* 1/2019; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019.

complessi, laddove ricorrono concetti "disposizionali"[4] descrivibili - secondo l'epistemologia generale - solo mediante indicatori esterni. In queste ipotesi, il confine tra lecito e illecito non è facilmente descrivibile in astratto, ma emerge dal contesto.

Nel secondo capitolo, a partire da alcuni "casi di studio", l'obiettivo è mettere in luce, con un metodo induttivo, l'inadeguatezza del modello tradizionale di tipicità "astratta" e "statica" ai fini della descrizione del fatto tipico in presenza di fenomeni complessi, così come definiti "prendendo in prestito" le nozioni di epistemologia generale.

In tali ipotesi, si riscontra – infatti - come il disvalore del fatto emerga solo *ex post,* attraverso il disvalore di contesto: ciò porta la giurisprudenza ad elaborare indicatori attingendo dal contesto pratico applicativo e da altre fonti extra penalistiche.

La tendenza che si registra è la co-gestione della tipicità ad opera del formante giurisprudenziale, che modella il tipo legale sulla base delle prove disponibili nel processo. Il rischio sotteso a tale pratica è che la determinazione dei tratti di tipicità si sviluppi caso per caso in modo imprevedibile, con evidente violazione del principio di legalità costituzionale e convenzionale[5].

---

[4] Cfr. SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo,* Torino, 1959.

[5] Sul tema cfr. ORLANDI R., *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, 534; FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2001, 361; MARZADURI E., *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in DANOVI F. (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Torino, 2015, p. 165; GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in DE FRANCESCO G. - MARZADURI E., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino 2016, p. 86 ss.; GARGANI A.,

Così il *Tatbestand*, pietra angolare del sistema penale continentale, nonché il paradigma della fattispecie astratta e statica, intesa come elemento di massima caratterizzazione del sistema penale rispetto ad altri sistemi, entra in crisi. E con esso anche il metodo di costruzione della fattispecie e del tipo che ha sempre orientato il giurista di *civil law* e che permette la distinzione tra creazione e interpretazione del diritto[6].

Ebbene, acquisito che il dialogo tra testo e contesto[7] è inevitabile e finanche fisiologico, quando, come in questi casi, il contesto prende però il sopravvento sul testo, occorre chiedersi se ciò avviene per una forma di prevaricazione sociale e politica del formante giurisprudenziale (e, talvolta, dottrinale) oppure se le ragioni siano da ricercare, come si intende dimostrare, in una intrinseca povertà espressiva (descrittiva ed assiologica) del "tipo legale".

In questa prospettiva, nel terzo capitolo si esamina la nuova tecnica utilizzata dal legislatore per l'incriminazione dello sfruttamento lavorativo. In questa ipotesi, considerata la difficoltà di definizione del concetto di sfruttamento, sono stati elaborati a livello di fattispecie astratta degli indici che fanno riferimento al contesto, funzionali a esprimere il tipo criminoso.

Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio', in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, p. 103 ss.; FIORE, S. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, *ivi,* p. 6, p. 145 ss.; DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. Pen.*, n.1, 2017.

[6] In questi termini PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, n. 3/2014, p. 1099.

[7] Cfr. sul tema PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di Dolcini E. – Paliero C.E., Milano, 2006, p. 515-538.

A partire da tale inedita tecnica legislativa, si vaglieranno le potenzialità, i limiti e la legittimità – anche con uno "sguardo" comparatistico - di soluzioni politico-criminali che contemplino un nuovo metodo "dinamico" e "integrato" di costruzione della norma tramite indicatori, nella prospettiva di affidare al legislatore il compito di fornire all'interprete degli strumenti per identificare il disvalore della fattispecie.

La prospettiva all'interno della quale ci si muove, tenendo conto dell'apporto fondamentale al dibattito scientifico penalistico degli studi sul linguaggio nel *drafting* legislativo, è quella di promuovere e valorizzare nuovi metodi a disposizione della politica criminale nella costruzione della fattispecie tipica, al fine di evitare la "delega" al giudice del delicato compito di individuare e selezionare gli elementi di fatto in presenza dei quali si applica la fattispecie, una distorsione che si pone in netto contrasto rispetto con i principi fondamentali del nostro sistema penale.

CAPITOLO I

"Fattispecie" e "tipo" nella cornice filosofica, costituzionale e penale

1. *Il contributo della filosofia del linguaggio al dibattito sulla costruzione del tipo. La dialettica tra elemento normativo ed elemento fattuale*

Per poter affrontare con sufficiente consapevolezza il tema delle tecniche di redazione della fattispecie e della costruzione del tipo non si può non tener conto del problema di fondo che, prima ancora di investire la penalistica, è stato oggetto di studio da parte della filosofia del linguaggio. Si tratta dell'eterna difficoltà della capacità espressiva del linguaggio, appunto, nonché del rapporto dei segni linguistici utilizzati nelle norme con la realtà concreta designata[8].

[8] Nello studio del linguaggio, com'è noto, si intrecciano le discipline della semiotica e della linguistica: la semiotica (o semiologia) studia ogni tipo di segno, la seconda, studio scientifico e sistematico del linguaggio. Si aggiunge anche la semantica che studia il significato delle parole e la pragmatica che studia termini e referenti sulla base del loro uso nel contesto di riferimento. Cfr. sul tema TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi,* Bologna, 1974, p. 143 e ss.; SCARPELLI U., *Semantica giuridica*, in *Nov. dig. it.*, Vol. XVI, Torino, 1969, p. 983; BOBBIO N. - CESARINI SFORZA W. - OLIVECRONA K. - SCARPELLI U. - TARELLO G. ET ALII, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

1.1. La capacità espressiva del linguaggio. Il problema del c.d. "circolo ermeneutico"

La disposizione normativa[9] è prima di tutto un'espressione linguistica[10] di senso compiuto[11], che si caratterizza per il fine precettivo, ossia l'idoneità dell'enunciato normativo ad influire sul comportamento altrui, guidandolo o indirizzandolo in un certo senso, non limitandosi l'enunciato ad esplicare una mera funzione informativa[12] e descrittiva[13].

Alla disposizione normativa, dal punto di vista semantico, non è estranea la componente descrittiva[14], distinta da quella precettiva, dal momento che

---

[9] TARELLO G., *Diritto*, cit., p. 143 e ss. Si rinvia anche a CRISAFULLI V., *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.,* XIII, Milano, 1964, p. 195 e ss.

[10] BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale,* Palermo, 1955, p. 57-60. L'Autore peraltro evidenzia l'inadeguatezza rappresentativa come fattore fisiologico del linguaggio, dipendente dal fatto che "la parola cristallizza l'oggetto depauperandolo, schematizza l'esperienza, col pericolo che l'espressione linguistica si interponga come ostacolo alla compiuta intuizione del reale". Tale inadeguatezza diviene patologica, nel linguaggio comune, quando si fa un uso scorretto delle parole, o "per ignoranza del preciso significato"; o per "involontaria reticenza in ordine a quei contenuti di pensiero che gli psicologi chiamano frange o resti"; nel linguaggio normativo, quando la formula non esaurisca il contenuto della norma, l'ambito di validità della *ratio legis*.

[11] E cioè contenente un "significato-proposizione", secondo la definizione del TARELLO G., *Diritto*, cit., p. 169, in opposizione alla mera sommatoria dei significati di ciascuna delle parole atomisticamente considerate, che è chiamato "significato enunciativo".

[12] Peraltro, per l'enunciato normativo penale, BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p 177- 217 distingue un enunciato precettivo per il cittadino (precetto), l'altro per il giudice (sanzione).

[13] BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, cit., p 82; RAMACCI F., *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, p. 32; SCARPELLI U., *Semantica giuridica*, cit., p. 983, il quale riporta anche le tesi più risalenti di chi ritiene che unica funzione del linguaggio sia quella descrittiva. In termini simili, TARELLO G., *Diritto*, cit., p. 331 parla di enunciati assertivi; FERRAJOLI L., *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1967, p. 514.

[14] SCARPELLI U., *La definizione del diritto*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 187; ID., *Semantica*, p. 986. D'altra parte, RAMACCI F., *Introduzione*, cit., p.

la norma deve indicare in modo compiuto i comportamenti vietati e comandati.

Ciò considerato, attenta dottrina[15] ha proposto una tripartizione degli elementi caratterizzanti la disposizione normativa, individuandone tre essenziali: la formula[16], ossia la veste esteriore; il fine, cui la disposizione è funzionalizzata; la fattispecie, intesa come il *quid* comandato o vietato, l'insieme di fatti e conseguenza giuridica loro connessa.

Il reciproco influenzarsi di questi tre aspetti della disposizione emerge con nettezza soprattutto nella fase interpretativa della disposizione, ossia nel momento del passaggio dalla disposizione alla norma, quale che sia il criterio ermeneutico adottato. In particolare, la fattispecie altro non è che lo strumento con cui il legislatore, attraverso la formula, attua il fine.

Ciò ci porta a dire che, anche ove il fine non venga esplicitato nella disposizione, l'esegesi attenta degli elementi della fattispecie[17] fa emergere

---

31 acutamente osserva che nella proposizione normativa penale vi è un enunciato semantico descrittivo (la descrizione della fattispecie. Es: "chiunque cagiona la morte di un uomo") che ha al contempo funzione precettiva per il consociato - che, attraverso la sanzione, percepisce la fattispecie come obbligo (i.e. non cagionare la morte di un uomo) - e informativa per il giudice - chiamato a verificare se nel concreto la fattispecie si sia verificata o meno; e un enunciato semantico sempre descrittivo (la sanzione. Es. "sarà punito con la reclusione") che ha funzione informativa per il consociato – il quale con la sanzione sa semplicemente che dalla condotta deriva la sanzione - e precettiva per il giudice - il quale sarà obbligato invece a comminarla. L'enunciato normativo, pur avendo funzione precettiva, sarebbe quindi composto da enunciati descrittivi dal punto di vista semantico.

[15] PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 324.

[16] Utilizza il termine "formula" già CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 292.

[17] PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 11 precisa che gli elementi da cui desumere il bene giuridico sono quelli di maggior spicco che "illuminano la direzione e l'attitudine offensiva della condotta tipica".

quello che nella penalistica viene chiamato "tipo criminoso", espressione del bene giuridico tutelato[18]. Esso, a sua volta quando individuato, influenzerà la fattispecie stessa, rappresentando un momento ulteriore, fondamentale, dell'esegesi della disposizione[19].

Questo reciproco influenzarsi, questa strumentalità reciproca tra gli elementi interni all'enunciato normativo[20] è chiamato "circolo

[18] Per il concetto di tipo criminoso v. *infra* cap. I, § 2.2. Non appare pienamente condivisibile l'opinione di SCARANO A., *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 149, il quale ipotizza una prevalenza del fine sulla fattispecie, nel momento esegetico, ritenendo che l'interprete debba *prima facie*, ancor prima di procedere al momento schiettamente interpretativo, intuire il bene giuridico, e, alla luce di esso, interpretare la fattispecie. La visione appare miope nella misura in cui il bene giuridico presuppone l'analisi della fattispecie, pur non rappresentando l'epilogo del procedimento esegetico.

[19] In tal senso, non appare condivisibile neanche l'opinione di Autori come BURDESE A. - GALLO F., *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto,* in *Riv. ital. sc. giur., 1949*, p. 383; NUVOLONE P., *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, p. 55, secondo i quali bene giuridico, essendo il risultato finale dell'interpretazione, non può orientarla.

[20] GREGORI G., *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978, p. 48 definisce il procedimento interpretativo così delineato un processo sperimentale di congetture e verifiche. Similmente, con qualche precisazione sulla corretta accezione di bene giuridico, PAGLIARO A., *Bene giuridico e interpretazione penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 389.

ermeneutico"[21], che in termini penalistici si esprime attraverso la tensione dialettica tra "fattispecie" e "tipo"[22].

Peraltro, se il fine, *i. e.* il tipo criminoso, rappresenta l'aspetto funzionale dell'enunciato[23], rispetto al quale la fattispecie si pone come uno strumento, un mezzo esplicativo, a carattere descrittivo, allo stesso tempo, dal momento che il fine non compare chiaramente nella disposizione normativa, la fattispecie diventa anche limite della disposizione, poiché l'interprete, pur avendo a riferimento il fine ultimo dell'enunciato, non potrà superare comunque la portata della fattispecie[24]. E ciò in particolare in ambito penale, in cui vige il divieto di analogia *in malam partem*.

Tuttavia, l'assunto in base al quale gli artt. 1 c.p., 14 preleggi, 25 comma 2 Cost. possano realmente fondare nel sistema giuridico un argine

[21] Definito ironicamente dal NUVOLONE P., *Il possesso nel diritto penale*, cit., p. 55 "circolo vizioso". In particolare, è stata prospettata la presenza di un "processo circolare o a spirale" tra norma e caso, che accentua la discrezionalità valutativa dell'interprete, nonché l'incidenza nel processo applicativo del contesto criminale sotteso alla norma di fattori extratestuali riconducibili alla categoria della precomprensione di origine gadameriana e, ancor prima, heideggeriana. Sul tema, oltre a ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Camerino, 1983, nella riflessione della penalistica italiana v. FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 361; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006; DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea, in Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano 2011.

[22] Punto di riferimento sul tema HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007.

[23] V. *infra* cap. II, § 2.2.

[24] RAMACCI F., *Introduzione*, cit., p. 104 e 197.

semantico e sintattico per l'interprete rispetto all'attribuzione di significato alle disposizioni normative incriminatrici sembra essere in crisi[25].

Ciò dipenderebbe dal fatto che gli enunciati normativi non veicolano un ambito di significati ben delineato, le regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua in cui lo stesso enunciato normativo è formulato sono indeterminate e per questo non in grado di costituire un limite alla discrezionalità interpretativa. Il giudice non incontra vincoli particolari nel determinare il significato[26].

Più in generale, è stato rilevato come la complessità delle società moderne abbia messo in crisi i processi conoscitivi, richiamando così

[25] VELLUZZI V., *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia 2012*, p. 305 ss.

[26] Non si discute che il giudice decida discrezionalmente, si tratta però di capire in che cosa consista la discrezionalità, se vi sia un perimetro all'interno del quale possa essere esercitata e da che cosa il perimetro sia costituito. Si tratta di capire se tra i criteri di controllo dell'operato del giudice penale la semantica e la sintassi delle disposizioni normative assolvano un compito necessario e importante (anche se talora non sufficiente). Si tratta di comprendere, quindi, se si possa sostenere che «Assume rilievo, pertanto, il modo in cui una decisione si forma (nonché il contenuto che essa ha), e non solo il fatto che sia presa. Emerge, a questo proposito, il principio di legalità, che rinvia alla conformità a modelli giuridici prestabiliti, ponendosi come criterio irrinunciabile dell'esercizio legittimo del potere e del suo controllo [...] Il principio di legalità, infatti [...] Pretende che l'attività dei poteri pubblici debba svolgersi entro una cornice di regole e di principi riconosciuti che ne restringano la discrezionalità, talché questi poteri risultano soggetti alla (e dunque vincolati alla) legge, sia riguardo alle forme sia riguardo ai contenuti del loro esercizio» (così PASTORE B., *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, Torino, 2013, p. VIII). Altrimenti bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di soddisfare quelle medesime esigenze per altra via; per un interessante dibattito in proposito v. GIUNTA F. (a cura di), *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge*?, *Discrimen 2011,* p. 77-137, con saggi di Fiandaca G. – Gargani A. – Grosso C. F.

l'attenzione degli studiosi – filosofi, scienziati, giuristi – sulla "inoggettività"[27] del processo ermeneutico.

Tornando sulla prospettiva filosofica, a tale conclusione pervengono sia analitici che ermeneutici, che concordano sulla necessità di riconoscere il reale peso dell'attività interpretativa del giudice in modo da cercare di comprendere quali possano essere gli strumenti adeguati di valutazione e di controllo del suo operato[28].

Ma, abbandonata la visione, considerata a tratti ingenua e illusoria[29], del giudice "bocca della legge" e privo di discrezionalità interpretativa, la conseguenza non deve essere necessariamente lo scetticismo radicale rispetto alle norme[30]. Tale esito andrebbe scongiurato, soprattutto in relazione alla norma penale.

---

[27] PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* cit., p. 517.
[28] Si tratta di una tendenza che accomuna autori e correnti di pensiero di differente estrazione, per una panoramica con particolare attenzione agli aspetti filosofico linguistici v. DI GIOVINE O., *L'interpretazione*, cit., 2006.
[29] VELLUZZI V., *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, cit., p. 308.
[30] È celebre l'affermazione di HART H., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, per cui lo scettico radicale è sovente un formalista deluso. A riconferma di ciò, si ricordano le parole di DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in Biscotti B. - Borsellino P. - Pocar V. - Pulitanò D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, p. 90, secondo cui il modello dell'interprete bocca della legge «apparentemente espressivo della massima precisione e tassatività della legge, è contrario al principio di tassatività. Se per principio di tassatività si intende l'aspetto giudiziale della determinatezza della legge, ossia il dovere del giudice di non depotenziare o violare l'esigenza di precisione e determinatezza della formulazione legale della regola [...] Per applicare un sillogismo giudiziale [...] non è necessario, ma neppure possibile, rinunciare all'interpretazione che deve precedere quell'operazione di sussunzione». Sul rapporto tra interpretazione e sillogismo giudiziale v. CANALE D., *Il ragionamento giuridico*, in Pino G. - Schiavello A. - Villa V. (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, p. 316 ss.

Vi è proprio su questo punto una differenza tra approccio analitico ed ermeneutico, che ben si presta ad essere osservata anche attraverso le "lenti" del penalista.

L'ermeneutica, come si avrà modo di evidenziare in seguito, non riconosce alla disposizione normativa alcuna capacità precettiva precedente all'interpretazione. Al contrario, secondo gli analitici, è possibile seguire un'altra via, considerato che la scelta di determinate regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua non può davvero considerarsi del tutto irrilevante o inutile ai fini di una distinzione tra interpretazione (per quanto estensiva) e analogia (i.e. creazione giurisprudenziale)[31].

Ciò considerato, un tentativo di fornire una risposta che valorizzi la tecnica legislativa utilizzata può e deve essere fatto[32]. Riprendendo le parole di Hassemer, "nessun senso potrebbe comprendersi al di fuori del linguaggio, e dove ha termine il linguaggio inizia la violenza"[33].

A partire da tale impostazione, si ritiene utile ricostruire il contributo delle varie "scuole" di filosofia del linguaggio ad un dibattito che, inevitabilmente, come già emerso, si ripercuote anche in ambito penalistico.

---

[31] VELLUZZI V., *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, cit., p. 308.

[32] VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, *Criminalia* 2008, p. 493-507.

[33] Espressione dell'adesione ad un carattere essenzialmente normativo-positivo del tipo di fattispecie, essendo il frutto di un'attività di configurazione linguistica riservata al legislatore ed esprimente la concezione penalistica di quest'ultimo. Citato da POMANTI, P., *La "riconoscibilità" della norma penale. Tra conformità al tipo e prevedibilità*, Napoli, 2019, p. 46.

1.2. La nomografia secondo la filosofia analitica del linguaggio

L'ideale di leggi chiare, precise, univoche, tali da non lasciare spazio ad interpretazioni divergenti, esigendo una e una sola interpretazione, è tipicamente e fortemente illuministico[34]. Già Cesare Beccaria si prefiggeva nel "*Dei delitti e delle pene*" di realizzare tale obiettivo, criticando la grandissima oscurità delle leggi[35].

Ebbene, nonostante la "mitologia" illuministica del giudice bocca della legge sia stata messa da tempo in discussione, merita comunque attenzione, per la sua rilevanza anche ai fini penalistici, lo sforzo della filosofia analitica di soffermare l'attenzione sulla nomografia.

Se è vero che il brocardo *in claris non fit interpretatio* è un'utopia illuministica, se è vero che esprime un valore limite mai raggiungibile, è anche vero che non ci si deve stancare di lavorare perché a quel valore ci si avvicini quanto più possibile[36]; "il pessimismo della ragione deve saper convivere con l'ottimismo della volontà"[37].

---

[34] SCARPELLI U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico,* in P. DI LUCIA (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 5 ss.
[35] SCARPELLI U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico,* cit., p. 5.
[36] D'ALESSANDRO F., in *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 39 ss., ma anche PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* cit., p. 517 ss.
[37] SCARPELLI U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico,* cit., p. 7.

A tale fine si rivolge la scienza della legislazione, figlia della cultura illuministica[38], che consiste nell'elaborazione di un insieme di tecniche[39] e della valutazione della loro efficienza[40].

Se il tasso di comunicatività del linguaggio normativo è basso, si aprono le porte, come denunciato da Scarpelli, "alla discrezione e all'arbitrio interpretativo", nel quale si perdono le garanzie del cittadino[41]. Per tale ragione, l'Autore non crede che il ricorso alle clausole generali sia un rimedio, ritenendole una rinuncia a legiferare e una delega dal legislatore al giudice[42].

La chiarezza, precisione, univocità dei concetti giuridici dipende dalla sicura individuazione e dalla piena determinatezza delle proposizioni, fra cui passano le relazioni logiche. La soluzione, proposta da diversi esponenti della filosofia analitica, sarebbe dunque soffermarsi sulla "purificazione dei

---

[38] Le cui fondamenta si ritrovano nella "Scienza della legislazione", limitatamente alle "leggi criminali", per riprendere l'espressione di Filangieri, in FILANGIERI G., *La scienza della legislazione* (1780-88) [III, 38] 4, Parigi, 1853, p. 137.

[39] LUZZATI C., *Teoria del diritto e "scienza della legislazione"*. Un contributo del gruppo di Milano, in Di Lucia P. (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 87, secondo cui è possibile, calcando le orme di Kelsen, figurarsi il rapporto tra redattori legislativi e interpreti come un complesso rapporto di incontro-scontro. Secondo questa concezione, che chiamerò teoria della funzione legislativa diffusa, le norme si formano progressivamente, grazie a un complesso rapporto dialogico, che in certe ipotesi deteriori si può ridurre a un dialogo tra sordi, intercorrente tra i vari organi dell'ordinamento giuridico. Gli emittenti e i destinatari del messaggio, quindi, dovrebbero tenere conto gli uni degli altri.

[40] Con la parola tecnica si intende ogni schema che si ponga come mezzo per conseguire un fine, v. GUASTINI R., *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985.

[41] Un'ampia trattazione di queste e di altre ragioni alla base della discrezionalità interpretativa è svolta da LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999. Sulla qualità della redazione delle leggi SCARPELLI U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, cit., p. 5 ss.

[42] LUZZATI C., *Teoria del diritto e "scienza della legislazione"*, cit., p. 87.

significati" delle disposizioni, attraverso il ricorso alle definizioni normative[43].

Queste ultime vengono considerate lo strumento fondamentale per produrre maggiore certezza, riducendo la vaghezza e l'ambiguità semantica[44] del linguaggio in uso prescrittivo. I termini si dicono vaghi quando i confini del significato subiscono fluttuazioni, comprendendo anche zone di penombra che sono i casi limite, c.d. "casi difficili"[45]. In ambito penale, la "zona grigia" crea problemi di non poco conto, rendendo labile la linea di confine tra condotta lecita e illecita.

È a tal proposito che rileva la distinzione fatta in precedenza tra formula, fine e fattispecie[46].

In altre parole, una disposizione è tassativa, e dunque conoscibile, quando alle parole che la compongono e ad essa stessa è attribuibile un unico fine; non lo è quando invece è possibile ascrivervi plurimi sensi[47].

---

[43] A favore del ricorso alle definizioni, SCARPELLI U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, cit., p.26: "Il problema, quindi si sposta sopra le proposizioni correlate (…) a chi spetta in proposito la purificazione dei significati? (…) a mia opinione, è bene per il normatore tenere sotto controllo i concetti impiegati stabilendone definizioni normative"; v. anche LUZZATI C., *Teoria del diritto e "scienza della legislazione"*, in *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, cit., p. 87 ss.; CASSESE S., *Ibidem,* cit., p. 34 ss. di diversa opinione JORI M., *Ibidem,* p. 45 ss., che non condivide la fiducia di Cassese nelle definizioni.

[44] La semantica è la branca della semiotica che prende in considerazione il rapporto tra simboli e significati.

[45] Per un approfondimento cfr. VOGLIOTTI M*., Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.

[46] PALAZZO F., *Il principio*, cit., p. 324.

[47] Per un approfondimento cfr. DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1/2009, p. 93.

Tradotto in termini penalistici, il fine o senso della disposizione, può essere ricondotto al concetto di tipo criminoso[48]. Ovviamente, il passo successivo consiste nello stabilire come si definisce il senso delle disposizioni.

Secondo gli analitici, il compito spetta appunto al legislatore. Gli estensori delle leggi, però dovrebbero superare le resistenze della dottrina e della giurisprudenza continentali nei confronti delle definizioni legislative, resistenze che fanno appello al citatissimo "*Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset"*[49].

Diversamente, nel Regno Unito, sistema al quale non si mancherà di fare accenno a più riprese nel corso della trattazione, da tempo si adotta una tecnica legislativa analitico-casistica, con significativo ricorso alle definizioni, conformemente all'impostazione prevalente nella cultura giuridica di *common law*[50].

Tuttavia, non sempre è possibile ricorrere ad una definizione per delineare chiaramente il fine della fattispecie, tracciando, nel diritto penale, il confine tra lecito e illecito. O meglio, non sempre è possibile fornire *ex ante,* a livello legislativo, una definizione che riesca a contenere le

---

[48] V. *infra* cap. II, § 2.2.

[49] GIAVOLENO, D. 50.17.202, citato da LUZZATI C., *Teoria del diritto e "scienza della legislazione",* cit., p. 100.

[50] Lo rileva MACCANICO A., *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, cit., p. 53 ss. Il Parlamentary Counsel inglese è fatto di 40 esperti nelle varie materie, di 40 esperti professionali che danno il placet finale ai provvedimenti anche approvati dal parlamento. In Italia, 1997 Camera dei deputati ha istituito il "comitato per la legislazione", chiamato ad esprimere pareri su leggi e atti aventi forza di legge. In particolare, il Comitato è chiamato a valutare l'efficacia del testo per la semplificazione e il riordino della legislazione vigente, la chiarezza delle formule utilizzate, l'omogeneità e i limiti di contenuto (quest'ultima voce solo per i decreti-legge). Il medesimo organo è stato istituito di recente, nel 2022, anche in Senato. V. *infra* § 7.

inevitabili interazioni tra testo e contesto che si realizzano in fase applicativa.

1.3. Il contributo delle teorie pragmatiche. L'importanza del contesto nell'interpretazione

Allo scopo di comprendere meglio il rapporto tra testo e contesto anche in ambito penale si rivela molto utile, oltre alla semantica, un'altra declinazione della filosofia analitica, ossia la pragmatica del linguaggio, che ruota attorno all'uso del linguaggio e pone l'accento sulla sua natura convenzionale. Secondo tale impostazione, l'intenzione delle parole e delle proposizioni si desume dal modo in cui le parole vengono utilizzate e dal loro contesto d'uso.

Come noto, il precursore di tali impostazioni è stato Wittgenstein, il quale negò che l'uso delle parole potesse semplicisticamente ridursi alla scoperta di relazioni referenziali tra espressioni linguistiche ed oggetti: «*Il significato della parola circonda il funzionamento del linguaggio di una caligine, che rende impossibile una visione chiara. - La nebbia si dissipa quando studiamo i fenomeni del linguaggio nei modi primitivi del suo impiego, nei quali si può avere una visione chiara e completa dello scopo e del funzionamento delle parole*»[51].

La capacità performativa di una frase non dipende dunque soltanto dalle parole usate, bensì dal contesto di circostanze in cui essa è pronunciata e dall'intenzione del pronunciante[52].

---

[51] WITTGENSTEIN L., *Ricerche filosofiche*, Torino, 1999, § 5, citato da DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale,* cit., nt. 50.

[52] DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale,* p. 20 ss.

A partire da tale considerazione, si rileva come la precisione e la determinatezza del precetto non esauriscano il campo dell'interpretazione, ma occorra considerare il "gioco interattivo e dinamico" tra testo e contesto, tra legislatore ed interprete[53].

Esiste, in particolare, un contesto sociale la cui considerazione funzionalizza l'uso e quindi l'interpretazione delle parole agli "effetti sociali prevedibili", delineando - per usare le parole di Esser - un orizzonte di attesa[54].

L'interpretazione pragmatica[55], fondata appunto sulla valutazione del contesto sociale, ha una certa rilevanza anche nella riflessione penalistica, in cui ricorre l'affermazione secondo cui "non c'è testo senza contesto"[56].

---

53 DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale,* p. 22; v. anche PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* cit., p. 517 ss.

54 «Le aspettative non del singolo che cerca il diritto, ma anche di altri, potenzialmente coinvolti in interessi già riconosciuti in altro modo, nella loro condizione di conflitto con le contrastanti aspettative, formano un "orizzonte di attesa" attorno a chi applica il diritto, dal quale egli non può uscire», così ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, p. 136. Di conseguenza, «per chi applica il diritto non costituisce affatto una situazione-limite, ma una situazione normale quella di indirizzare la sua scelta del metodo in base ad un controllo sulla giustezza del risultato, sotto l'aspetto dell'accettabilità in un dato ordine sociale », Ibidem, p. 122.

55 «Il giudice non è un automa che meccanicamente converta norme di carta più fatti in decisioni. Egli è un essere umano che attenderà con cura al proprio compito sociale, prendendo decisioni che egli sente "giuste" nello spirito della tradizione giuridica e culturale. Il suo rispetto per la legge non è assoluto, la sua obbedienza al diritto non è il solo motivo. Ai suoi occhi la legge non è una formula magica, ma una manifestazione di quegli ideali, atteggiamenti, standards, o valutazioni che [chiamiamo] tradizione culturale», ROSS A., *Diritto e giustizia,* Torino, 1964, p. 131.

56 Sul tema in particolare PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* cit., p. 517 ss.

È stato rilevato anche in questo ambito, infatti, come è al contatto col fatto che il significato linguistico rivela ad un tempo le sue difficoltà di adattamento alla realtà ma anche la sua flessibile capacità di afferrarla. Peraltro, si può rilevare come l'interpretazione pragmatica sia, di fatto, un modo di intendere l'interpretazione teleologica, negli stati moderni spesso "costituzionalmente orientata"[57].

1.4. Segue. *Il contributo delle teorie ermeneutiche. La "precomprensione"*

Anche secondo l'ermeneutica contemporanea il linguaggio concorre, interagendo con ulteriori dimensioni, a determinare la portata della fattispecie stessa[58].

L'importanza del contesto rappresenta dunque il momento di incontro tra le impostazioni analitiche e quelle ermeneutiche: se le teorie pragmatiche approdano alla rilevanza del contesto, le impostazioni ermeneutiche muovono da tale punto di partenza per soffermarsi sull'inevitabilità del "circolo ermeneutico" o della spirale argomentativa[59].

Come già anticipato, l'ermeneutica non riconosce alla disposizione normativa alcuna capacità precettiva precedente all'interpretazione, evidenziando anche l'impossibilità di espellere dal processo conoscitivo i fattori della pre-comprensione e quindi del pre-giudizio interpretativo[60].

---

[57] V. PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* cit., p. 521.

[58] Per una ricostruzione v. CARLIZZI G. – OMAGGIO V, *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea,* Torino 2016; v, anche POMANTI, P., *La "riconoscibilità" della norma penale. Tra conformità al tipo e prevedibilità*, p. 11 ss.

[59] HASSEMER W., *Fattispecie e tipo,* cit., p. 44.

[60] Per la più nota configurazione della filosofia ermeneutica v. GADAMER H. G., *Verità e metodo*, trad. it. a cura di Vattimo G., Milano, 1972.

La visione delineata è particolarmente confliggente con i principi fondamentali del diritto penale, perché l'imprevedibilità dell'intreccio tra fatto e diritto contrasta con l'ideale di certezza a fondamento delle garanzie costituzionali e convenzionali (di cui si darà conto nel corso della trattazione).

Tuttavia, come vedremo, non manca anche nella riflessione penalistica un "risveglio della coscienza ermeneutica"[61], che si pone nell'ottica di "mettere in guardia" l'interprete dalle insidie dell'interpretazione e sollecitarlo al confronto dialettico e costruttivo nella ricerca di un obiettivo condiviso.

Al di là del dibattito in corso e della condivisibilità di tale prospettiva, ciò che più ai nostri fini preme adesso di sottolineare è che entrambe le "scuole di pensiero", analitica ed ermeneutica, arrivano ad una conclusione cruciale anche per la penalistica. L'interpretazione mette in relazione testo e contesto per far scaturire i significati[62] e, dato l'aumento della complessità del contesto sociale, sono sempre più ricorrenti i "casi difficili" in cui il linguaggio non può prescindere dal contesto per poter esprimere dei significati[63].

1.5. Tra testo e contesto, dove passa il confine? E, soprattutto, chi stabilisce il confine?

Secondo le acquisizioni della filosofia del linguaggio, appare chiaro come il problema della vaghezza delle norme non possa essere risolto

[61] Lo rileva VOGLIOTTI M., "Risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea", in Rivista di filosofia del diritto, 1/2015, p. 89 ss.
[62] PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* cit., p. 525
[63] DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006, p. 295.

esclusivamente al livello semantico, essendo necessario talvolta ricorrere anche ad un approccio pragmatico. In altri termini, è il confronto con il contesto che consente di valutare il grado di precisione di una definizione legislativa e consente, eventualmente, di ri-definirla[64].

Tuttavia, per il diritto penale (a differenza che per le altre branche giuridiche), non è affatto indifferente[65] che il soggetto chiamato a scegliere dove far passare il confine nei "casi difficili" tra ciò che è incluso in una norma e ciò che è escluso sia il legislatore o il giudice (o la dottrina)[66].

Ciononostante, come vedremo, alcuni penalisti, adottando l'approccio ermeneutico, ritengono come non sia possibile affidare il compito al Parlamento[67], ma che sia inevitabile delegarlo al giudice. Potendo il Parlamento soltanto emanare norme generali ed astratte, si ritiene che esso non possa risolvere il problema della vaghezza che si ponga nel caso concreto.

Il problema, secondo tale approccio, andrebbe quindi risolto dal giudice. Adottata tale prospettiva, ben si comprende come l'attenzione della

---

[64] Cfr. LUZZATI C., *Ricominciando dal sorite, Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, 2005, p. 29 SS., secondo cui: «Spetta [...] alla semantica cogliere approssimativamente la zona di penombra dove è plausibile che corra il confine fra i calvi e i non calvi [...]. Tocca invece alla pragmatica il compito di valutare il grado di precisione necessario a un certo scopo e l'adeguatezza degli strumenti linguistici che vengono forgiati attraverso le ridefinizioni»

[65] Lo rileva DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale,* p. 40.

[66] Cfr. anche VOGLIOTTI M.*, Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.

[67] Cfr., in particolare, FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 361; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006; DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea, in Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano 2011.

riflessione penalistica si sia spostata sulla stabilizzazione del "diritto vivente"[68] e sul metodo dell'argomentazione di chi decide[69].

Diversamente, nella presente trattazione si intende persistere nell'idea di valorizzare il momento della scrittura della norma, della ricerca di tecniche legislative che possano costituire un punto di riferimento per l'interprete nel momento del passaggio dalla "disposizione" alla "norma".

---

[68] Infatti, parte della dottrina, volendo valorizzare il formante giurisprudenziale, ha proposto di istituzionalizzare il ruolo creativo del giudice attraverso forme di stabilizzazione del precedente, spingendo quindi il nostro sistema penalistico verso una sempre maggiore "*common law-isation*", MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3/2017, p. 955B; DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, p. 14. Altri autori, nella prospettiva di una maggiore fedeltà alla legalità intesa come riserva di legge, si sono invece interrogati sulla necessità di acquisire nuovi metodi di analisi della tipicità, auspicando una visione "integrata" dei profili sostanziali e processuali del sistema punitivo, GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in De Francesco G. - Marzaduri E., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino 2016, p. 86 ss.; ID, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di Foffani L. – Orlandi R., Bologna, 2016, p. 103 ss.; De FRANCESCO, G., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, in De Vita A. - Palazzo F. (a cura di), *Giornate di studio in onore di Jean Carbonnier e Winfried Hassemer*, Torino, 2004, 137 ss. V. *infra* Conclusioni.

[69] In particolare, il metodo dell'argomentazione risponde perfettamente alle intenzioni del legislatore processuale-penale del 1988, che manifestò la sua preferenza per un modello di tipo accusatorio. Nella specie, tale metodo è caratteristico del corso del processo in senso stretto, vale a dire, del dibattimento, dove si forma la prova attraverso il contraddittorio. «Il contraddittorio realizza qualcosa di più che un diritto [delle parti] di essere interpellate e di contribuire, con proprie iniziative, all'accertamento del fatto: vi si deve cogliere l'espressione di un principio metodologico volto a realizzare l'imparzialità del giudicante, non solo di una regola che attribuisce particolari facoltà e diritti alle parti». ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale,* in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, p. 9.

Per rispondere a tale interrogativo, dopo aver preso atto, sul piano teorico ed epistemologico, della reale natura conoscitiva dell'interpretazione è necessario ricostruire la cornice costituzionale all'interno della quale deve muoversi la riflessione del penalista.

Successivamente, si analizzeranno le tecniche legislative di redazione della fattispecie finora adoperate dal legislatore alla luce dei principi costituzionali esaminati. Si introdurrà infine il tema della crisi della fattispecie, soffermando l'attenzione sui casi in cui il ricorso alle tecniche tradizionali risulta inadeguato a fronte di una difficoltà a esprimere in astratto il disvalore della fattispecie in modo univoco[70], dovendo fare necessariamente riferimento ad elementi di contesto.

2. "Fattispecie" e "tipo" nel quadro dei principi costituzionali

2.1. Precisione, determinatezza, tassatività. I tre "volti" del principio di legalità "sostanziale".

Il principio di riserva di legge espresso dall'art. 25, comma II Cost. garantisce che la produzione del diritto penale sia prerogativa esclusiva del potere legislativo (principio di stretta legalità)[71].

---

[70] Sull'esigenae di esprimere disvalore uniforme SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, cit., p. 1346 ss.

[71] Come è noto, la garanzia che la produzione del diritto penale sia prerogativa esclusiva del potere legislativo (c.d. principio della riserva di legge, ovvero di stretta legalità) serve unicamente a regolamentare i rapporti tra questo potere e quello esecutivo, in particolare nel senso di sottrarre a quest'ultimo – il quale non costituisce come il primo diretta espressione della sovranità popolare – le scelte di incriminazione e quindi, per tale via, la potestà di limitare le libertà fondamentali dei cittadini. Sul fondamento politico-criminale del principio di riserva di legge in materia penale, cfr., GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. I,

Ebbene, la legalità penale così intesa rimarrebbe solo un'enunciazione formale se il riconoscimento del monopolio nelle scelte punitive non fosse accompagnato dalla contestuale fissazione di vincoli di tipo redazionale in capo al detentore di simile potere esclusivo. Diversamente, si devolverebbe all'arbitrio del legislatore e, di conseguenza, del singolo giudice, la definizione dei margini di libertà dei destinatari della norma penale.

A tutela delle garanzie di libertà dei cittadini, uno Stato democratico di diritto fondato sulla separazione dei poteri non si può limitare ad assegnare al Parlamento la potestà punitiva senza prevedere una specifica disciplina dell'attività legislativa di produzione del diritto.

A tal fine sono preposti i c.d. corollari del principio di legalità, grazie ai quali esso assume una dimensione non solo formale ma anche sostanziale, tutelando i cittadini dagli arbitri del potere legislativo nonché del potere giudiziario.

Il compito riservato al legislatore di redigere le norme penali, implica, infatti, un triplice ordine di obblighi: lo vincola a formulare le fattispecie nella forma più chiara possibile (principio di precisione), a incriminare solo fatti suscettibili di essere provati nel processo (principio di determinatezza) e a formulare le norme incriminatrici in modo tassativo, imponendo al giudice il divieto di estensione analogica delle norme incriminatrici (principio di tassatività)[72].

La legge penale, Torino, 1999, p. 35 ss.; MARINI G., voce "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*" *(dir. pen.),* in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 1950 ss.; PALAZZO F., voce *Legge penale*, cit.; TRAPANI M., voce *Legge penale, I) Fonti*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1990, p. 2 ss.; VASSALLI G., *voce "Nullum crimen, nulla poena, sine lege"*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 278.

[72] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1. *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III, 2001, p. 119 ss.;

Sebbene nella prevalente dottrina il concetto di determinatezza venga utilizzato generalmente per intendere l'obbligo di precisione, il mantenimento di un'autonomia concettuale tra precisione e determinatezza consente di cogliere al meglio la complessiva dimensione prescrittiva dei corollari della legalità qui esaminati rispetto al legislatore.

Vediamo meglio in che modo si declinano tali principi.

2.1.1. Il principio di precisione

Il principio di precisione si riferisce alla struttura della fattispecie ed esige che il legislatore, nella redazione della stessa, si attenga ad un canone di chiarezza lessicale e limpidità strutturale ed operi una scrupolosa selezione terminologica, che riduca gli spazi di invasione creativa da parte del giudice. Le norme penali possono risultare più o meno precise a seconda delle tecniche redazionali adottate dal legislatore[73], nonché dei termini o concetti utilizzati, descrittivi o normativi.

Avremo modo di soffermarci su tali aspetti nel corso dei successivi paragrafi, per ora ci si limita a rilevare come il rispetto di tale principio sia cruciale anche per assicurare una serie di esigenze proprie del sistema penale[74]. È, infatti, condizione indispensabile per soddisfare la funzione di prevenzione generale: solo norme chiare e precise possono orientare i cittadini.

---

v. anche GARGANI A., *Dal Corpus Delicti Al Tatbestand. Le Origini Della Tipicita' Penale,* Milano, 1997, p. 33 ss.

[73] Per un recente quadro generale, MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* Milano, 2022, p. 79 ss.

[74] Ibidem.

Inoltre, leggi imprecise non consentono di muovere al cittadino un rimprovero di colpevolezza, come rilevato dalla fondamentale sentenza n. 364/1988[75].

Infine, solo norme incriminatrici precise consentono di esercitare pienamente il diritto di difesa[76], individuando precisamente l'oggetto dell'accusa e consentendo di fornire i relativi elementi di prova.

2.1.2. Il principio di determinatezza (distinto dalla precisione)

Con la formula principio di determinatezza si esprime invece l'esigenza, messa in luce già dagli illuministi nell'ambito delle prime enunciazioni del principio di legalità[77], che le norme penali descrivano fatti, suscettibili di essere accertati e provati nel processo, *i.e.* fatti in relazione ai quali sia possibile una verificazione empirica o tramite massime di esperienza. Infatti, di fronte all'incriminazione di un fatto non empiricamente verificabile né transitabile nel mondo fenomenologico, il cittadino non avrebbe adeguati strumenti difensivi e la decisione sulla sua responsabilità sarebbe fondata su elementi casuali, intuitivi ed emozionali, come nei casi dei processi per stregoneria contro cui si scagliava Feuerbach[78].

---

[75] Corte cost. 23-24 marzo 1988, n. 364.

[76] Corte cost. 6 febbraio 1995, n. 34.

[77] La descrizione tra precisione e determinatezza viene compiuta da MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1. cit.*,* p. 119 ss.; MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 79 ss.

[78] D'altronde, una tale divaricazione concettuale "interna" al principio di determinatezza era ben presente già nella speculazione teorica dello stesso padre fondatore del *nullum crimen sine lege*, ossia il giurista e filosofo tedesco Anselm Feuerbach, il quale, a tal proposito, non aveva omesso di rilevare che "*il legislatore non può punire nessun fatto che non può essere compiutamente provato in concreto*": Si cita ad esempio l'ipotesi della stregoneria, fattispecie di reato descritta già dalla lex Salica del 500 e portata in auge dalla Santa Inquisizione, che elesse la repressione della stregoneria ad obiettivo primario della propria battaglia "religiosa". Tale fattispecie, che restò viva nel XIV e XV secolo, attraversa

Sebbene il principio in questione sia stato accostato, in passato, a simili manifestazioni della potestà punitiva, non significa che non abbia una rilevanza anche in contesti più attuali e meno "parossistici", sebbene sia stato per anni accantonato dalla dottrina penalistica. Più in generale, si può rilevare come il principio di determinatezza, inteso in questa particolare accezione, risulti storicamente violato nei periodi di forte repressione delle libertà, in quanto consente agevolmente di eliminare intere categorie sociali sotto il vessillo di accuse indimostrabili.

Peraltro, la differenziazione tra precisione e determinatezza, di recente recepita anche dalla giurisprudenza di legittimità[79], si rinviene in maniera univoca all'interno della nostra stessa giurisprudenza costituzionale e si deve, in particolare, alla prima sentenza di accoglimento fondata sull'art. 25, comma II, la 96 del 1981 che ha dichiarato incostituzionale il reato di plagio (603 c.p.), una delle pronunce cardine in tema di legalità[80].

---

i secoli e tuttora compare nelle attestazioni processuali datate 1700. Tale accusa ipotizzava un accordo del reo con il diavolo, senza chiaramente poterlo dimostrare, né consentire di converso una prova contraria materialmente fondata. MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1*.,* cit., p. 163 ss.; MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 80.

[79] In una recente sentenza in tema di associazione mafiosa ex art. 416 *bis* c.p., richiamando ampiamente la giurisprudenza della Corte costituzionale, ha dato espresso e autonomo rilievo al principio di precisione, al principio di determinatezza e al principio di tassatività: "le norme penali devono assumere la veste formale più chiara possibile, al fine di evitare interpretazioni creative e consentire a chiunque di prevedere le conseguenze delle prove condotte". In relazione al principio di determinatezza ha rilevato che esso si oppone alla configurazione di reati incentrati su "un mero connotato soggettivo interiore", sottratto alla possibilità "di qualsiasi elemento empirico di registrazione e di prova", Cass. pen., sez. II, 29 novembre 2019, n. 10255, Fasciani, in *Sist. Pen.*, 24 marzo 2020, v. MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 85.

[80] Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, con nota di BOSCARELLI A., *A proposito del principio di tassatività*, p. 1147 ss. La questione riguardava il "totale stato di soggezione" che a detta della corte "non avrebbe un contenuto

In questa occasione, la Consulta ha avuto modo di distinguere con nettezza tra l'intelligibilità della norma e la corrispondenza alla realtà del precetto contenuto nella norma medesima, al punto da affermare, per un verso, la norma impugnata conforme al principio di precisione, per altro verso, del tutto impossibile riscontrare in concreto quelle condotte[81].

Così anche nel sindacare la conformità del neo-introdotto reato di atti persecutori, con la sentenza n. 172 del 2012 la Corte ha affermato che, nel vagliare la conformità di una disposizione incriminatrice al principio di legalità, si tratta di "accertare, da una parte, l'intellegibilità del precetto in base alla sua formulazione linguistica e, dall'altra, la verificabilità del fatto, descritto dalla norma incriminatrice, nella realtà dei comportamenti sociali"[82].

Del resto, non sarebbe sufficiente una descrizione puntuale della fattispecie astratta per tutelare i cittadini dall'arbitrio del giudice: senza la

---

oggettivo, coerente e razionale". In argomento GRASSO P.G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur, cost.,* 1981, I, p. 806.

[81] Sotto il primo profilo, la Corte ha ritenuto che il significato della formula legislativa "sottoporre una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione" denoti una situazione nella quale è il "plagiante a formare la volontà sua e del plagiato, questi essendo solo un mezzo fisico per compiere le attività volute dal plagiante": con la conseguenza che la norma è parsa alla Corte chiara nel suo significato e quindi conforme al principio di precisione. Sotto il secondo profilo, la Corte ha osservato che "non si conoscono né sono accertabili i modi con i quali si può effettuare l'azione psichica del plagio né come è raggiungibile il totale stato di soggezione che qualifica questo reato (…). La formulazione letterale dell'art. 603 prevede pertanto un'ipotesi di non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione": la norma, quindi, viola il principio di determinatezza. § 12 – 14.

[82] Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, v. MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* p. 83.

previsione di fatti che abbiano una determinata corrispondenza con la realtà, il procedimento di sussunzione dal concreto all'astratto si basa su un contenitore vuoto, riempibile a piacimento in base alle esigenze di "punizione" nel caso concreto.

2.1.3. Il principio di tassatività

Quanto al principio di tassatività quale terzo corollario della garanzia "sostanziale" della legalità, come si anticipava essa non è volta soltanto a vincolare il giudice, così com'è stato fin tanto che tale prescrizione era prevista soltanto a livello di legge ordinaria (ex artt. 1 c.p. e 14 preleggi).

Infatti, se è vero che la tassatività presuppone la precisione e la determinatezza della norma, non sarebbe corretto limitarla alla sola dimensione applicativa. Elevata al rango di principio costituzionale, essa costituisce un vincolo anche per il legislatore[83], non si esaurisce in un monito rivolto al giudice[84].

---

[83] Per queste fondamentali osservazioni, cfr., ancora una volta, MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1.*,* cit., p. 169.

[84] Per la tripartizione tra precisione, determinatezza e tassatività, intesa come monito rivolto sia al legislatore che al giudice, cfr. MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1.*,* cit., p. 119 ss.; altri Autori – cfr., ad esempio, PALAZZO F., voce *Legge penale*, cit., p. 335 ss. e VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 158 ss. – distinguono tra determinatezza (ricomprendendo la precisione) e tassatività. In particolare, l'esigenza che la norma penale sia espressa in maniera precisa e contempli situazioni empiricamente verificabili esaurirebbe il concetto di determinatezza, la tassatività si porrebbe, per contro, quale principio rivolto soprattutto al giudice, sostanziandosi nel divieto di applicazione analogica delle norme penali. Nel senso che i due concetti esprimerebbero lo stesso fenomeno, cfr., ad esempio, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 97 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004, p. 40.

Sotto questo profilo, relativo alla fase genetica della norma penale, è fatto divieto di coniare fattispecie ad analogia espressa[85]. Come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, esse consistono in elencazioni del tutto disomogenee tra loro, cui si aggiungono clausole "di chiusura", quali "altri casi simili" o "altri casi analoghi", suscettibili di arbitrario riempimento ad opera dell'autorità giudiziaria[86].

Per quanto riguarda, invece, la fase applicativa, è fatto divieto al giudice di superare i limiti dell'interpretazione estensiva[87], sfociando nell'analogia *in malam* partem[88]. Ciò significa che in presenza di una fattispecie concreta non compiutamente regolata da una norma positiva, non potrà scegliere una conseguenza sanzionatoria prevista da una norma incriminatrice di

---

[85] v. MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 94 s.

[86] La Corte costituzionale ha fatto leva sulla omogeneità o eterogeneità dei casi menzionati nella norma incriminatrice per decidere della sua conformità o difformità rispetto al divieto di analogia: ad avviso della Corte, infatti, solo l'omogeneità delle indicazioni esemplificative consentirebbe di individuare un "preciso criterio di identificazione delle attività similari a quelle espressamente menzionate" escludendo così che la norma attribuisca "al giudice un potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato", Corte cost. 9 luglio 1963, n. 120.

[87] L'interpretazione estensiva consentita sarebbe solo quella ristretta all'interno dell'area semantica, fino al limite dei possibili significati letterali della legge. Cfr. in dottrina MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1*.,* cit., p. 172; MARINUCCI G., *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 2007*,* p. 1254 ss.; RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di Dolcini E. – Paliero C.E., p. 713 ss.; PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* ivi, p. 515 ss.

[88] La giurisprudenza della Cassazione distingue costantemente, in linea di principio, tra interpretazione – consentita – e analogia – vietata. Talvolta trae da questa distinzione delle conseguenze coerenti, ma non mancano casi in cui più o meno apertamente la Corte viola il divieto di analogia. Per qualche v. MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 91.

una fattispecie astratta diversa, seppur simile, sebbene le due fattispecie siano sorrette da una medesima *ratio*.

Così facendo, infatti, il giudice compirebbe un'azione squisitamente creativa, interferendo con il momento genetico della norma penale modificando il tipo legale in base alle esigenze del caso concreto[89] e così contravvenendo alle più elementari esigenze di certezza del diritto, separazione dei poteri e garanzia della libertà personale.

È chiaro, peraltro, che seppur vi sia un'autonomia concettuale tra i suddetti principi, essi restino intimamente connessi. Da un lato, una norma sufficientemente precisa sarà difficilmente soggetta ad operazioni analogiche in violazione del principio di tassatività; dall'atro, il "test" di determinatezza, ossia di verificabilità in concreto del precetto, consente anche di avere un riscontro sul grado di precisione della prescrizione in astratto[90].

[89] V. *infra* cap. II.

[90] Del resto, sono i tre corollari "sostanziali" della legalità a costituire – letti congiuntamente – il momento centrale della legalità penale nell'ambito delle teorizzazioni dei massimi pensatori liberali. Basterebbe rileggere un Gaetano Filangieri, ad esempio, per apprendere che "*se le azioni sono molto più difficili a determinarsi che non lo sono i dritti; se bisogna descriver quelle, nel mentre che basta a diffinir questi; le leggi criminali debbono dunque entrare in quei dettagli, che le leggi civili debbono evitare, se non si vuol lasciare un perniciosissimo arbitrio tra le mani del giudice*": La scienza della legislazione (1780-88), Parigi, 1853, libro II, parte II, cap. XXV, p. 189. Parafrasando Cesare Beccaria, d'altronde, si ricava l'avvertita indispensabilità che le norme penali siano enunciate utilizzando il linguaggio del comune cittadino e non già secondo i postulati di una data teoria o secondo il linguaggio di un determinato ceto professionale, vale a dire con parole chiare e facilmente comprensibili dalla moltitudine dei soggetti che sono tenuti a obbedirvi: v. BECCARIA C., *De' delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano, 1839, V, p. 13 ss.

2.1.4. La "giustiziabilità" dei corollari della legalità davanti alla Corte costituzionale

Occorre, infine, tenere conto dell'effettiva "giustiziabilità" di tali principi davanti alla Corte costituzionale, senza la quale le considerazioni finora fatte rimarrebbero al livello di mero principio.

Invero, quanto al rispetto del principio di precisione, la Corte ha a lungo rigettato le censure mosse dai giudici di merito a svariate norme incriminatrici, adducendo svariate argomentazioni: affermando apoditticamente che i termini usati dal legislatore fossero "diffusi e generalmente compresi"[91], appellandosi all'interpretazione sistematica o teleologica[92], riferendosi al contesto in cui opera la disposizione, richiamando il diritto vivente[93], manipolando la norma con l'"interpretativa di rigetto", così da conferirle la precisione mancante.

L'atteggiamento di *self restraint* che la Corte ha a lungo tenuto si può giustificare in considerazione della volontà di evitare di ingerirsi in scelte di politica criminale che spettano al legislatore. Tuttavia, ciò non ha impedito, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, alla Corte la valorizzazione di tale principio, congiuntamente al principio di determinatezza, non solo, come già visto, a livello di enunciazione teorica, ma anche dichiarando incostituzionalmente illegittime norme sottoposte al suo sindacato[94].

---

[91] Corte cost., 3 marzo 1972, n. 42.
[92] Corte cost. 20 dicembre 2019, n. 278 e Corte cost. 7 giugno 2019 n. 141.
[93] Corte cost. 18 gennaio 1989, n. 11, Corte cost. 11 giugno 2014, n. 172.
[94] Abbiamo già citato la sentenza sul plagio in cui la Consulta ha dichiarato incostituzionale la norma per difetto di determinatezza, Corte cost., 8 giugno, n. 96/1981, ma v. anche Corte cost., 24 gennaio 2019 n. 25, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 77 c. 2 cod. antimafia "nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura

Quanto al divieto di analogia *in malam partem* il sindacato del giudice delle leggi è, invece, più complicato: l'assenza del ricorso diretto alla Corte costituzionale fa sì che il controllo sull'osservanza del divieto d'analogia rimanga interno al circuito dei giudici comuni, o – al massimo – della Cassazione, che non sempre giunge a conseguenze coerenti nel tracciare la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva[95]. A riconferma di ciò, la Consulta ha rivolto di recente un monito ai giudici comuni, a che assicurino una più stretta osservanza di quel fondamentale divieto, sottolineando come "il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo del legislatore"[96].

---

della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'inosservanza della previsione del vivere onestamente e rispettare le leggi". Una pronuncia pervenuta a seguito di un "dialogo" con la Corte Edu, che si era espressa sulla questione nella sentenza *de Tommaso c. Italia* (Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017). V. per una ricostruzione MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 85.

[95] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1.*,* cit., p. 170 ss.

[96] Cfr. Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98. Il caso riguardava la riqualificazione del reato di stalking in maltrattamenti in famiglia da parte della Corte di Cassazione che considerava integrato questo reato, per "estensione", in presenza di condotte maltrattanti compiute in un 'contesto affettivo protetto', caratterizzato da 'legami forti e stabili tra i partner' e dalla 'condivisione di progetti di vita''. La Corte, nell'aprire la strada ad una soluzione che impedisce di qualificare il fatto nel più grave delitto di maltrattamenti nel quadro di una relazione affettiva durata qualche mese in assenza di convivenza stabile ha affermato che "il divieto di analogia in *malam partem* impone…di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione come quella che intercorreva tra imputato e persona offesa consenta di qualificare quest'ultima come appartenente alla famiglia dell'imputato o comunque rientrante nel concetto di convivenza". V. sul punto MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 90.

In ogni caso, più in generale, occorre ricordare come la Corte costituzionale "ripudi" l'idea di un giudice penale di scopo[97]. In occasione del noto caso Taricco, la Consulta ha infatti sottolineato come "l'attività del giudice chiamato ad applicarla [la legge] deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire"[98].

Come evidenziato in dottrina, tali parole costituiscono un monito per il legislatore e per il giudice. Rispetto al primo, perché troppo facilmente delega al giudice la soluzione dei "casi difficili" a partire dal "semilavorato"[99] che gli viene presentato dal potere legislativo, di fatto avallando la co-gestione della tipicità da parte del formante giurisprudenziale. Rispetto al secondo, perché si cerca di arginare la tendenza a concepire Costituzione, legge, e giudice come i tre angoli di un triangolo che pone al vertice la Costituzione (e le fonti sovranazionali) e alla base legge e giudice sullo stesso piano[100].

---

[97] Così SOTIS C., *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte Costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco),* in *Dir. Pen. Cont*., 27 marzo 2017.
[98] Corte cost., 26 gennaio, n. 24/2017 § 9.
[99] Così SOTIS C., *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte Costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco),* cit., p. 13.
[100] PALAZZO F., Introduzione, in Stile A.M. – Manacorda S. – Mongillo V. (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale*?, Napoli, 2018, ma v. anche MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen*., 3/2017, p. 955B; DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità,*

2.2. Il principio di tipicità: tra "fattispecie" e "tipo"

Il legislatore (nell'atto di legiferare) "rappresenta la realtà nella dimensione tipica della fattispecie"[101]. La previsione del reato per tipi, come vedremo, è l'unico criterio di previsione dei reati e delle pene consentito dal codice e della Costituzione, che si realizza in concreto mediante la predeterminazione a livello legislativo di figure di reato, denominate "fattispecie legali" o "incriminatrici".

Il *Tatbestand* viene inteso come categoria che racchiude "l'insieme o la somma degli elementi che incarnano il volto di una specifica figura di reato, vale a dire che fanno sì che un fatto integri un determinato reato e non un altro"[102], permettendo, in altri termini "di stabilire di quale tipo di reato si ragiona"[103].

La fattispecie, dunque, non è solo un contenitore di parole, ma contiene una narrativa[104]. Non trasmette all'interprete un'informazione sulla realtà, ma una visione della realtà[105], il cui nucleo essenziale non dovrebbe essere influenzato dall'interpretazione e dall'applicazione della norma.

---

morale e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, p. 14; VOGLIOTTI M., "Risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea", in Rivista di filosofia del diritto, 1/2015, p. 89 ss.

[101] GARGANI A., *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, cit., p. 31 ss.

[102] FIANDACA G., *voce Fatto nel diritto penale,* in *Dig disc. Pen.,* V, Torino, 1991, p. 154.

[103] BETTIOL G., *La dottrina del* Tatbestand *nella sua ultima formulazione,* in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1932, p. 525.

[104] PAPA M., *Fantastic voyage,* cit., p. 25 ss., ma v. anche PICINALI F., *Le narrazioni della giustizia penale*, in *Dir. Pen. Cont.,* 15 ottobre 2013, che distingue tra un diritto penale sostanziale "di narrazione", tipico del tempo medievale e pre-illuminista, da un successivo diritto penale "di fattispecie".

[105] HASSEMER W., *Fattispecie e tipo,* cit., p. 180.

È qui che entra in gioco il concetto di tipo, inteso come strumento di intermediazione tra fattispecie e fatto. Secondo la nota teorizzazione di Hassemer, il "tipo" consiste nella designazione, da parte della fattispecie, dei fatti da essa regolati, la loro riconduzione a classi.

La fattispecie "seleziona" un certo "tipo di realtà" e il fatto è una sua possibile "concrezione". A differenza della teorizzazione di Kauffman[106] il tipo di Hassemer non gode di alcuna compiuta preesistenza ontologica alla formulazione legislativa della fattispecie, e dunque, non vincola le scelte linguistiche del legislatore ma ne costituisce il risultato.

Occorre a questo punto svolgere due precisazioni.

La previsione dei reati per tipi non comporta che le scelte del legislatore siano prive di limiti nell'individuazione del "tipo", posto che comunque le norme incriminatrici, in base al principio di offensività, devono fondarsi sull'offesa o una messa in pericolo di un bene giuridico tutelato dall'ordinamento[107].

Inoltre, occorre osservare che, sebbene vi sia un collegamento tra il principio di legalità e i corollari della legalità sopra esaminati, tipicità e legalità non sono sinonimi, come rilevato già da tempo dalla dottrina[108].

---

[106] Cfr. KAUFFMAN A., *Analogia e natura delle cose. Un contributo alla dottrina del tipo*, Roma, 2004 e HASSEMER W., *Fattispecie e tipo,* cit., passim. Per una sintesi CARUSO G., *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale,* Milano, 2009, p. 77 ss. e 140 ss.

[107] PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 81 ss.

[108] VASSALLI G., *voce Nullum crimen nulla poena sine lege*, cit., pp. 282-283. Forti esigenze e legami tra tipicità e legalità anche in RONCO M. *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 105.

Il principio di tipicità attiene, in un certo senso, a un profilo più "tecnico"[109] , che attiene alla necessità che il contenuto di disvalore del reato, sia esso socialmente preesistente o totalmente artificiale, si manifesti in modo omogeno[110] nella previsione legislativa del fatto tipico. Attiene, in altri termini, al modo in cui il legislatore esprime (in modo esplicito o implicito), mediante la formulazione del reato, il contenuto di disvalore del reato nella previsione criminosa.

Non è dunque un corollario della legalità, costituendone piuttosto il corpo stesso[111].

Considerato che il principio di tipicità attiene proprio al rapporto tra la formulazione legislativa del reato e il suo contenuto di disvalore[112], vi è da dire che solitamente nel diritto penale l'individuazione del fatto costituente reato avviene mediante una indicazione legislativa "indiretta" del disvalore.

---

[109] PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 82.

[110] Sull'esigenze di esprimere disvalore uniforme SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, cit., p. 1346 ss.

[111] Così ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato,* Bologna, 2007, p. 289 ss.

[112] Sul principio di tipicità nella dottrina penalistica italiana v., oltre al contributo fondamentale di PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit.; ID., T*ecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 231; ID, *Legge penale*, cit., p. 346 ss.; ID. *Diritto penale*, cit., p. 59 ss.; ID, *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, cit. ID F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* cit.; VASSALLI G., *Tipicità, diritto penale,* in *Enc. Dir.,* Milano, 1992, XLIV, p. 535 ss.; GARGANI A., *Dal corpus delicti al Tatbestand,* cit.; RONCO M., *Il principio di tipicità*, cit.; ID, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit.; ALAGNA R. *Tipicità e riformulazione del reato,* cit.; p. 91 ss.; CARUSO G., *La discrezionalità penale,* cit.; CARLIZZI G., *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., passim, e, più ampiamente, ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019; PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit.

Il contenuto di disvalore non emerge dalla espressione verbale della previsione legislativa, costituendo piuttosto lo sfondo o il nucleo valutativo che il legislatore porta alla luce mediante la fattispecie criminosa astratta[113].

La fattispecie criminosa è una descrizione sintetica di un accadimento di vita portatore di un intrinseco disvalore. È come se si trattasse di minuscoli racconti nei quali è fotografata in forma "generale e astratta" una vicenda significativa di vita[114].

Ciò che preme di sottolineare è che tra la fattispecie criminosa (o incriminatrice) e il contenuto di disvalore vi è un rapporto biunivoco, nel senso che a una determinata descrizione fattuale corrisponde (o dovrebbe corrispondere), un determinato disvalore e non altro, e viceversa. La fattispecie costituisce una sintesi tra descrizione esterna del fatto e suo intrinseco disvalore.

Ogni elemento di descrizione della fattispecie concorre in modo essenziale alla individuazione di un determinato contenuto di disvalore del reato, al quale il legislatore ha ritenuto di reagire penalmente con una determinata risposta sanzionatoria. Il legislatore, quando procede alla formulazione della fattispecie, deve tenere conto di questo meccanismo, consapevole del fatto che scegliere un elemento descrittivo piuttosto che un altro indica implicitamente un determinato contenuto di disvalore e non un altro[115].

Sul piano giudiziale, il giudizio di conformità alla fattispecie astratta della fattispecie concreta avviene mediante un procedimento conoscitivo

---

[113] PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 82.
[114] Sul tema PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., passim.
[115] PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 82.

che presuppone una preliminare interpretazione della fattispecie astratta e dei suoi elementi per accertarne il significato e la portata.

I cosiddetti "elementi essenziali" della fattispecie sono tali non solo perché sono previsti dalla norma incriminatrice, ma soprattutto perché concorrono alla fondazione dello specifico contenuto di disvalore di ogni reato.

Alla luce di ciò, appare evidente la ragione per la quale la previsione degli elementi essenziali – *id est* – l'individuazione del disvalore del fatto, non può che essere compito esclusivo del legislatore.

Ecco, dunque, che appare chiara la ragione per cui il principio di tipicità si lega ai corollari della legalità analizzati nel precedente paragrafo, costituendo, parafrasando autorevole dottrina, "un parametro di misurazione contenutistico-valutativo della determinatezza della fattispecie"[116], riconosciuto, peraltro, anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La formulazione della fattispecie deve dunque favorire la "comunicazione" del contenuto della stessa, non solo sul piano descrittivo concettuale (in ossequio ai principi di precisione e di determinatezza), ma anche sul piano della "capacità evocativa" del contenuto di disvalore. Un compito che non può essere devoluto al giudice (in ossequio al principio di tassatività).

Peraltro, dal rispetto del principio in questione deriva il soddisfacimento di altri principi fondamentali del sistema penale. Da un lato, infatti,

[116] PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali, ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale,* Napoli, 1991, p. 27 ss.

soddisfa l'esigenza di frammentarietà del diritto penale, espressa dal principio di *extrema ratio*, nel senso che un determinato bene giuridico non deve essere tutelato contro qualunque modalità aggressiva o qualunque comportamento suscettibile di pregiudicarne il raggiungimento. Le modalità aggressive vanno selezionate per tipi. Dall'altro, è il presupposto per il rispetto del principio di proporzionalità della pena[117], dal momento che solo la previsione di reati ben tipizzati potrà consentire una risposta sanzionatoria proporzionata già nel momento della previsione legale.

La previsione del reato "per tipi" consente, in ultima battuta, di cristallizzare nella fattispecie un determinato modello, cui possono corrispondere una multiforme varietà di fatti storici che però risultano omogenei tra loro dal punto di vista del loro disvalore. È proprio l'omogeneità del disvalore che fonda il tipo legale e che, dunque, è compito del legislatore garantire in fase di redazione della fattispecie[118].

Il modo in cui si soddisfa tale principio può variare in base alle tecniche adottate dal legislatore, che verranno ricostruite nel presente capitolo.

3. Premessa sulle tecniche di redazione della fattispecie.

I principi di precisione, determinatezza e tassatività, insieme al principio di tipicità, implicando, come visto, degli obblighi nei confronti del legislatore, costituiranno i "fari" della nostra analisi, che adesso dovrà declinarsi andando ad approfondire quali siano le tecniche di redazione

[117] Sul tema di recente il fondamentale contributo di VIGANÒ F. *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale,* Torino, 2021.

[118] Sul tema SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, cit., p. 1346 ss.

delle norme e in che modo soddisfano le esigenze espresse dai principi generali dell'ordinamento penale.

Sotto il primo profilo, con riferimento ai corollari della legalità, l'obiettivo di redigere norme "sufficientemente" precise implica che si "descriva tutto il descrivibile" [119] in modo chiaro ed intellegibile (principio di precisione), evitando naturalmente fattispecie ad analogia espressa (principio di tassatività) e verificando che il fatto descritto abbia una corrispondenza nella realtà suscettibile di prova nel processo (principio di determinatezza), con l'obiettivo, in ultima battuta, di lasciare il minor spazio di discrezionalità possibile alla giurisprudenza.

Sotto il secondo profilo, abbiamo già rilevato come le varie tecniche redazionali siano funzionali non solo a soddisfare gli obblighi di precisione, determinatezza e tassatività, ma anche l'obbligo "contenutistico-valutativo" di tipicità, ossia costruzione di una norma penale che esprima una corrispondenza biunivoca tra fattispecie astratta e disvalore.

Come vedremo, entrambi gli aspetti summenzionati sono fondamentali nel momento in cui si formula una fattispecie incriminatrice.

Infatti, se è vero che le tecniche di redazione della fattispecie sono molteplici e, come vedremo, possono garantire un grado più o meno elevato di precisione, è stato rilevato come esse siano legate dall'unica *ratio* della "previsione dei reati per tipi"[120], acquisizione storicamente abbastanza recente del pensiero penalistico e della legislazione penale. Fino alla nascita del diritto penale moderno, nel XVIII secolo, la previsione dei reati aveva oscillato dalla tecnica esasperatamente casistica ad una tecnica

[119] ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974, p. 186.
[120] PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 85.

esasperatamente valutativa, entrambe implicanti forti rischi di irrazionalità e arbitrio applicativo. Oggi invece, a prescindere dalla tecnica utilizzata, il rispetto del principio di tipicità nella redazione delle fattispecie impone al legislatore di formulare delle norme dalle quali emerga chiaramente il disvalore del reato, evitando di devolvere alla giurisprudenza il compito di individuare (*i.e.* creare*)* il "tipo criminoso".

Vediamo dunque quali sono le tecniche di redazione della fattispecie, con la consapevolezza che se un margine di incertezza resta comunque inevitabile, per garantire la "sufficiente determinatezza" di cui parla Palazzo, occorre tener conto anche della capacità della norma di esprimere *ex ante* il tipo criminoso[121].

4. Tecnica casistica vs clausole generali

Tradizionalmente, quando si affronta il tema delle tecniche di redazione delle fattispecie, si contrappone la tecnica casistica alla tecnica per clausole generali (anche detta sintetica).

4.1. La tecnica casistica

La tecnica casistica è considerata come quella che assicura il più alto grado di precisione, in quanto consiste nella descrizione analitica di specifici comportamenti, oggetti, situazioni, con il minor grado di astrazione possibile[122].

[121] "Di ogni segno linguistico è possibile rintracciare qualche significato semantico, un contenuto minimo certo c'è sempre. Il vizio di determinatezza riguarda l'insufficiente determinatezza, non dalla sua totale mancanza". Così PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 146 ss.

[122] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1., cit., p. 124.

Un esempio classico è la norma sulle lesioni personali gravi e gravissime: l'art. 583 stabilisce che: "*La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni: 1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni; 2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo; La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva: 1) una malattia certamente o probabilmente insanabile; 2) la perdita di un senso; 3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella*".

Ma ne sono anche un esempio, più recente, le norme sull'omicidio stradale (589 bis c.p.) e sulle lesioni personali stradali (590 bis c.p.)[123].

Tale tecnica apparentemente rappresenta il metodo redazionale migliore in termini di garanzia di precisione e minuzia del precetto. Tuttavia, non potrebbe essere adoperata per tutte le incriminazioni, in quanto finirebbe per creare fenomeni di elefantiasi legislativa e rendere altresì difficile la fruibilità delle norme da parte del cittadino.

Una descrizione minuziosa delle modalità che può assumere ciascuna condotta aggressiva di un bene giuridico, degli oggetti sui quali la condotta può incidere, delle circostanze di tempo e di luogo nelle quali la condotta può essere realizzata etc. porterebbe a testi legislativi smisuratamente lunghi e prolissi. Sono dunque esigenze di economia legislativa che possono

[123] MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 85. i

parlare contro il ricorso indiscriminato alla tecnica casistica nella costruzione delle norme incriminatrici[124].

Si rivela, invece, un falso problema, quello secondo cui la tecnica casistica favorirebbe l'analogia *in malam partem* creando delle lacune, perché incapace di ricomprendere tutti i casi riconducibili ad un determinato disvalore.

Infatti, la scelta dell'incriminazione deve spettare in via esclusiva al legislatore, che, nel redigere la norma, deve fare in modo di esprimere un disvalore omogeneo[125]. Tutto ciò che sta al di fuori non è illecito e non vi sono lacune da colmare, anche in ossequio al principio di frammentarietà.

E ciò è vero non solo per le lacune "originarie", rispetto alle quali si deve ritenere che il legislatore abbia ponderato le sue scelte facendo un uso selettivo della sanzione penale, ma anche per le lacune "derivate", riflesso di mutamenti della realtà sociale o di evoluzioni tecnologiche[126].

Ed infatti, il legislatore italiano è più volte intervenuto per disciplinare nuovi fenomeni non riconducibili sotto i "casi" contemplati dalla precedente legislazione. Ad esempio, nel 1993 il legislatore ha affiancato alla figura base della truffa (640 c.p.) una nuova incriminazione, che reprime la frode informatica (640 ter c.p.); nel 2021 ha inoltre espressamente esteso l'ambito applicativo della figura delittuosa alle frodi che comportano il trasferimento di moneta virtuale[127].

---

[124] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1., cit., p. 127.

[125] Sull'esigenze di esprimere disvalore uniforme SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, cit., p. 1346 ss.; v. anche PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 81.

[126] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1., cit., p. 125.

[127] D.lgs. 8 novembre 2021, n. 184, nell'introdurre nel codice penale una disciplina di contrasto alle frodi e alle falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai

4.2. Le clausole generali

La clausola generale è uno strumento duttile nelle mani dell'interprete, il quale, attraverso di essa, può far transitare nell'area del penalmente rilevante una serie di casi concreti secondo un criterio lasciato variamente alla sua valutazione.

La caratteristica comune delle clausole generali, che costituiscono un vero e proprio rinvio legislativo all'interprete con finalità di disambiguazione[128], è appunto la generalità, che consente di assimilare, quanto a conseguenza giuridica, un numero indeterminato di casi concreti e lasciando dunque al giudice il compito di colmare le "lacune derivate" legate all'emergere di nuovi fenomeni sociali.

La categoria è avvolta in un alone di incertezza a cominciare dalla sua corretta definizione[129]. A parere di alcuni, sebbene le clausole generali

---

contanti (artt. 493 ter, 493 quater e 640 ter co. 2), ha previsto diverse definizioni "agli effetti della legge penale": ad es. nel configurare come aggravante della frode informatica il trasferimento di "valuta virtuale", il legislatore si è fatto carico di definire tale concetto come "una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente".

[128] Questa definizione è offerta da CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. Pen. Cont.,* 14 novembre 2012, p. 3. L'Autore rivela la difficoltà di inquadrare con precisione il fenomeno delle clausole generali, abbracciando esso una serie di ipotesi di parte generale, come le c.d. clausole generali di incriminazione suppletiva (art. 40, 56 e 110 c.p.), e di parte speciale (utilizzo di termini valutativi, fattispecie vaghe). Pone così in evidenza la frequente sovrapposizione terminologica tra tutti i fenomeni generatori di vaghezza normativa.

[129] Come sottolinea, CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, cit., il quale cita in proposito una ricca dottrina civilistica che non è riuscita tuttavia ad addivenire ad una precisa definizione del fenomeno. L'Autore, a proposito della difficoltà finanche di definire un fenomeno che genera indeterminatezza, parla di

sembrino assimilabili ai concetti elastici e indeterminati, di cui si dirà nel successivo paragrafo, "il concetto elastico ed indeterminato è destinato a rimanere fattispecie o parte di fattispecie (…), mentre la clausola generale è diretta a stare sopra le singole fattispecie."[130]

Ciò considerato, si è correttamente rilevato[131] che l'utilizzo delle clausole generali si mostra particolarmente pericoloso nella redazione delle fattispecie incriminatrici, più che nella normativa penale costituente la parte generale.

Ne potrebbe dunque conseguire che, per rispettare il principio di precisione, il legislatore penale debba sempre procedere con tecnica casistica.

Ed in effetti, con la formula "fuga verso le clausole generali"[132] si designa criticamente il fenomeno di una legislazione che trasferisce dal legislatore al giudice il compito di individuare i contenuti del precetto. In questo senso, si è opportunamente segnalato che il ricorso da parte del legislatore alle clausole generali comporta "un pericolo per il diritto e per lo Stato"[133].

---

vaghezza della vaghezza. Ma già in precedenza LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 302 parlava di "vaghezza socialmente tipica o vaghezza da rinvio".

[130] GRASSO P.G., *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1971, p. 176, p. 176 cita HEDEMANN J., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Mohr, 1933, p. 53.

[131] CONTENTO G., *Clausole generali e regole generali come "principi di codificazione"*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, p. 110.

[132] HEDEMANN J., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Mohr, 1933, citato in MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1., cit., p. 124.

[133] CLASS W., *Generalkglausen im Strafrecht,* in *Festschruft* für Eberhard Schmidt, 1933, citato in MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1., cit., p. 124. V. anche PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit. p. 73, che osserva come in un sistema che apra largamente alle clausole generali, l'esigenza di assicurare la

Non a caso, nel diritto penale tedesco, gran parte delle norme contenenti clausole generali vennero introdotte nel corso degli anni Trenta all'insegna di un sempre più accentuato ripudio della certezza del diritto[134].

D'altra parte, autorevole dottrina ha sostenuto che le clausole generali, a determinate condizioni, sarebbero comunque conformi ai principi generali dell'ordinamento, quando, a dispetto della loro generalità, consentano di individuare in modo sufficientemente certo le ipotesi riconducibili alla norma incriminatrice[135].

Così, ad esempio, nella formulazione della norma incriminatrice dell'omicidio il legislatore ha legittimamente rinunciato a descrivere le molteplici condotte attraverso le quali è possibile causare la morte; il termine "cagionare" ivi impiegato consente infatti di individuare con sufficiente precisione le classi di condotte vietate, perché quel termine rinvia non al libero apprezzamento del giudice, bensì a leggi scientifiche e a massime di esperienza, per mezzo delle quali il giudice potrà affermare o negare la sussistenza del rapporto di causalità fra una data azione e la morte[136].

Tale impostazione ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale, che ha sottolineato come "il principio di determinatezza (*id est* precisione) non

---

certezza del diritto impone pertanto che sia accolto il principio dell'efficacia vincolante del precedente.

134 Cfr. BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933,* 1966, p. 38 ss.

135 MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1., cit., p. 127.

136 Fondamentale in questo senso STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale,* Milano, 2000; PALIERO C.E., *Le fattispecie "causalmente orientate" sono davvero "a forma libera"? (Tipicità e accertamento del nesso di causalità),* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1977, p. 1499 ss.

esclude l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante l'impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee" ad essere riportate alla norma incriminatrice[137].

5. Il materiale linguistico della fattispecie. Elementi descrittivi ed elementi normativi

La fattispecie, intesa come insieme di fatti e conseguenze giuridiche derivanti dalla verificazione di quei fatti, può essere formulata attraverso termini o concetti descrittivi o normativi[138].

Gli elementi descrittivi[139] sono caratterizzati dalla peculiarità di fare riferimento a concetti del mondo naturalistico, a realtà fisiche empiricamente verificabili. Gli elementi normativi[140] sono caratterizzati dalla loro riferibilità ad oggetti o concetti non direttamente percepibili, bensì ricostruibili soltanto mediante il riferimento ad una norma

[137] Così Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, con richiami a precedenti conformi, ma vedi nello stesso senso anche Cass., sez. II, 29 novembre 2019, n. 10255, Fasciani, in *Sist. Pen.,* 24 marzo 202, nella quale la Suprema Corte afferma la compatibilità dell'art. 416 bis c.p. con il principio di precisione, nonché con i principi di determinatezza e tassatività.

[138] Su elementi normativi e principio di precisione, PAGLIARO A., *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 420; BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; PALAZZO F., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, p. 5; ID, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 333 ss.; PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 214 e ss.; RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale, I, Lineamenti generali*, Napoli, 1965; RISICATO L., *Elementi normativi della fattispecie penale,* Milano, 2004; GATTA G. L., *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 30 ss.

[139] Esempi ne sono i termini "donna", "uomo", "terreno", "edificio".

[140] Esempi ne sono i termini "altrui", "osceno", "sedizioso".

preesistente o una definizione intermedia presupposta, giuridica ovvero extragiuridica.

Gli elementi descrittivi e normativi si distinguono nettamente nel momento applicativo della norma, poiché il procedimento di applicazione, nel primo caso, richiede un giudizio di realtà a carattere tendenzialmente ricognitivo; nel secondo caso, invece, si richiede, il più delle volte un giudizio di valore[141].

Tuttavia, come vedremo, sarebbe semplicistico ritenere che tutti gli elementi descrittivi di per sé conferiscono precisione alla norma o che tutti gli elementi normativi comportano margini di discrezionalità e quindi incertezza applicativa[142].

5.1. Elementi descrittivi

Come abbiamo detto, i termini utilizzati in questo caso fanno riferimento a oggetti della realtà fisica suscettibili di essere accertati coi sensi o comunque attraverso l'esperienza.

---

[141] Sul giudizio di valore contrapposto al giudizio di realtà, CAJANI L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 77; RUGGIERO G., *Gli elementi normativi,* cit., p. 99 il quale riporta la dottrina tedesca, divisa tra coloro che fondano il binomio sulla distinzione giudizio di valore-giudizio di realtà e colore che fondano la distinzione sul binomio mondo sensibile- mondo spirituale. GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Milano, 1950, vol. II, p. 167, definisce gli elementi normativi come quelli di fronte ai quali "il giudice deve svolgere, oltre che un'attività conoscitiva (accertamento), anche un'attività di valutazione"; BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 150 li definisce invece come "elementi che postulano ai fini del loro accertamento concreto una speciale valutazione da parte del giudice: al di fuori della valutazione specifica essi non esistono come elementi di fatto che possano venire in considerazione ai fini della fissazione degli elementi caratteristici della fattispecie.".

[142] Cfr. BRICOLA F., *La discrezionalità*, cit., p. 167 ss.; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 398 ss.

È possibile però rilevare una distinzione, interna agli elementi descrittivi, tra un significato definitorio e un significato valutativo[143]. Tali significati di regola convergono, nel senso che il significato definitorio è la traduzione concettuale del significato valutativo[144].

Il rapporto tra i due significati non è però di piena identità, poiché il significato valutativo tende a colorarsi di una complessità e di una mutevolezza cui lo statico significato definitorio non partecipa[145].

Dunque, l'impiego dei concetti descrittivi non garantisce di per sé la precisione.

Possono ritenersi assolutamente precisi i concetti numerici, che talora compaiono nella legge penale. In prevalenza, però, i concetti descrittivi presentano un "più o meno ampio margine di imprecisione": ad un nucleo concettuale che non lascia dubbi, si può accompagnare una zona grigia che rende difficile o addirittura impossibile l'esatta individuazione dei fatti ai quali il termine fa riferimento. Si pensi, ad esempio, agli "atti sessuali" nel reato di violenza sessuale di cui al 609 bis c.p.[146].

Sul piano interpretativo, se rispetto agli oggetti ricadenti nel nucleo centrale l'operazione interpretativa è un agevole giudizio di realtà, rispetto

---

[143] PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., 339 ss., il significato definitorio è la definizione che consente di passare dal segno linguistico all'oggetto designato. Il significato valutativo, invece, è la componente intuitivo - emozionale che consente, prima ancora che operi l'ordine logico dato dal linguaggio, di accorpare la pluralità del reale sotto definizioni comuni. Cfr. sul tema BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, *in Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 305; SCARPELLI U., *La definizione del diritto*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 183.

[144] PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 399.

[145] Ibidem.

[146] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1*.,* cit., p. 163 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 144 ss.

agli oggetti dell'alone marginale, la scelta della riconducibilità all'elemento descrittivo dovrà essere necessariamente affidata alla valutazione dell'organo giudicante. Chiaramente, quante più definizioni produrrà il termine, tanto più ampia sarà la "zona grigia" e quindi ampio il margine di discrezionalità.

In tali casi, in assenza di argomenti sistematici capaci di eliminare o ridurre quell'ampio margine di incertezza, o di scelte definitorie, risulterà dubbia la compatibilità con il principio di precisione.

Sotto il primo profilo, entra in gioco il "criterio tipologico"[147].

Ciò significa che, anzitutto, il giudice deve tener conto dello scopo della norma che emerge dalla formulazione legislativa, spesso in grado di ridurre notevolmente la pletora di significati definitori attribuibili all'elemento descrittivo[148]. Per tale via, un singolo elemento descrittivo, che, atomisticamente considerato, lascia margini di incertezza applicativa, acquisisce precisione nel contesto in cui è inserito[149]. D'altronde, il giudizio

[147] Per l'adozione nella giurisprudenza costituzionale del "criterio tipologico" v. in particolare PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali, ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, cit., p. 37 ss.

[148] Si pensi infatti all'elemento "sfruttamento" utilizzato nella fattispecie di sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 3, n. 8 della l. 20 febbraio 1958, n. 75. Il termine ha innumerevoli significati definitori, per cui alcuni comportamenti concreti rientrano nel nucleo centrale; molti nell'alone marginale. Così come illustra CALVI A., *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, p. 107. L'Autore analizza le varie circostanze che astrattamente potrebbero rientrare nel concetto di sfruttamento ma che alla luce della valorizzazione della funzione della norma ne sono categoricamente esclusi.

[149] BRICOLA F., *La discrezionalità*, cit., p. 169 individua proprio in questa possibilità concessa all'interprete di definire il significato del termine attraverso la considerazione del contesto della fattispecie e dello scopo della norma la caratteristica distintiva degli elementi descrittivi rispetto agli elementi valutativi, nei quali l'interprete deve necessariamente operare

di precisione va compiuto in relazione alla fattispecie globalmente considerata[150].

Inoltre, spesso l'incalzare di nuovi significati è semplicemente dettato dall'avanzamento dei tempi. Tale fenomeno, in quest'ottica, non può che essere salutato con entusiasmo poiché consente agli elementi descrittivi di respirare ed allinearsi alle percezioni sociali. Purché, come più volte ribadito, la nuova interpretazione sia coerente con il tipo criminoso che il legislatore ha preindividuato e che caratterizza quella fattispecie.

Sotto il secondo profilo, qualora non sia possibile, con il concetto descrittivo, esprimere *ex ante* il tipo criminoso, si potrà eventualmente ricorrere all'uso di definizioni legislative, di cui si dirà a breve.

In ultima analisi, si può dire che gli elementi descrittivi sono conformi ai principi costituzionali in precedenza analizzati se concorrono alla costruzione di una fattispecie sotto la quale ricade una classe di fatti unitariamente individuabile, non solo e non tanto nella dimensione esternamente linguistica della definizione, ma anche in quella valutativa,

---

un'etero-integrazione. V. anche sul punto PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* cit., p. 517.

[150] I criteri interpretativi servono proprio a superare questi stalli di significato propri degli elementi descrittivi imprecisi dal punto di vista semantico. Tuttavia, resta e deve restare chiaro che, oltre tale limite, l'atto di interpretazione sfocia in un'autentica creazione, costituzionalmente illegittima. In questi termini, anche ENGISH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 199, il quale peraltro conclude per l'accettabilità degli elementi valutativi e finanche degli elementi discrezionali, in quanto comunque "*non vigono l'arbitrio e l'assenza di ogni vincolo, perché si costituiscono, a prescindere dai confini legislativi ed extralegislativi della decisione personale, delle regole teleologiche ed assiologiche che, se non possono determinare materialmente con esattezza la decisione danno però ad essa un sostegno logico*".

effettivamente "tipologica", di un contenuto di disvalore normativo socialmente esistente[151].

5.2. Gli elementi normativi

Gli elementi normativi non indicano il loro oggetto in maniera diretta, bensì si limitano ad offrire il criterio, mediato, da utilizzare per individuare quell'oggetto. Tale criterio è contenuto in una norma preesistente, che può essere giuridica o extragiuridica[152], che, a sua volta, può essere precisa o rendere necessaria una valutazione discrezionale[153].

La precisione di un concetto normativo deve risultare dal concorso di due fattori[154]: deve essere chiaro quali siano i parametri normativi ai quali bisogna fare riferimento per qualificare questo o quell'elemento del reato[155]; devono essere precisi anche l'ambito e il contenuto delle norme che servono ad applicare la qualificazione normativa al caso concreto[156].

---

[151] V. in particolare PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali, ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, cit., p. 37 ss.

[152] La categoria è stata definita sulla base di una peculiarità caratterizzante: la riferibilità degli elementi normativi a "dati i quali possono essere rappresentati e pensati solo sotto logica presupposizioni di una norma" da ENGISH K., *Die Normativen Tabtestands-elemente in Strafrecht*, in Fest. Mezger, Munchen und Berlin, 1954, p. 147, nella traduzione offerta da PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 217.

[153] Cfr. MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1. cit., p. 132 ss.; PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 227 ss.; BRICOLA F. *La discrezionalità,* cit., p. 227 ss.; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 429 ss.; GATTA G. L., *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit., p. 41 ss.

[154] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1. cit., p. 136.

[155] PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 429.

[156] BRICOLA F. *La discrezionalità*, cit., p. 188;

Quando la norma richiamata è una norma giuridica, se il suo contenuto e il suo ambito applicativo sono chiaramente identificabili non residuano spazi di discrezionalità[157].

Viceversa, quando l'elemento normativo richiama una norma extragiuridica, si parla di elemento valutativo "in senso stretto" in quanto si fa riferimento ad un parametro morale, etico, di costume[158], attraverso il quale il concetto deve necessariamente essere ricostruito per mezzo di un'attività a carattere discrezionale[159]. Accade così che il legislatore, con gli elementi normativi valutativi, affidi all'interprete un criterio valoriale da decodificare e concretizzare nella fattispecie, rispetto al quale l'interprete non ha però alcun vincolo definitorio[160].

Non a caso, Engisch individuava i concetti normativi, così come le clausole generali, come forme di espressione della legge che ne consentono l'apertura, lasciando autonomia a chi è chiamato ad applicarla.

---

[157] È vero per matrimonio avente effetti civili, meno vero per pubblico ufficiale v. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 145.

[158] Con riferimento specifico agli elementi normativi fondati su regole morali o sociali, il RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 127 ritiene che non sia indeterminato il giudizio di valore, bensì solo il criterio fonte alla base di tale giudizio. La distinzione in realtà è macchinosa e non riesce a negare l'indeterminatezza dell'elemento normativo globalmente considerato.

[159] Si pensi al concetto di "osceno", che, per la sua decodificazione, richiede un'attività schiettamente valutativa di analisi dei difficilmente decifrabili parametri morali che la società variamente utilizza per definire cosa superi la soglia dell'accettabilità.

[160] Si pensi alle ipotesi di "morale familiare" o di "interessi nazionali", dove il criterio valoriale è equivoco e sostanzialmente impossibile da accertare nell'ambito sociale poiché riferito ad una collettività estremamente eterogenea, poiché pluralista quanto a valori e orientamenti politici, religiosi, culturali in senso ampio.

A fronte di ciò, bisogna verificare se esistano condizioni nelle quali l'utilizzo degli elementi normativi extra giuridici nel diritto penale appaia costituzionalmente legittimo.

A tale proposito, il principio di precisione si può ritenere rispettato quando si rinvia a norme tecniche (*leges artis* la cui violazione determina colpa per imperizia ex art. 43 c.p.). In tal caso, si tratta sovente di regole ben individuabili e individuate per una specifica attività pericolosa, diffuse e consolidate tra i soggetti che svolgono quella attività[161].

Diversamente, appaiono tendenzialmente imprecisi i richiami a norme etico-sociali[162], che, tuttavia, ricorrono nella legislazione. Si pensi, ad esempio, alle disposizioni incriminatrici che fanno riferimento al "comune sentimento del pudore", serbando una condotta "contraria all'ordine o alla morale delle famiglie", come il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p.[163].

La fondamentale differenza, rispetto ai casi di incertezza che si possono verificare rispetto agli elementi descrittivi, riguarda il fatto che mentre l'incertezza in quel caso può essere "arginata" dal "possibile senso della parola", tale limite non sussiste rispetto agli elementi valutativi, dove il

---

[161] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1., cit., p. 141.

[162] MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 83.

[163] Quanto siano vaghi e generici i parametri etico-sociali rappresentati dall'ordine e dalla morale delle famiglie emerge icasticamente dalle parole di Manzini, che considera contrario all'ordine e alla morale delle famiglie "ogni comportamento attivo od omissivo lesivo della compagine, della disciplina, dell'attività proficua della prosperità, della sicurezza, della pace, della tranquillità, dell'onore, della dignità, della solidarietà, del buon costume della famiglia", MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1984, p. 862; nello stesso senso, PISAPIA G. D., *I delitti contro la famiglia*, Torino, 1952, p. 696.

segno linguistico non è in grado di arginare in nessun modo l'uso che l'interprete intenda fare di un dato criterio di valutazione[164].

È interessante dunque comprendere le ragioni per le quali il legislatore, ben consapevole della loro natura e della loro idoneità ad essere individuati attraverso un mero giudizio di valore che sarà affidato interamente all'interprete giudiziario, ciononostante se ne serva per la redazione della fattispecie penale.

L'accettazione di questo rischio è controbilanciata, a parere di autorevole dottrina[165], da un triplice ordine di ragioni: semplificazione normativa, possibilità di adeguamento continuo alla realtà sociale[166] e resistenza di alcuni fatti alla tecnica redazionale descrittiva.

In primis, secondo la stessa logica sottesa alle clausole generali, il legislatore con gli elementi valutativi si limita ad indicare all'interprete un generico criterio di valore che l'interprete stesso utilizzerà poi per l'identificazione dei fatti riconducibili a quell'elemento, per evitare fenomeni di elefantiasi legislativa. Chiaramente, valgono le stesse considerazioni già fatte: l'operazione è legittima fintanto che alla norma sia riconducibile una serie "univoca" di fatti tipici[167].

In secundis, l'utilizzo di una formula generica consente all'interprete una geometria variabile sui contorni del concetto definito, che arriverà ad abbracciare di volta in volta i nuovi fenomeni sociali riconducibili a

---

[164] PALAZZO F. *Il principio di determinatezza*, cit., p. 353 ss.
[165] PALAZZO F. *Il principio di determinatezza*, cit., p. 427.
[166] PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 224-226.
[167] NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Milano, 1972, p. 43 afferma che "*Per esigenze pratiche evidenti* (la legge) *si serve, invece, di formule comprensive, non sempre limpide e di facile interpretazione; ma ciò non toglie che queste formule possano risolversi nelle fattispecie corrispondenti*".

quell'elemento. Purché, anche in questo caso, si tratti di fenomeni ricompresi nel tipo criminoso predeterminato.

Sotto questo profilo, peraltro, taluni ne riconoscono la natura di organi "respiratori"[168] dell'ordinamento, attraverso i quali il giudice può veicolare gli elementi culturali di cui è portatore l'autore del reato, soprattutto quando quest'ultimo sia appartenente ad una diversa etnia. Gli elementi normativi "etico-sociali" sarebbero dunque collegati al problematico tema dei c.d. reati culturalmente orientati[169].

Infine, si rileva come talvolta il legislatore non sia in grado di reperire nel patrimonio linguistico un elemento descrittivo in grado abbracciare *in toto* il significato valutativo che egli stesso vuole esprimere. La resistenza di alcuni fatti ad essere espressi tramite l'utilizzo di elementi descrittivi sta, in questi casi, nella complessità emotiva del significato valutativo[434] o nella riconducibilità ad un bene giuridico tutelato, che non ha avuto ancora tempo di radicarsi con chiarezza e stabilità nel tessuto sociale[435]. In tali circostanze, piuttosto che devolvere all'interprete la ricostruzione del tipo criminoso, potrebbe essere opportuno ricorrere alle definizioni legislative, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

In definitiva, si ritiene condivisibile la posizione di attenta dottrina[170] la quale ritiene indeterminati gli elementi valutativi in senso stretto, a meno che il loro segno linguistico riesca a connotare il parametro valutativo e

[168] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1. cit., p. 140, ma tale qualifica era già stata attribuita dal CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, 1930, p. 34.
[169] MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* cit., p. 83.
[170] BRICOLA F., *La discrezionalità*, cit. p. 188.

quest'ultimo sia in grado di esprimere univocamente la regola del caso concreto, anche mediante il contributo delle definizioni legislative.

6. Il ruolo delle definizioni legislative

È indubbio che legiferare significa sempre definire. Un assunto che vale ancor di più nel diritto penale dove ogni norma incriminatrice assolve anche l'essenziale funzione di individuare e precisare in via definitoria il contenuto e la struttura di un "tipo" criminoso il cui significato attinge spesso radici più lontane e più profonde della mera formulazione legislativa[171].

Legiferare e definire sono attività accomunate dall'impiego del linguaggio, ma la definizione è un mezzo di irrigidimento del linguaggio normativo. Pertanto, lo scopo che assolvono le definizioni è duplice: da un lato, la certezza che deriva dalla sua funzione chiarificatrice; dall'altro, lo scopo politico-istituzionale di determinazione degli equilibri tra i vari organi e poteri del sistema giuridico[172].

Talora, è stato rimproverato al legislatore di essersi fatto carico, attraverso le definizioni, di problemi puramente teorici, di pertinenza della dottrina e della giurisprudenza[173]. Si può replicare, con Giacomo Delitala, che "le definizioni sono disposizioni legislative vere e proprie, la cui

---

[171] Cfr. in particolare PALAZZO F., *Sulle funzioni delle norme definitorie,* in CADOPPI A. (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Ominis definitio in iure periculosa?*, Torino, 1996, p. 381 ss.; PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 234 ss.; SIRACUSANO P.*, Principio di precisione e definizioni legislative di parte speciale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* cit., p. 739 ss.

[172] Ibidem.

[173] MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1. cit.*,* p. 130.

statuizione non serve ad appagare una mera esigenza teoretica, ma a risolvere casi della pratica (…). Sono questioni di politica criminale, ed il legislatore che le risolve fa opera veramente e propriamente legislativa: il compito più importante di un buon legislatore penale è proprio quello di darci una precisa regolamentazione giuridica degli elementi costitutivi del reato. In tale regolamentazione si contiene infatti inevitabilmente la soluzione del più alto problema di politica criminale, che è…di sapere quando si debba punire e quando no"[174].

In particolare, il ricorso alle definizioni legislative può essere utile ogniqualvolta vi sia un'ineliminabile zona grigia di significato dei termini impiegati dal legislatore. Per ovviare a questo spazio di libertà lasciato al giudice in tema di riconduzione dell'oggetto all'elemento della fattispecie, il legislatore può così eliminare la congenita pluralità di definizioni e stabilire quale dei significati definitori dell'elemento sia effettivamente utilizzato dal mondo giuridico e assurga quindi a contenuto della definizione qualificata fornita dal legislatore. In tali casi, dunque, si possono inserire delle disposizioni che, attraverso una sorta di interpretazione autentica, hanno la funzione di precisare il significato di questo o di quel termine, vincolando così l'interpretazione giurisprudenziale[175].

Questa tecnica viene impiegata sia nella parte generale, dove, per esempio, si definisce il dolo (art. 43 c.p.), la colpa (art. 43 c.p.), il tentativo (art. 56 c.p.), che nella parte speciale, dove si definiscono termini ricorrenti

[174] DELITALA G., *Diritto penale. Raccolta di scritti,* I, 1976, p. 280 s.
[175] Sull'utilizzo di definizioni nel diritto penale v. CADOPPI A. (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale,* cit., in particolare, i contributi di CADOPPI A. (p. 1 ss.), JORI M. (p. 54 ss); PALAZZO F. (p. 381 ss.); BRICOLA F. (p. 174 ss.).

in diverse norme incriminatrici (ad esempio la definizione di prossimi congiunti ex art. 307 c.p.), oppure termini presenti in singole disposizioni incriminatrici (ad esempio le immagini virtuali nel reato di pornografia virtuale ex art. 600 quater.1. co.1 c.p.).

È chiaro che l'utilizzo deve essere comunque moderato, onde evitare di "ingolfare" il sistema normativo.

Le definizioni legislative possono a loro volta distinguersi in definizioni tecniche e definizioni specificative[176]. Si intende per definizione "tecnica" una definizione che conferisce ad un termine un'accezione del tutto diversa da quella del linguaggio comune[177]. Altre volte, diversamente[178], la definizione tecnica si installa su un termine che ha solo un'accezione di natura tecnica[179]. Si intende, invece, per definizione "specifica" la definizione che precisa il significato definitorio comune delle parole di uso diffuso nella comunità. Attraverso di esse, in altre parole, il legislatore sceglie, nella polisemia congenita dell'elemento, il significato definitorio che appare più calzante alla materia penale[180].

Il tema dell'alternativa tra linguaggio tecnico e linguaggio comune è trattato da autorevole dottrina[181] che, adottando una posizione favorevole

---

[176] PALAZZO F., *Il principio di determinatezza,* cit. p. 397; PALAZZO F., *Tecnica legislativa,* p. 242 ss.

[177] Esempi ne sono i termini "gravame", "appello".

[178] Sulla contrapposizione tra le due categorie si veda MARTINO A., *Le definizioni legislative*, Torino, 1975, p. 88.

[179] Esempi ne sono i termini "delitto aberrante", "preterintenzione", ma anche "dolo".

[180] Esempi ne sono i termini "colpa", "sostanza stupefacente o psicotropa", "cosa mobile".

[181] La quale rileva come la predilezione per il linguaggio comune, mira ad evitare che l'interpretazione delle leggi si ponga come monopolio di un'incontrollabile casta professionale; la predilezione per il linguaggio tecnico manifesta un'esaltazione dell'ideale del rigore rispetto a quello della semplicità, che, nel

rispetto all'utilizzo di definizioni, auspicava di raggiungere: "un moderato tecnicismo che, senza privare le leggi e le scienze giuridiche dei concetti tecnici indispensabili, fosse peraltro compatibile con una sorta di traducibilità del linguaggio giuridico nel linguaggio comune, e quindi con un buon grado di intelligibilità del diritto e delle operazioni giuridiche da parte di ogni cittadino"[182].

Tutto ciò considerato, l'annosa questione del contributo che possono dare le definizioni legali a conferire precisione alla norma non ha una risposta univoca, perché tutto dipende dal modo in cui la definizione viene redatta[183].

La definizione, se formulata in modo chiaro e preciso, ha l'innegabile pregio di vincolare l'interpretazione giudiziale, sempre che riesca ad incidere realmente sulla dimensione giurisprudenziale e applicativa del diritto.

Tuttavia, si obietta, il ricorso alle definizioni potrebbe limitare la fluidità del linguaggio garantita dal "libero scorrere" del significato valutativo e dalla possibilità di adeguare costantemente ad esso il significato definitorio, nei limiti della interpretazione estensiva.

In realtà, a ben vedere, la definizione ha la funzione di chiarire e circoscrivere il disvalore tipico del reato[184], laddove i concetti utilizzati nella

---

campo giuridico, si rivela fallace e chimerica. SCARPELLI U., *Semantica giuridica*, cit., p. 996.

[182] SCARPELLI U., *Semantica giuridica*, cit., p. 996.

[183] PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit. p. 145; Cfr. sul tema Di Lucia P. (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, cit.

[184] Per il rapporto tra definizione e "*typus*" v. PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, cit. p. 358 ss.

fattispecie non siano sufficienti allo scopo, ma non elimina *in toto* la componente valutativa, di fatto ineliminabile.

La definizione svolge dunque una funzione di *actio finium regundorum* quanto alla cornice dei significati possibili. Sarà inevitabile poi il contributo dell'attività interpretativa che, in base ai mutamenti storico-sociali, può estendere l'ambito applicativo della disposizione nei limiti dell'interpretazione estensiva.

Del resto, è quanto si verifica nel sistema anglosassone, in Inghilterra in particolare, dove le definizioni subiscono una sorta di affinamento, analisi e precisazione attraverso il processo e mediante la contrapposizione delle parti[185].

7. La circolare della Presidenza del Consiglio del 5 febbraio 1986 e le sottese implicazioni teoriche

Con la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 5 febbraio 1985 il Governo tentò apertamente di dettare delle linee guida per la redazione delle norme penali ispirate ad una maggiore razionalità.

Tale provvedimento, che detta dei criteri per la "tecnica della legislazione", si colloca in un momento storico in cui si registrava un rinnovato interesse per la scienza della legislazione, intesa come l'elaborazione sistematica di "criteri di congruenza", idonei a consentire l'accertamento della adeguatezza dello strumento o istituto giuridico rispetto all'obiettivo politicamente predeterminato[186].

[185] PALAZZO F., *Sulle funzioni delle norme definitorie,* cit., p. 389.
[186] PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 231.

In particolare, per quanto più interessa ai fini della trattazione, nella Parte II della circolare sono contenute precise scelte di campo del legislatore sul tema della redazione della fattispecie illecita, che avrebbero dovuto trovare applicazione sia per l'illecito penale che per l'illecito amministrativo, volte a consentire una migliore formulazione dell'incriminazione e una migliore individuazione del contenuto normativo.

La Circolare, dunque, pur contenendo suggerimenti concernenti l'aspetto meramente esteriore dell'enunciato, si propone più ambiziosamente di recare un contributo al legislatore nel delicato momento in cui il contenuto, "il pensiero" legislativo assume veste verbale[187].

Infatti, la parte II di cui si parla comprende due distinti capi: il capo I, sui "Criteri concernenti la forma esteriore della disposizione"; il capo II, sui "Criteri concernenti l'individuazione del contenuto normativo".

Nel primo Capo, riguardo alle regole di espressione verbale e sintattica, la Circolare, su un piano generale, entra nel merito della struttura sintattica normativa, raccomandando l'utilizzo di un periodare snello e asciutto; su un piano più specifico, scoraggia l'utilizzo di termini nella loro accezione laica ed esprime una chiara preferenza per termini ed espressioni tecniche[188], così come definite dalla fonte legislativa, ma anche giurisprudenziale e dottrinale. Da ciò non è comunque evincibile una generale subordinazione dell'attività interpretativa alla dogmatica dei

[187] PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 233.
[188] In argomento TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 108 ss.

giuristi né un'opzione di formalizzazione totale del linguaggio giuridico[189], che viene anzi chiaramente criticata nel prosieguo della Circolare.

Inoltre, la Circolare raccomanda l'uso appropriato delle rubriche normative, nate con l'obiettivo di accompagnare l'interprete in un primo generale inquadramento della fattispecie[190].

La Circolare, infine, collegandosi all'esigenza di facile reperibilità del dato normativo e quindi di conoscibilità del precetto, esprime particolare avversità, oltre che per le norme c.d. intruse[191], per la tecnica, purtroppo anche oggi molto diffusa, delle c.d. clausole sanzionatorie[192].

Sotto il profilo dei criteri sull'individuazione del contenuto normativo, cui è dedicato il capo II, le indicazioni della Circolare appaiono particolarmente interessanti per le connessioni che manifestano con la presente trattazione.

Innanzitutto, è deciso il rifiuto di espressioni caratterizzate da eccessiva onnicomprensività della realtà rappresentata[193] o da un'insufficiente capacità di rappresentare la realtà stessa.

---

[189] PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 234. *Contra*, GUASTINI R., *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985, p. 231.
[190] In argomento SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, cit., p. 1346 ss.
[191] L'espressione si riferisce all'abitudine di inserire fattispecie incriminatrici di nuovo conio in nuovi progetti di legge che investono materie del tutto eterogenee.
[192] PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del convegno Arel, del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, p. 34.
[193] RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente,* cit., p. 239.

Sotto il primo profilo, ci si riferisce ad espressioni che designano realtà tra loro fortemente eterogenee quanto a disvalore, e che non consentono di guidare l'interprete nella delimitazione del penalmente lecito; quindi, non conformi al principio di tipicità.

Sotto il secondo profilo, ci si riferisce ad espressioni volte a designare realtà difficilmente concettualizzabili, o mutuate da aree conoscitive in cui ricorrono concetti valutativi che rendono eccessivamente ampio il margine di discrezionalità dell'interprete; quindi, non conformi ai principi di precisione e determinatezza.

Per circoscrivere meglio l'ambito applicativo delle fattispecie, l'Esecutivo suggerisce l'utilizzo, seppur cauto, delle norme definitorie affinché si evitino almeno contrasti giurisprudenziali eccessivamente aspri.

A tale proposito, sembra acquisita la consapevolezza che le definizioni non siano di per sé fattori di incertezza, ma che tutto dipenda dalla loro formulazione[194].

Con riferimento specifico alle tecniche redazionali, si afferma che la tecnica casistica improntata su elenchi tassativi non è in sé vietata ma dovrà essere utilizzata con scrupolo, al fine di evitare esclusioni conclamate che diano vista a pericolose lacune normative. Allo stesso modo, l'elenco esemplificativo non è bandito in maniera decisa purché sia però esplicativo di un contenuto normativo già esistente ed espresso nella disposizione. Dovrà quindi delinearsi tenendo presente un forte elemento unificante tra i vari esempi forniti dal legislatore, in modo da rispettare il principio di

[194] In questi termini PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 243.

tassatività sia nel momento della redazione che nel momento dell'applicazione della norma.

Infine, la Circolare avversa con particolare veemenza le tecniche di rinvio, che vanno già in sé evitate in quanto sottopongono la norma incriminatrice ad un continuo rischio di modifica, in quanto essa risulta soggetta ad un adeguamento automatico a seguito dell'abrogazione o modificazione della norma rinviata. In particolare, vanno evitati il rinvio generico; il rinvio in blocco e il rinvio a catena.

Inoltre, l'Esecutivo raccomanda di distinguere attentamente il rinvio *quoad poenam,* del quale si può agevolmente fare a meno, dal rinvio *quoad factum*, che più spesso si impone al legislatore, ma che in ogni caso va scongiurato.

Come rilevato già al tempo dell'approvazione della presente Circolare, la "veste esteriore" della legge può sembrare un aspetto secondario rispetto ad altri di cui si occupa la scienza della legislazione, ma è nel momento della formulazione e della recezione da parte dei destinatari che si pongono le basi per un corretto rapporto tra questi ultimi e la legge: "la fiducia e la convinzione nella capacità ordinante della legge è direttamente proporzionale innanzitutto alla chiarezza e all'efficacia con la quale si esprimono i testi normativi"[195].

Inoltre, le modalità tecniche di redazione della legge condizionano fortemente la trasformazione della "parola legislativa" nel c.d. "diritto vivente", con l'ulteriore conseguenza che la stessa attuazione ed

[195] PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 231. V. anche PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, p. 25.

applicabilità della legge viene a dipendere – fra l'altro – dalla correttezza della formulazione.

Infine, le modalità di formulazione della legge finiscono per contribuire a dare concreta forma ai rapporti istituzionali tra potere legislativo e potere giudiziario[196], dato che le radici di quest'ultimo "potere" affondano nel terreno dell'interpretazione, a sua volta conformato dalla veste esteriore assunta dalla legge[197].

L'analisi compiuta dimostra che nelle direttive della Circolare emanata dal Governo ormai quasi quarant'anni fa emergeva lo stretto collegamento tra i principi di precisione, determinatezza e tassatività e il principio di tipicità, cui si faceva riferimento nella precedente trattazione, che insieme costituiscono i "fari" guida essenziali per una buona tecnica legislativa nella forma e nel contenuto.

A conferma di ciò, nel fornire i suggerimenti per una formulazione "sufficientemente determinata" delle fattispecie penali, la Circolare sembra aver presente una duplice distinzione.

Da un lato, si distingue a seconda che il difetto, il "vizio di determinatezza" risieda in espressioni linguistiche e quindi dipenda

---

[196] Sui rapporti tra formulazione e interpretazione della legge v. PIZZORUSSO A., *Il "Renton Report" e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.,* 1984, p. 760 ss.; CAPURSO M., *L'interpretazione dei giudici: una spia della validità delle tecniche di progettazione legislativa,* in *Studi parlam. e politica cost.*, 4/1977, p. 23.

[197] Più in generale, sulle conseguenze indotte sul piano istituzionale dalla cattiva tecnica legislativa, v. AMENDOLA G., *La legalità istituzionale,* in *Dem. Dir.,* 3/1983, p. 19 ss.; ABAGNALE G., *Tecniche legislative prime riflessioni su alcune esperienze straniere*, in *Le Regioni,* 2-3/1985, p. 241 ss.; CERVATI A. A., *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca,* in *Foro it.*, 5/1985, c. 281.

dall'inadeguatezza semantica delle parole usate, ovvero si annidi nelle tecniche di formulazione legislativa e quindi dipenda essenzialmente da un cattivo uso di determinati e caratteristici strumenti di redazione della fattispecie[198].

Dall'altro lato, si introduce la distinzione a seconda che il "difetto di determinatezza" consista in un'incapacità dell'enunciato normativo di connotare con "sufficiente precisione" la realtà significata[199], ovvero consista in una insopportabile sfasatura tra la realtà significata e i contenuti valutativi sottesi alla fattispecie[200].

Questa ultima ipotesi implica non tanto una formulazione concettuale "indeterminata" della fattispecie, quanto un'inosservanza del principio di tipicità, poiché non sono in grado di fare emergere un compiuto modello di fatto dotato di un unitario ed omogeneo disvalore.

---

[198] PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 240 s.

[199] Quando si parla di sufficiente precisione, si fa riferimento al noto fenomeno per cui il significato concettuale delle parole si distribuisce tra un nucleo centrale di assoluta certezza e un nucleo marginale, ineliminabile "zona grigia". Sul punto v. ENGISH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 171; GUASTINI R., *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in Castignone S. – Guastini R. – Tarello G., *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1978, p. 42

[200] Si tratta di quegli elementi che risentono della difficoltà di concettualizzare realtà ed esperienze che si sottraggono ad un uso linguistico consolidato ed uniforme. Possono essere elementi che indicano fenomeni psicologici, economici o sociali (ad esempio il delitto di plagio ex art. 603 c.p., su cui v. GRASSO P.G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur, cost.,* 1981, I, p. 806); ma anche degli elementi valutativi, quando i parametri di giudizio cui rinviano non sono sufficientemente consolidati nella società (ad esempio il concetto di osceno, su cui v. FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, P. 51).

La “indeterminatezza”, in questa ipotesi, non si produce sul piano della formulazione astrattamente concettuale della fattispecie, quanto su quello della sua interpretazione e applicazione al caso concreto, posto che il tipo criminoso non riesce ad emergere con chiarezza dalla legge ma da essa è solamente suggerito.

Ciononostante, già da tempo si prende atto, anche a fronte della complessità delle materie da disciplinare, della mancanza di un’attività concettuale di elaborazione dei tipi criminosi nel processo di formazione della volontà legislativa.

Il recupero del “criterio tipologico” non è un’impresa facile, in quanto si tratta di un canone inespresso, un modo di pensare la realtà congeniale al penalista, ma estraneo alle preoccupazioni del legislatore.

A tal riguardo, già in tempi risalenti autorevole dottrina rilevava come l’istituzione di un passaggio obbligato delle norme da organi più sensibili alle esigenze proprie della legge penale fin dalla sua fase di formazione avrebbe potuto favorirlo[201].

Sembra opportuno, in quest’ottica, segnalare che nel 1997 la Camera dei deputati ha istituito il “comitato per la legislazione”, chiamato ad esprimere pareri su leggi e atti aventi forza di legge. In particolare, il Comitato è chiamato a valutare l’efficacia del testo per la semplificazione e il riordino

[201] Ancora meglio se poi fosse garantita la presenza di un penalista fin dal momento di elaborazione progettuale della disciplina, al solo scopo di agevolare l’individuazione tipologica della fattispecie. In questi termini, PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 241 s.

della legislazione vigente, la chiarezza delle formule utilizzate, l'omogeneità e i limiti di contenuto (quest'ultima voce solo per i decreti-legge).

Il medesimo organo è stato istituito di recente, nel 2022, anche in Senato. La sua introduzione è da salutare con favore, considerando che: "Il controllo sulla lingua dei testi di legge si lega intimamente al controllo dei concetti e delle categorie giuridiche: la scelta linguistica del legislatore coincide immancabilmente con una scelta di impianto logico e valoriale"[202], funzionale al rispetto dei principi costituzionali fondamentali in materia penale, come dimostrato nella presente trattazione.

8. La crisi della legalità come crisi della fattispecie

Dopo aver analizzato le diverse tecniche di costruzione delle nuove fattispecie penali è necessario tenere conto della realtà applicativa, caratterizzata dal problema della c.d. "crisi della legalità"[203].

Da tempo si parla di come diversi fattori endogeni ed esogeni concorrano a determinare la messa in discussione della concezione del principio di legalità inteso come riserva di legge di tradizione illuministica, nonché dei suoi corollari[204].

Si è verificata, infatti, una "trasfigurazione" della legalità penale, da granitica a liquida[205], inserita in un più ampio sistema "reticolare" delle fonti, in cui si è riscontrata una crescente ascesa del potere giudiziario e

---

[202] ZACCARIA R. (a cura di), *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, Camera dei Deputati, Roma, 2012, pp. 9-19

[203] EUSEBI L., *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 4/2016, p. 1668 ss.

[204] AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*?, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 3/2018, p. 1406 ss.

[205] PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, cit., p. 1099 ss.

della "creazione" giurisprudenziale del diritto, oltre i confini dell'interpretazione estensiva.

Tra le cause endogene che contribuiscono a determinare la situazione attuale vi è la scarsa qualità della legislazione, spesso caratterizzata da norme eccessivamente generiche, incapaci di descrivere in modo completo la fattispecie astratta, che consentono di attribuire al giudice un ruolo di assoluta preminenza nella definizione dell'ambito di operatività della norma penale e di delimitazione del tipo criminoso. Addirittura, qualcuno ipotizza che gli si conferisca un vero e proprio potere di 'risemantizzazione' dei termini scolpiti dalla legge[206].

A fronte di tale situazione, il dibattito tra i penalisti si è polarizzato su due posizioni opposte, che possono essere così riassunte.

La prima è costituita dalla riaffermazione inflessibile del modello originario di derivazione tardo settecentesca del giudice mera 'bocca della legge' e del ruolo determinante ed insostituibile della legalità formale nella regolazione, in termini di libertà e di autorità, del rapporto tra cittadino e Stato[207]. Avverso tale tesi sono stati mossi alcuni penetranti rilievi critici,

---

[206] VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2013, p. 378 ss.; MANNOZZI G., *Le parole del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, p. 1462 ss.

[207] Per una visione classica della legalità che concepisce il giudice in una posizione di subalternità rispetto alla legge cfr. tra gli altri MOCCIA S., *La promessa non mantenuta*, Napoli, 2001; FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Bari, 1989; GROSSO C.F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazione in margine alla asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale*), in *Criminalia 2011*, p. 125 ss.; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale,* cit., p. 150 ss.; RAMPIONI R., *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e cd. Giurisprudenza "creativa*", Milano, 2007, p. 66 ss.. Che non si tratti di una posizione del tutto negletta e tralatizia come si vuol far credere è dimostrato dal fatto che appena nel 1997, durante i lavori della Commissione bicamerale per la riforma della nostra Carta fondamentale poi

osservando come una visione realistica delle cose non può indurre il penalista a non prendere atto della nuova situazione che lo circonda suo malgrado, pena il rifugio sull'Aventino dell'illuminismo giuridico[208].

La seconda è caratterizzata dal c.d. "risveglio della coscienza ermeneutica"[209], che ha dato luogo, da parte di alcuni, a un'entusiasta apertura al diritto giurisprudenziale[210]. Il giudice, secondo tale prospettiva, co-gestisce la tipicità con il formante legislativo, contribuendo a concretizzare l'area di operatività delle fattispecie incriminatrici, facendo

---

naufragata, si immaginava di introdurre il divieto di interpretazione estensiva in materia penale addirittura nella Costituzione, come rileva AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.,* 2014, p. 403.

[208] In tal senso si veda PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di Insolera G., Milano, 2005, p. 90 ss.; v. anche MAZZACUVA N.*, A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione dei principi fondamentali,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* cit. p-437 ss.; RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, *ivi*, p. 694 ss.

[209] Per una serrata critica nei confronti di orientamenti interpretativi 'classici' e per una apertura nei confronti di orientamenti più moderni di questo tipo si veda il lavoro di VOGLIOTTI M.*, Dove passa il confine?,* cit., il quale rigetta l'idea del significato come oggetto 'preesistente' all'interprete che deve solo essere scoperto da questi e del procedimento interpretativo come mera opera di sussunzione, ed accoglie quella ben diversa del significato come progetto che, per realizzarsi, richiede necessariamente la partecipazione attiva e creativa dell'interprete.

[210] Sul punto si vedano anche DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit.; PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 19 ss.. Tale indirizzo reinterpreta il momento giurisprudenziale, anche - e perfino - in chiave di superamento del divieto di analogia, elevando la giurisprudenza quasi a ruolo di fonte del diritto che completa il dato normativo, con margini di autonomia che appaiono, a mio modesto avviso, intollerabili. Ad avviso di questa parte della dottrina l'interpretazione non è qualcosa di differente dal procedimento analogico, bensì ne rappresenta una specie; essa ha una natura necessariamente analogica e creativa. Sul punto, si rinvia a AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, cit., p. 403.

loro perdere le sembianze solide e nitide del vecchio *Tatbestand*, ed assumere invece quelle liquide e sfuggenti del "tipo criminoso" individuato *ex post* dal giudice[211].

A partire da tale considerazione, parte della dottrina, nello sforzo di valorizzare il mutato ruolo del formante giurisprudenziale, ha proposto di istituzionalizzare il ruolo creativo del giudice attraverso forme di stabilizzazione del precedente, spingendo quindi il nostro sistema penalistico verso una sempre maggiore «*common law-isation*»[212], purché si garantisca il rispetto del principio di legalità «effettuale»[213] di cui all'art. 7 CEDU, intesa come prevedibilità dell'esito giudiziale[214].

---

[211] Precisa VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine?,* cit., p. 65, che "nella ricostruzione del 'tipo criminoso' il testo è l'imprescindibile punto di partenza. Esso è ciò che abbozza l'itinerario ermeneutico, escludendo determinati percorsi e indicandone altri come praticabili". È evidente che in tal modo si finisce per stravolgere il principio di precisione, che da principio statico rivolto al legislatore, nel momento in cui redige le norme allo scopo di vincolare il giudice per evitarne possibili arbitri, diventerebbe un principio dinamico, per la cui concretizzazione e attuazione si richiederebbe l'intermediazione del giudice con la sua opera di ricostruzione della norma tramite la spirale ermeneutica. Diversamente, secondo Palazzo, si deve privilegiare una concezione dell'attività interpretativa del giudice non come mera attività di scoperta del significato preesistente all'enunciato normativo, quanto piuttosto come opera progettuale di creazione di significato alla luce degli scopi di tutela perseguiti dal tipo criminoso legalizzato. PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale',* in *Quaderni fiorentini,* XXXVI, 2007, p. 1281 ss., spec. p. 1328.

[212] MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3/2017, p. 955B; DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, p. 14.

[213] L'espressione è di DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia 2014*, p. 91 ss.

[214] Cfr. La Corte di Strasburgo, in base all'art. 7 CEDU, richiede che "la legge [definisca] chiaramente i reati e le pene che li reprimono", ritenendo soddisfatta l'idea di legalità anche solo laddove le decisioni giudiziarie sfavorevoli all'imputato siano da lui prevedibili: a condizione, cioè, che "la persona sottoposta a giudizio [possa] sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se

Il problema, tuttavia, a parere di chi scrive, non può dirsi superato spostando semplicemente l'attenzione sulla mera prevedibilità delle sentenze e sulla garanzia dell'irretroattività delle scelte giudiziarie quando le medesime, secondo il fluttuare del diritto vivente, propongano conclusioni nuove rispetto al passato[215].

È ovvio che il legislatore non potrà prefigurarsi l'intera casistica applicativa futura del dettato normativo nella prassi e neppure ogni fatto nuovo relativo ai quadri situazionali cui intenda riferirsi.

Ma è necessario avere chiara una distinzione. Un conto è ricondurre fatti concreti, anche nuovi, nel tipo legale, attraverso l'interpretazione estensiva, avendo ben chiaro quale sia il tipo criminoso individuato *ex ante* dal legislatore, un conto è modellare *ex post* il tipo criminoso, rimodulando gli scopi attribuiti dalla legge in base alle esigenze processuali – *id est* prove disponibili nel processo –, fino a coinvolgere gli stessi beni tutelati[216].

Riconoscere che vi sia un ineliminabile spazio di discrezionalità nella prassi, non deve necessariamente comportare l'accettazione di un ruolo determinante del giudice nell'individuazione del disvalore tipico, ossia che

---

necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pene è passibile per tali reati"Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 ottobre 2013, ric. 4250/09, *Del Rio Prada c. Spagna,* par. 77-79. Sul medesimo tema la Corte Europea è tornata in Contrada c. Italia (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13) ove oggetto del ricorso era il lamentato contrasto della Sentenza di condanna nei confronti di Bruno Contrada per fatti di concorso esterno in associazione di tipo mafioso con l'art. 7 CEDU.

[215] Sul punto v. EUSEBI L., *L'insostenibile leggerezza del testo,* p. 1668 ss.

[216] Cfr. in proposito PADOVANI T.- STORTONI L.*, Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, p. 102 ss. anche con riguardo ai «criteri traibili dalla c.d. interpretazione teleologica».

la costruzione della fattispecie astratta sia destinata a completarsi nel processo attraverso l'"autoritarismo ben intenzionato" [217] dei giudici.

In questa prospettiva, alcuni studiosi continuano a interrogarsi circa l'esigenza di modalità nuove, nella società complessa, della comunicazione fra ordinamento penale e consociati, ove s'intenda garantire anche per il futuro, e anzi consolidare, il rispetto del principio di legalità costituzionale (e, dunque, prevenire l'esito per cui i confini dell'illecito siano fissati, di fatto, solo *ex post*, nell'ambito del processo). In particolare, nella prospettiva di una maggiore fedeltà alla legalità intesa come riserva di legge, di particolare interesse risultano le proposte volte ad acquisire nuovi metodi di analisi della tipicità, auspicando una visione "integrata" dei profili sostanziali e processuali del sistema punitivo[218].

Coerentemente con le conclusioni svolte relativamente alla "prospettiva filosofica" al problema, è doveroso insistere sull'implementazione di tecniche legislative coerenti con le esigenze dei tempi, tenendo conto di quali siano a monte i problemi del legislatore nella descrizione delle fattispecie.

---

[217] L'icastica espressione è di PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93.

[218] GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in De Francesco G. - Marzaduri E., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino 2016, p. 86 ss.; ID, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, p. 103 ss.; De FRANCESCO, G., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, in De Vita A. - Palazzo F. (a cura di), *Giornate di studio in onore di Jean Carbonnier e Winfried Hassemer*, Torino, 2004, 137 ss.

9. Crisi della fattispecie e fenomeni complessi. Il problema dei "concetti disposizionali" e il valore tipizzante del contesto

Se è vero che è stata riscontrata una pessima qualità della legislazione in relazione alle fattispecie tradizionali, che ha lasciato ampi margini di intervento al giudice nel caso concreto, il ragionamento vale a maggior ragione per le nuove realtà che necessitano di tutela, caratterizzate da «un processo di forse irreversibile smaterializzazione-decontestualizzazione» che rende ancora più difficile il compito del legislatore[219].

La situazione ivi descritta può essere riassunta con l'espressione crisi della fattispecie, con cui si fa riferimento alla difficoltà di descrivere i fatti penalmente rilevanti. In tale contesto, caratterizzato dalla complessità della materia da disciplinare, è ben difficile che il legislatore "pensi per tipi"[220].

Appare sempre più difficile, infatti, fare emergere *ex ante* il contenuto di un divieto attraverso rappresentazioni plastiche di un fatto materiale che gli corrispondano in modo univoco, così che ne risultino tracciati (quasi) visivamente i confini tra lecito e illecito.

È stato rilevato, infatti, come la tradizionale tecnica di tipizzazione statica e astratta della fattispecie di derivazione germanica, che ha sempre orientato il giurista di *civil law* e che pone i presupposti per la distinzione

[219] PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019, spec. p. 21 ss.; ma anche ID., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in Cocco G. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale,* Padova, 2016, pp. 149 ss.

[220] Su questa esigenza PALAZZO F., voce *Legge penale*, cit.

tra creazione e interpretazione del diritto, incontri dei limiti quando si confronta con fenomeni complessi[221].

Molto, in effetti, di quanto s'intende impedire è dato, ormai, da accadimenti che sfuggono a una predeterminazione di tipo «iconografico»[222], ma assumono i contorni di un obiettivo economico, dell'alterazione di equilibri legalmente salvaguardati, di offese riscontrabili solo attraverso analisi complesse, in cui il confine tra lecito e illecito dipende spesso dal contesto in cui viene posto in essere il fatto concreto.

Il che si riflette sulla stessa individuazione delle condotte riconducibili alla fattispecie legale tipica. In assenza di una buona tipizzazione in astratto, i confini dell'illecito penalmente significativo vengono tracciati attraverso il rimando generico all'offesa di un dato bene, la quale finisce per essere ricostruita nelle sue modalità significative soltanto a posteriori, in sede giudiziaria: con una negazione, fra l'altro, anche del principio di frammentarietà[223].

In relazione a tali fenomeni, il contesto assume un ruolo determinante non solo sotto il profilo identificativo, ossia al fine di ricondurre la fattispecie concreta alla fattispecie astratta, ma anche sotto il profilo valoriale, in quanto consente di far emergere il disvalore complessivo del fatto.

---

[221] Per la ricerca di un punto di equilibrio tra la crescente espansione dell'ermeneutica e l'esigenza di salvaguardare la fisionomia costituzionale del diritto penale PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, cit., p. 1099 ss.

[222] PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019, spec. p. 21 ss.

[223] v. VOLK K., che rileva come la costruzione del tipo nei reati economici si basi sulle geometrie variabili del compendio probatorio. *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998.

Si tratta, appunto, come vedremo meglio in seguito, del disvalore "di contesto"[224], che assume rilevanza laddove la struttura del fatto non sia sufficiente ad esprimere il tipo criminoso. Il contesto assume così il ruolo "ordinatorio" che dovrebbe invece svolgere la fattispecie astratta.

Ciò posto, per comprendere la "causa prima" degli esiti distorsivi cui si incorre, occorre interrogarsi sulla tipologia di fenomeno che il legislatore dovrebbe reprimere.

Infatti, nel descrivere *ex ante* tali ipotesi criminose complesse spesso occorre fare riferimento a concetti che non possono essere definiti "ontologicamente"[225] ma che sembrano piuttosto poter essere ricompresi nella categoria, nota all'epistemologia generale, dei c.d. "concetti disposizionali", descrivibili solo attraverso "indicatori esterni" tratti dal contesto[226].

---

[224] Secondo Paliero la norma penale è una norma di "valutazione", che qualifica in termini di disvalore ciò che incrimina. In particolare, il disvalore del fatto tipico di reato si può scomporre in tre "nuclei": il disvalore di condotta, il disvalore di evento, il disvalore di intenzione. V. PALIERO C.E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano: lezioni del Corso di Diritto penale progredito* (a cura di Perini C.- Consulich F.), Milano, 2006, in part. p. 53 ss. Tale classificazione attiene a quanto emerge dalla fattispecie astratta, diversamente il "disvalore di contesto" è il nucleo di disvalore che emerge solo *ex post* dal confronto con le circostanze concrete.

[225] Per un approfondimento sul tema nell'epistemologia generale SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959.; per riferimenti sul tema applicati all'ambito penale cfr. MYLONOPOULOS C., *Komparative un Dispositionsbegriffe im Stafecht*, Frankfurt 1998, p. 77 ss. HASSEMER W., *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 3/1991, p. 497 ss.; DE FRANCESCO G., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, cit., p. 138.

[226] Sul punto SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959.

In mancanza di una formalizzazione legislativa di tali indicatori[227], è il giudice ad elaborarli nel caso concreto per identificare il disvalore "di contesto" della fattispecie. Si registra, dunque, la tendenza del processo a espandersi e a fagocitare il diritto sostanziale.

Ecco, quindi, che si manifesta la c.d. processualizzazione del fatto tipico: la determinazione dei tratti di tipicità si sviluppa caso per caso in modo imprevedibile, sulla base delle prove disponibili nel processo[228].

Nel capitolo che segue si intende dare una dimostrazione di quanto teorizzato, prendendo *ad exemplum* tre ambiti dell'ordinamento penale di parte speciale accomunati da tale "manipolazione processuale" del fatto, che si verifica laddove il disvalore tipico non emerge *ex ante,* ma solo a seguito del confronto con il contesto, motivo per cui si parla di "disvalore di contesto".

[227] Per uno studio sulla formalizzazione legislativa degli indicatori nelle fattispecie penali v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., passim, e, più ampiamente, ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., passim.
[228] V. *infra* cap. II.

CAPITOLO II

Disvalore di contesto e costruzione giurisprudenziale del tipo criminoso: casi di studio

1. Premessa. "Fattispecie" e "tipo" in presenza di disvalore di contesto

Come anticipato nelle conclusioni del precedente capitolo, occorre prendere atto delle difficoltà che si incontrano nella descrizione in astratto del fatto tipico nel momento in cui ci si confronta con fenomeni complessi.

Molto, in effetti, di quanto s'intende impedire attraverso le fattispecie incriminatrici è dato, ormai, da accadimenti che sfuggono a una predeterminazione di tipo «iconografico»[229], ma assumono i contorni di un obiettivo economico, dell'alterazione di equilibri legalmente salvaguardati, di offese riscontrabili solo attraverso analisi complesse, in cui il confine tra lecito e illecito dipende spesso dal contesto in cui viene posto in essere il fatto concreto.

Il che si riflette sulla stessa individuazione delle condotte riconducibili alla fattispecie legale tipica. In assenza di una buona tipizzazione in astratto, i confini dell'illecito penalmente significativo vengono tracciati attraverso il rimando generico all'offesa di un dato bene, la quale finisce

[229] PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019, spec. p. 21 ss.; ma anche ID., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in Cocco G. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale,* Padova, 2016, pp. 149 ss.

per essere ricostruita nelle sue modalità significative soltanto *ex post*, in sede giudiziaria[230].

Nel presente capitolo si intende approcciare questa tematica a partire da "casi di studio" esemplificativi della suddetta tendenza, con l'obiettivo di dimostrare, mediante un metodo induttivo "dal concreto all'astratto", la sussistenza di un minimo comune denominatore, un problema comune a tutte le ipotesi esaminate, che andrebbe a determinare l'esito distorsivo suddetto.

Nei successivi paragrafi, dunque, si analizzeranno dei casi emblematici di "manipolazione processuale" del fatto, nelle ipotesi in cui il disvalore tipico, *i.e.* il tipo criminoso, non emerge *ex ante,* ma solo a seguito del confronto con il contesto, motivo per cui si parla di "disvalore di contesto".

In tutti i casi esaminati si riscontrerà il tentativo della giurisprudenza di ricostruire il tipo criminoso nel processo, mediante l'ausilio di indicatori, dando così luogo all'esito distorsivo della "processualizzazione" del fatto

[230] Sul tema cfr. ORLANDI R., *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, 534; FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2001, 361; MARZADURI E., *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in DANOVI F. (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Torino, 2015, p. 165; GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in DE FRANCESCO G. - MARZADURI E., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino 2016, p. 86 ss.; GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, p. 103 ss.; FIORE, S. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, p. 145 ss.; Di VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. Pen.*, n.1, 2017.

tipico. Ci si soffermerà su questo aspetto tenendo conto della dubbia compatibilità con i principi fondamentali in materia penale.

Ciò posto, con l'ausilio di nozioni "prese in prestito" dall'epistemologia generale, si tenterà di risalire alle questioni teoriche di fondo, alla ricerca della causa che determina la difficoltà di descrizione in astratto certi fenomeni complessi, che, come vedremo, per le loro comuni caratteristiche non si prestano ad essere inquadrati con le tecniche di incriminazione tradizionali.

2. La fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale ex art. 322 c.c.i. (art. 216 legge fall.)

Tutte le fattispecie di bancarotta presenti nel nostro ordinamento, racchiuse oggi nel codice della crisi di impresa[231] risentono, tradizionalmente, di una matrice tipicamente processuale[232] tuttora riscontrabile.

---

[231] Con il D. Lgs. n. 83/2022 è stata confermata la data del 15 luglio 2022 quale momento di definitiva entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (D. Lgs. n. 14/2019).

[232] Come già osservato da DELITALA G., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, ristampato in ID., *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, pp. 723 ss. v. anche NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955; PEDRAZZI C., Art. 216, in Galgano F. (a cura di), *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, p. 3; CAVALLINI S., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, 2019. Sul punto v. la ricostruzione di DI VETTA G., *La tipicità debole del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione. La dialettica tra statica del tipo criminoso e dinamica del processo*, Tesi di Laurea - Università di Pisa, 2015 (disponibile *on-line)*

La fisionomia normativa e strutturale dei reati fallimentari risente ancora, infatti, come efficacemente segnalato da più parti della dottrina[233], del metodo di formulazione delle fattispecie incriminatrici di tipo «casistico»[234].

Tra i reati fallimentari, la bancarotta fraudolenta[235] in particolare costituisce un esempio paradigmatico di tale tipizzazione incompleta e imperfetta, dal momento che la definizione del fatto penalmente rilevante è rimessa ad un'elencazione sovrabbondante di singole condotte senza che la norma fornisca alcun criterio tipologico per operare una differenziazione nel momento applicativo («distrazione», «occultamento», «dissimulazione», «distruzione», «dissipazione», «esposizione o riconoscimento di passività inesistenti»).

La condotta più frequente risulta essere, nella prassi, quella distrattiva, che mira alla "sottrazione di una cosa alla funzione di garanzia patrimoniale a favore dei creditori, con destinazione del bene ad uno scopo diverso"[236].

---

[233] Tra gli altri v. CONTI L., *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1965, pp. 23 ss. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari, vol. II, I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica,* Milano, 2008, p. 15 e p. 36; GRISPIGNI F., *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 135. Con riferimento al Codice di commercio del 1882 e nel contesto dell'elaborazione dei primi progetti di revisione legislativa, DELITALA G., *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 123, ora in ID., *Diritto penale*, 1976.

[234] In generale, sul fondamento processuale del *Tatbestand*, si consideri la ricostruzione di GARGANI A., *Dal Corpus delicti al Tatbestand.* cit., passim.

[235] Art. 216 l.f. e oggi art. 322 del codice della crisi d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14).

[236] Vedi MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, p. 179. Sul tema si veda ARTALE O. C., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, p. 1747; PISANI N., *Crisi d'impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, p. 44 e ss.

Si ritiene che abbia carattere residuale, essendo una condotta a forma libera, tanto commissiva quanto omissiva, configurabile nei casi di distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore fallito, sempre che non si realizzi la commissione di una delle altre condotte tipizzate dall'art. 322 c.c.i. (art. 216 legge fall.)[237].

Per realizzare la distrazione si potranno utilizzare tanto strumenti giuridici (si pensi alla creazione di un diritto reale di godimento) quanto operazioni materiali (come l'alienazione)[238].

L'indirizzo maggioritario in dottrina ed in giurisprudenza configura il delitto in esame quale reato di pericolo[239]: le condotte assumeranno così rilievo a prescindere dalla causazione di un danno concreto per la massa dei creditori[240].

Ciò posto, occorrerebbe stabilire una distinzione tra condotte fisiologiche dell'attività di impresa - ricomprese nel rischio imprenditoriale - e condotte che rientrano invece nella zona di rischio penale.

Tuttavia, le condotte tipiche inserite oggi nella fattispecie legale - soprattutto quella distrattiva - non hanno un contenuto selettivo immediato ed oggettivo e si caratterizzano per un'intrinseca componente valutativa,

---

[237] V. MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 180.
[238] Vedi PEDRAZZI C. – SGUBBI F., *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 56.
[239] V. MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia, Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in Galgano F., *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1995, p. 179.
[240] Sul tema si veda BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 52. Per l'Autore la bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare è da considerarsi un reato di pericolo concreto, nel quale la condotta deve essere idonea a mettere in pericolo la consistenza del patrimonio in relazione alle aspettative di soddisfacimento dei creditori, e questo pericolo deve permanere fino alla dichiarazione di fallimento.

traducendosi in proposizioni probatorie a carattere indiziante, fondate sull'operatività di implicite massime di esperienza[241].

Ciò comporta inevitabilmente che, al fine di circoscrivere l'area di rilevanza penale, la definizione degli elementi costitutivi della fattispecie sia rimessa al momento del giudizio, in cui la condotta tipica viene ricostruita in base alle prove disponibili nel processo: una «costruzione processuale» della fattispecie «sostanziale»[242].

In altri termini, il tipo criminoso è stato ricostruito attraverso il "disvalore di contesto", nel tentativo giurisprudenziale di circoscrivere la portata applicativa della fattispecie.

---

[241] L'attuale orientamento della giurisprudenza è una significativa conferma. In particolare, ai fini del positivo accertamento della responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta per distrazione è ritenuto sufficiente il mero rilievo dell'irreperibilità di elementi patrimoniali attivi nel complesso aziendale. Attraverso la mera enunciazione processuale del fatto storico, si ritiene soddisfatto l'onere probatorio che grava in capo alla pubblica accusa, con la conseguenza che l'imputato è ammesso a fornire la sola «prova contraria», avente ad oggetto le ragioni economico-gestionali «giustificative» dell'atto di disposizione patrimoniale posto in essere, in un momento peraltro cronologicamente anche molto anteriore all'intervenuto dissesto. *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 35882: «in tema di bancarotta per distrazione, il mancato rinvenimento all'atto della dichiarazione di fallimento di beni o valori societari costituisce valida presunzione della loro dolosa distrazione, a condizione che sia accertata la previa disponibilità, da parte dell'imputato, di detti beni o attività nella loro esatta dimensione e al di fuori di qualsivoglia presunzione». Da ultimo v, Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2020, n. 37525; Cass. pen., sez. V, 6 maggio 2016, n. 18980, per la giurisprudenza di merito, Tribunale, Ascoli Piceno, 12 marzo 2020, n. 156.

[242] In tal senso, PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 265, ora in ID., *Diritto penale, vol. III, Scritti di diritto penale dell'economia: problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 649, che ha modo di osservare come «la concezione sintomatica della bancarotta è stata ripudiata dalla dottrina: ma non è altrettanto certo che si possa considerare superata anche sul piano della legislazione».

Pertanto, in questo settore apparentemente periferico dell'ordinamento penale si assiste storicamente e con maggiore evidenza a quel complesso e variegato fenomeno che va sotto il nome di «processualizzazione» delle categorie sostanziali[243], che avremo modo di riscontrare anche nell'analisi delle altre fattispecie oggetto del presente capitolo.

Il tema è stato efficacemente perlustrato e formalizzato dalla dottrina attraverso il riferimento alla cosiddetta «tipicità processuale»[244], espressione con la quale si allude all'interscambio del piano sostanziale e del piano processuale che si realizza nella prassi giudiziaria e che investe diversi ambiti dell'ordinamento penale.

In tali contesti, le prove a disposizione nel processo tendono ad influenzare i tratti di tipicità della fattispecie in funzione della risoluzione di difficoltà probatorie, incertezze ermeneutiche o surrettizie esigenze di effettività repressiva[245].

---

[243] Per una definizione del fenomeno in esame, si consideri GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 844, secondo cui con il termine «processualizzazione» del diritto penale (sostanziale) «si è soliti indicare l'ingresso nell'area del diritto penale di elementi ad esso estranei, ossia di fattori che dovrebbero servire a dimostrare qualche cosa che rientra nell'ambito del diritto penale. I fattori processuali – prosegue l'Autore – attraverso la loro rilevanza sintomatica-probatoria, sostituiscono i corrispondenti elementi oggettivi, che in realtà non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, cosicché il profilo dell'accertamento si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto o della categoria penalistica, secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale».

[244] Si veda per tale rilievo IACOVIELLO F., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, pp. 158 ss.

[245] Sull'interscambio tra i due piani, autorevolmente VOLK K., *Diritto penale ed economia*, in ID., *Sistema penale e criminalità economica,* Napoli, 1998, pp. 203 ss..

Si tratta, invero, di una descrizione approssimativa di un fenomeno complesso, suscettibile di presentarsi in una pluralità di variabili in rapporto alla fattispecie di parte speciale rispetto alla quale si manifesta[246].

Ma, per quel che rileva in tale sede, nell'ambito delle norme penali che gravitano intorno alla crisi d'impresa esso ha, come si è detto, delle radici storiche, e si verifica in modo evidente in considerazione del ruolo cruciale che assume il processo penale in tale contesto[247].

2.1. La costruzione processuale del tipo criminoso nella bancarotta per distrazione

Come anticipato, le incertezze in punto di tipicità sostanziale che caratterizzano il delitto di bancarotta fraudolenta si ripercuotono in sede di applicazione giurisprudenziale, dove si assiste ad una sorta di costante adattamento degli elementi costitutivi del fatto alle necessità della prova.

In primo luogo, si rivela di particolare rilievo - per il suo carattere paradigmatico - la declinazione in chiave processuale della categoria sostanziale del bene giuridico tutelato dalla norma, che, come noto, secondo

[246] Cfr. sul punto GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, pp. 397 ss.; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, 2007, passim e, in part., p. 103 ss.

[247] Cfr. PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.,* 1999, p. 539, là dove osserva: «quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono», ma anche GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio*", cit., p. 846; ss.

l'interpretazione prevalente consiste nella tutela delle ragioni del ceto creditorio nel contesto del procedimento concorsuale.

Ciò premesso, si registra nella prassi la tendenza della giurisprudenza a fare un utilizzo meramente strumentale della categoria dell'offensività, anteponendo all'accertamento della condotta e delle modalità tipiche descritte nella fattispecie astratta un'acritica affermazione di lesività del fatto per come esso si è svolto ed è stato accertato sul piano storico-effettuale[248].

Il bene giuridico viene dunque così svuotato dalla sua intrinseca funzione selettiva, che è legata alla necessaria considerazione dell'elemento oggettivo del reato.

Peraltro, anche qualora si accerti l'effettivo spessore lesivo della condotta di bancarotta fraudolenta patrimoniale, rimane il problema della modalità con la quale il giudice seleziona le condotte concretamente offensive del bene giuridico.

---

[248] Nel senso dell'irrilevanza di qualsiasi nesso di contestualità temporale con la dichiarazione di fallimento *ex multis*, Cass. pen., sez. V, 15 luglio 2008, n. 39546, in Guida al diritto, 2008, p. 101, secondo cui «i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Infatti, tutte le ipotesi alternative di distrazione previste dalla norma si realizzano mediante condotte che determinano una diminuzione del patrimonio pregiudizievole per i creditori: per nessuna di queste ipotesi la legge richiede un nesso causale o psichico tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, sicché né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, probabile o possibile, dell'atto dispositivo, né la percezione della sua preesistenza nel momento del compimento dell'atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta […]». In senso conforme, più di recente, Cass., sez. V, 19 febbraio 2015, 33527; Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548.

Infatti, in assenza di un nesso di causalità naturalistico, accade che venga preso come riferimento il rilievo "quantitativo" e soprattutto "qualitativo" dell'atto di disposizione patrimoniale in sé per sé considerato.

In particolare, nei recenti indirizzi giurisprudenziali in tema di bancarotta fraudolenta è dato osservare la tendenza ad accertare la componente offensiva della condotta di «distrazione» sulla base del mero riscontro della contrarietà dell'atto di disposizione patrimoniale posto in essere dall'imprenditore a criteri di giudizio formalistici arbitrariamente selezionati dal giudice, cui si ritiene debba conformarsi il normale ed ordinato esercizio dell'attività imprenditoriale, in forma individuale e societaria (artt. 216 e 223, 1° co., l. fall.)[249].

Tuttavia, a ben vedere, l'estraneità della condotta «economica» dell'imprenditore e/o del soggetto apicale agli interessi

[249] *Ex multis,*cfr. Cass., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774*,* secondo cui «la condotta sanzionata dalla L. Fall., art. 216 - e, per le società, dall'art. 223, comma 1 - non sia quella di avere cagionato lo stato di insolvenza o di avere provocato il fallimento, bensì - assai prima – quella di depauperamento dell'impresa, consistente nell'averne destinato le risorse ad impieghi estranei all'attività dell'impresa medesima. La rappresentazione e la volontà dell'agente debbono perciò inerire alla *deminutio patrimonii* (semmai, occorre la consapevolezza che quell'impoverimento dipenda da iniziative non giustificabili con il fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale): tanto basta per giungere all'affermazione del rilievo penale della condotta, per sanzionare la quale è sì necessario il successivo fallimento, ma non già che questo sia oggetto di rappresentazione e volontà - sia pure in termini di semplice accettazione del rischio di una sua verificazione - da parte dell'autore»; Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548; Cass., sez. V, 12 dicembre 2014, n. 20532; Cass., sez. V, 3 ottobre 2003, n. 37565, ove si legge: «in tema di bancarotta fraudolenta, gli atti di disposizione che determinano un vincolo per il patrimonio dell'impresa fallita, creando obbligazioni pertinenti alla destinazione di un bene (nella specie, la stipulazione di un contratto preliminare di vendita immobiliare), possono configurare un'ipotesi di distrazione solo quando detto vincolo sia privo di inerenza alle finalità dell'impresa […]». V. inoltre, Trib. Monza, 11 luglio 2001, in *Foro Ambrosiano,* 2002, pp. 110 ss.

imprenditoriali/societari, non può di per sé avere efficacia inferenziale sull'effettivo depauperamento della garanzia patrimoniale. L'estraneità di una certa operazione economica agli interessi imprenditoriali o societari non pare sufficiente per inferire da ciò un pericolo concreto di pregiudizio patrimoniale (o l'effettiva verificazione del medesimo)[250]: l'attribuzione a tale parametro di un valore probatorio concludente appare come l'esito dell'applicazione di un ragionamento presuntivo[251].

Un risvolto di queste «metamorfosi» processuali dell'offesa tipizzata si può apprezzare anche in ordine all'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo generico, dal momento che si riscontra la prassi di sostituire, all'occorrenza, alla necessaria prova della volontà e rappresentazione degli elementi costitutivi del fatto tipico, la consapevolezza da parte del soggetto attivo che l'atto dispositivo non appaia giustificabile rispetto al fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale[252].

---

[250] Per tale rilievo, SELVAGGI N., *Estraneità dell'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione,* in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali,* Torino, 2010, pp. 97 ss.

[251] Sembra potersi cogliere in tali argomenti la riemersione dello scopo tutela dell'ordinato svolgimento del commercio, che dovrebbe oggi considerarsi superato nella misura in cui, ai fini dell'integrazione del fatto tipico *ex* art. 216, 1° co., n. 1, l. fall. è necessario accertare un pericolo concreto per le ragioni dei creditori. Sul punto, MANNA A., *Il bene giuridico protetto*, in Ghia L. – Piccininni C. – Severini F. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali, vol. VI, I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali,* Torino, 2012, pp. 11 ss. e p. 54, il quale osserva che «laddove la prospettiva di tutela venga assunta in questa chiave funzionale», cioè in senso latamente pubblicistico («ordinato svolgimento del commercio»), «[…] i reati di bancarotta inevitabilmente rischiano di assumere la dimensione di reati di infedeltà, nel senso, cioè che costituirà inevitabilmente reato il comportamento "infedele", rispetto alla funzione relativa all'ordinato esercizio del commercio». Più in generale, sul tema FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, passim.

[252] Così, *ex multis,* recentemente, Cass. pen., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774, cit. Si tratta, invero, del ricorso al modello di semplificazione probatoria del *dolus in*

Come è stato fatto notare in dottrina, il rischio che si cela dietro tale tendenza giurisprudenziale[253] è quello di rendere il delitto in esame suscettibile di tradursi in uno «strumento di controllo dirigistico sul governo dell'impresa, tale da legittimare un vero e proprio sindacato giurisdizionale sul merito delle scelte imprenditoriali, racchiuse in comportamenti, *ex post* rivelatesi privi di successo»[254].

Per quanto più rileva ai fini del presente contributo, tali tendenze esemplificano quanto si volgeva a dimostrare, ossia che il profilo lesivo del fatto tipico di bancarotta fraudolenta per distrazione viene "ricostruito" in base al compendio probatorio che emerge nel corso del processo[255].

---

re ipsa, secondo cui la sussistenza del coefficiente psichico reale (dolo generico) può essere desunta, in via presuntiva, dal fatto stesso che il soggetto ha realizzato una condotta penalmente rilevante (es. destinazione di beni sociali a finalità estranee all'oggetto sociale). In tal senso: Cass. pen., sez. V, 9 marzo 1999, n. 4424, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, pp. 1204 ss., di cui si consideri la massima: «In tema di bancarotta per distrazione, per verificare la sussistenza del dolo appare sufficiente accertare che l'atto dispositivo che ha comportato diminuzione patrimoniale sia privo di sinallagma rispondente al fine istituzionale dell'impresa e, poiché per la realizzazione del reato è richiesto il dolo generico (ravvisabile, a volte, "*in re ipsa*"), la divergenza obiettiva dell'atto di disposizione da tale fine (che è l'unico cui devono ispirarsi gli atti di gestione), dà sufficientemente conto della direzione del volere dell'agente, essendo del tutto irrilevanti i motivi che hanno determinato il comportamento del soggetto». Più di recente, in senso apertamente conforme, Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 2015, n. 29099, in *Dejure online*; Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077, in C.E.D. Cass., 2015; Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2014, n.21846 in *Dejure online*.

[253] Dalla ricognizione dei limiti del sindacato penale sull'attività d'impresa si muove la preziosa riflessione di STELLA F., *Fatti di bancarotta e intervento del magistero punitivo,* in AA. VV., *La crisi dell'impresa e l'intervento del giudice,* Milano, 1978, pp. 121 ss.

[254] Così PISANI N., *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale,* in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali,* Torino, 2010, pp. 9-10.

[255]In altri termini, ricorso ai criteri di valutazione del singolo atto di gestione elaborati in via giudiziale si traduce, sul piano processuale, in una progressiva formalizzazione del contenuto sostanziale dell'illecito penale, consentendo al

Si assiste, pertanto, ad una «manipolazione» giurisprudenziale del «tipo criminoso» che desta fondate perplessità in ordine all'osservanza del principio di legalità (art. 25, 2° co., Cost. ma anche art. 7 CEDU), e dei suoi corollari.

2.2. La Cassazione Sgaramella: tipo criminoso e disvalore di contesto mediante gli "indici di fraudolenza"

Per ovviare alle aporie che connotano la fattispecie astratta, da cui discendono le distorsioni pocanzi osservate, pare interessante il tentativo della giurisprudenza di "tipizzazione in via pretoria" del delitto di bancarotta fraudolenta.

Si tratta della pronuncia Sgaramella[256], nella quale la Suprema Corte ha individuato degli "indici" di fraudolenza, che consistono in un novero di circostanze basate su massime di esperienza e catalogate perché dotate di un rilievo probatorio qualificato, che dovrebbero consentire di circoscrivere

giudice (e, prima ancora, alla pubblica accusa) di eludere la dimostrazione probatoria che quella «isolata» operazione economica ha determinato una lesione effettiva (o un pericolo di lesione) del fabbisogno di garanzia dei creditori. Sul processo di «formalizzazione» processuale del profilo lesivo del fatto tipico, si consideri GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, cit.; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo,* cit., pp. 99 ss.

[256] Si tratta di Cass. pen., sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, in C. E.D. Cass., con note di FASSI E., *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli "indici di fraudolenza" della condotta nel caso concreto*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4339 ss.; BREMBATI F., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza",* in *Le soc.*, 2018, p. 645 ss.; CAVALLINI S., *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?,* in *Giur. it.,* 2018, p. 187 ss.

meglio i fatti penalmente rilevanti ai fini dell'accertamento del delitto in esame.

È una sentenza di annullamento con rinvio che sviluppa un itinerario motivazionale abbastanza complesso, svolgendo un *excursus* in cui, tra le altre cose, si affronta il tema dell'offensività concreta, dell'individuazione del bene giuridico tutelato, della collocazione temporale dei fatti di bancarotta e della relazione cronologica con il fallimento.

In questa pronuncia, dunque, se, da un lato, emergono le distorsioni interpretative che caratterizzano la fattispecie in esame alle quali si è fatto riferimento in precedenza, dall'altro, spicca l'elaborazione di tali indici di fraudolenza, che oscillano tra il versante oggettivo di tipicità e quello soggettivo del dolo, attraverso i quali si tenta di ricondurre l'attività interpretativa del giudice entro binari più definiti.

Innanzitutto, la Suprema Corte sottolinea che si tratta di «elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie», per i quali è necessario un collegamento soggettivo con l'agente[257], i quali devono essere individuati nei connotati della bancarotta fraudolenta per distrazione quale reato di pericolo concreto e nella correlata configurazione dei contenuti del dolo.

Risulta pertanto evidente l'indicazione a considerare l'offensività in concreto e non meramente di facciata cosicché questa ipotesi di reato non

[257] Cfr. Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 299 con nota di VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza,* nonché di PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, ivi, p. 686.

finisca per costituire un ulteriore esempio di «pervicace resistenza dei 'reati di sospetto'»[258].

Riferendo tale imperativo - proveniente dalla giurisprudenza costituzionale - alla fattispecie oggetto di commento, nell'accertamento della bancarotta fraudolenta il giudice dovrebbe prendere le distanze dalle ricostruzioni in termini di pericolo presunto che si accontentano di constatare la mera presenza dell'atto distrattivo in sé[259]. Peraltro, come detto, il giudice di legittimità ha colto l'occasione per precisare che affinché l'art. 27, comma 1, Cost. sia pienamente rispettato, è indispensabile che tutti gli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano collegati all'agente e, a tal fine, siano ricompresi nel fuoco del dolo.

Successivamente, la Cassazione, nell'affrontare la questione dell'onere motivazionale, sottolinea come vi dovrebbero rientrare anche gli "indici di fraudolenza", funzionali, per l'appunto, a dar corpo sia alla prognosi

[258] Cfr., Corte cost. 20 giugno 2008, n. 225, in *Giur. cost.*, 2008, 3, p. 2528 con nota di MANES V., *La pervicace resistenza dei "reati di sospetto"*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2539. La Corte evidenzia come "il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (c.d. offensività "in concreto").

[259] Cfr. Corte cost. 7 luglio 2005, n. 265, in *D&G*, 2005, 30, p. 92. In tale pronuncia la Corte sottolinea che "il duplice livello (astratto e concreto) di operatività del principio di offensività. Prima di arrivare a questa conclusione, la Consulta ricorda anzitutto come il principio di offensività operi su due distinti piani: della previsione normativa (offensività in astratto), sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene e, rispettivamente, dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto-reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato".

postuma di concreta messa in pericolo del bene giuridico, sia all'accertamento del dolo[260].

In particolare, si individuano i seguenti indici: la collocazione del fatto in una serie di condotte di spoliazione; la contestualità con una situazione di dissesto; la congiuntura economica in cui si trova la condotta; il contesto in cui il soggetto ha operato avuto riguardo a cointeressenze dell'imprenditore rispetto ad altre imprese coinvolte nei patti depauperativi (conflitto di interessi); la distanza tra il fatto generatore del disequilibrio rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale.

Come risulta evidente, gli indici di fraudolenza sarebbero da rintracciare fondamentalmente nel contesto che fa da cornice alla condotta distrattiva: essi alludono alla condotta tipica e sostanzialmente la descrivono o concorrono a plasmarla.

Il contesto, infatti, si ripercuote sulla condotta stessa e in tal modo contribuisce ad assegnarne la dimensione finalistica in termini di messa in pericolo del bene giuridico, fungendo da bussola per la selezione delle condotte distrattive fraudolente.

In particolare, a conferma che il nucleo di tipicità del fatto gravita attorno al dissesto, è stato acutamente affermato che, mentre in presenza di una situazione di crisi aziendale qualsiasi diminuzione dell'attivo risulterà *ipso facto* offensiva -e stesso discorso può farsi in riferimento al dissesto che si profili all'orizzonte come probabile-, considerazioni diverse si impongono quando la situazione patrimoniale dell'impresa risulti sana[261]. Dinnanzi ad

[260] Cfr. § 4.4. e 4.5. della motivazione della sentenza in oggetto.

[261] In tal senso, CAVALLINI S., *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare*?, *cit*., p. 187 che evidenzia come sia: "uno spartiacque, quello segnato dall'imminente insolvenza,

una situazione patrimoniale solida e tranquillizzante, la pericolosità concreta potrà rinvenirsi unicamente nei fatti distrattivi che, per la loro portata, siano idonei a destabilizzare l'equilibrio patrimoniale dell'impresa, mettendo in pericolo la garanzia creditoria.

È opportuno però anche sottolineare come, nella situazione di dissesto, l'assunto secondo il quale "qualsiasi depauperamento posto in essere in una situazione di crisi aziendale risulterà *ipso facto* offensivo", presuppone a monte la presenza di un elemento portante: l'esistenza di un fatto che possa esser considerato idoneo a provocare un impoverimento dell'asse patrimoniale della società[262]. Un fatto con tali connotati, unito al disvalore di contesto, integra, innegabilmente, la condotta tipica di distrazione.

Distrarre un bene, nell'ambito della legge fallimentare, significa, per l'appunto, distoglierlo da una destinazione e, più nello specifico, sottrarlo alla funzione di garanzia. Al contrario, esulano da tale nozione i mutamenti di destinazione che non incidono sul margine di attivo posto a tutela dei creditori[263].

---

che modifica l'oggettività giuridica degli atti dispositivi, proiettando in primo piano la conservazione della (residua) garanzia a tutela dei creditori, e illuminando il pericolo concreto per il bene presidiato e il correlativo substrato psichico".

[262] Sul punto v. BREMBATI F., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza",* cit., p. 652.

[263] Certamente, dunque, il disvalore di contesto risulta essere un elemento fortemente indicativo in sede di accertamento del fatto di reato, ma il valore decisivo di questo ulteriore nucleo di disvalore deve pur sempre essere accompagnato dalla necessaria verifica della concreta portata offensiva della condotta. Cfr. PEDRAZZI C., *sub art. 216*, in Galgano F. (a cura di), *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito,* Bologna, 1995, p. 54.

Pertanto, a parità di disvalore di condotta, si assiste ad opposti esiti a seconda della "situazione dell'impresa": il c.d. "disvalore di contesto" connota in modo significativo il disvalore complessivo del fatto[264].

2.3. La "sanatoria" giurisprudenziale di un difetto di tipizzazione legale?

In considerazione di quanto emerso dalla pronuncia Sgaramella, sebbene il giudice di legittimità non abbia di certo fornito un quadro esaustivo e ben definito degli indici di fraudolenza, emerge d'altro canto la necessità di fornire al giudice degli strumenti che possano orientare l'applicazione in concreto della fattispecie, onde assicurare maggiore certezza nell'esito del giudizio in conformità ai principi cardine del diritto penale[265].

Una siffatta ricostruzione, infatti, parrebbe contrassegnare il disvalore della fattispecie «in termini del tutto in linea con il principio di offensività e di colpevolezza»[266].

---

[264] In riferimento all'ambito in esame cfr. CAVALLINI S., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, 2019, passim.

[265] Diverso è il caso in cui gli indicatori sono di per sé elementi costitutivi della fattispecie codificati dal legislatore, come nella bancarotta semplice. Per tale riferimento v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 53; ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 134.

[266] Cfr. § 4.6. della sentenza in oggetto. Ciò considerato, sembra potersi rilevare innanzitutto come, sebbene la giurisprudenza affermi in modo costante che l'asse intorno al quale si svolge la tutela penale debba essere individuato nella garanzia dei creditori, a seguito dell'elaborazione di tali indici la fattispecie presenta una proiezione offensiva ulteriore e complementare, diversa dalla mera tutela patrimoniale. Gli indici di fraudolenza proiettano infatti la norma in una prospettiva istituzionale, volgendo alla conservazione dell'impresa come istituzione: vi sarebbe dunque un ulteriore bene giuridico da tutelare consistente nella corretta gestione delle regole dell'attività di impresa.

L’elaborazione di tali indici, utilizzati a più riprese anche dalla giurisprudenza successiva[267], può essere quindi vista come un tentativo del “diritto vivente” di sanare il difetto di tipizzazione legale di cui si è detto in precedenza, conferendo rilevanza descrittiva alle suddette circostanze concrete al fine dell’individuazione del fatto tipico.

Ai fini della presente trattazione, occorre rilevare come la strada intrapresa dalla Cassazione pare essere metodologicamente convincente, perché approfondendo il versante modale della condotta tipica, rimasto nell’ombra in dottrina, potrebbe finalmente consentire di distinguere con più chiarezza il normale rischio di impresa dalla zona di rischio penale, rilevante ai fini dell’accertamento della bancarotta fraudolenta, che dovrebbe basarsi sulla considerazione del disvalore di contesto.

Ciò considerato, sebbene siano apprezzabili gli sforzi della giurisprudenza di circoscrivere l’ambito applicativo della fattispecie, in tal modo si lascia esclusivamente alla prassi il compito di individuare e selezionare gli indicatori fattuali sulla base dei quali identificare il disvalore tipico del reato.

---

[267] Ad esempio, Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2022, n. 29850, in cui si afferma che “come ha precisato la sentenza Sgaramella, in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, l'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico deve valorizzare la ricerca di "indici di fraudolenza", rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall'altro, all'accertamento in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa”.

Di recente, peraltro, è emerso un interessante tentativo di recepimento delle indicazioni dottrinali e giurisprudenziali quanto alla necessità di circoscrivere l'area del penalmente rilevante in relazione alla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Infatti, nella Relazione elaborata nel luglio 2022 dalla Commissione Bricchetti, destinata ad un intervento di riforma dell'allora ministra Cartabia in tema reati fallimentari, è emersa l'esigenza di escludere, sin dalla definizione dell'elemento oggettivo della fattispecie, la rilevanza di comportamenti risalenti nel tempo o comunque tenuti in un momento in cui ancora non si siano manifestati i segni del dissesto. È stata quindi formulata una proposta secondo la quale possono ritenersi tipiche solo le condotte tenute in presenza di una situazione di rilevante squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, nonché le condotte che determinano l'insorgenza della menzionata situazione di squilibrio. Un'opzione che rievoca il concetto di "zona di rischio" agli effetti penali e circoscrive in maniera più evidente l'intervento repressivo a fatti concretamente offensivi.

Tale intervento dimostra una maggiore attenzione alla rilevanza del contesto criminoso nel processo di selezione delle condotte penalmente rilevanti, già in fase di redazione della norma penale: una prospettiva sulla quale avremo modo di soffermarci nel terzo capitolo.

3. La fattispecie di manipolazione del mercato ex art. 185 T.U.F.

Il delitto di manipolazione del mercato ex art. 185 T.U.F. è stato introdotto nel nostro ordinamento, nella attuale versione, dalla legge n. 62 del 2005 e si iscrive nel più vasto genere dei delitti di aggiotaggio.

La differenza rispetto all'art. 2637 c.c. si rinviene nell'oggetto materiale della condotta che in questo caso è costituita esclusivamente da strumenti finanziari ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato italiano o di altro paese UE[268].

La fattispecie si articola in tre condotte distinte, costituite dalla diffusione di notizie false, dalla realizzazione di operazioni simulate e dalla attuazione di altri artifici; tutte e tre le condotte devono essere «concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari»; nessun dubbio quindi, anche perché lo dice la norma stessa, che si tratti di reato di pericolo concreto[269].

Il bene giuridico è costituito dal regolare funzionamento del mercato e del meccanismo di formazione del prezzo degli strumenti finanziari, nonché dalla tutela dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia che il pubblico nutre nei valori mobiliari e negli strumenti derivati, irrimediabilmente pregiudicati quando notizie false, operazioni simulate o altri artifici vengono diffusi sul mercato o altrimenti usati[270].

La seconda e la terza condotta summenzionate vengono sinteticamente classificate come "manipolazione operativa". In tale ipotesi, il mercato non

---

[268] Il delitto di cui all'art. 2637 c.c. prevede e punisce ipotesi di aggiotaggio c.d. bancario oltre che su strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato.

[269] Comune è l'osservazione critica circa la sostanziale indeterminatezza del requisito in argomento: ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2017, p. 406; MELCHIONDA A., *Aggiotaggio e manipolazione del mercato*, in Lanzi A. – Cadoppi A., *I reati societari,* Padova, 2007.

[270] ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 406.

viene infatti alterato attraverso l'inopinata e subdola diffusione di notizie ingannevoli, ma mediante lo svolgimento di una o più operazioni, portatrici di una loro intrinseca valenza informativa rispetto alle prospettive di un certo strumento finanziario, idonee ad alterare la percezione, da parte del mercato, delle reali condizioni di salute del titolo negoziato.

Questo scopo può essere perseguito, alternativamente, con operazioni simulate o altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari.

3.1. La manipolazione operativa tramite operazioni simulate

La prima categoria di comportamenti riconducibili alla manipolazione operativa è quella che attiene alla effettuazione di operazioni simulate[271].

Circa il significato da attribuire a tale elemento normativo della fattispecie, si discute se la nozione di "operazioni simulate" sia dotata di una propria autonomia rispetto alle definizioni ricavabili dalle altre branche dell'ordinamento[272].

L'interpretazione che ha ricevuto i maggiori consensi affranca il concetto di "operazione simulata" dalle categorie giuridiche di diritto civile,

---

[271] MENARDO N., Il *ne bis in idem negli abusi di mercato interferenze tra illecito penale e illecito amministrativo nei reati di market abuse*, in *Giur. Pen.*, 2018, p. 68; AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, p. 174 ss.

[272] TROVATORE F., *Aggiotaggio su strumenti finanziari*, in Rabitti Bedogni C. (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, Milano, 1998, p. 1001; PEDRAZZI C., *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Digesto pen.,* XIII, Torino, 1997, p. 411; Trib. Milano, Ufficio Gip, ordinanza 14 novembre 2005, in *Foro ambr*., 2005, p.329.

attribuendogli una valenza autonoma e sostanzialmente corrispondente a quella di "atto fraudolento".

Rientra dunque nella categoria delle operazioni simulate «ogni condotta, lecita o illecita, caratterizzata – in sé o nel suo complesso o alla luce del contesto in cui si svolge – da una oggettiva valenza ingannatoria, a causa della sua capacità di influenzare l'andamento dei prezzi mediante la rappresentazione di una situazione di mercato non corrispondente alla realtà o la dissimulazione di una situazione reale»[273].

La capacità selettiva di tale condotta è, quindi, scarsa. Ed infatti la dottrina ritiene che la menzione delle operazioni simulate sia inserita nella fattispecie a mero scopo esemplificativo, per introdurre la clausola generale degli "altri artifici"[274], su cui ci soffermeremo.

3.2. La manipolazione operativa tramite gli "altri artifici"

La seconda modalità con cui l'art. 185 T.U.F. descrive la manipolazione operativa è quella che contempla l'utilizzo, da parte del soggetto attivo, di artifici idonei a provocare l'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari.

---

[273] SEMINARA S., *L'aggiotaggio* (art. 2637), in Giarda A. – Seminara S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 556 ss.

[274] CONSULICH F., *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010, p. 196; SEMINARA S., *L'aggiotaggio* (art. 2637), cit., p. 555; ROSSI A., *Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione del mercato art. 2637 cod. civ. e 185 d. lgs. 58/98: problemi e prospettive,* in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* cit., p. 2662 ss. Si veda anche MUCCIARELLI F., *Aggiotaggio*, in Alessandri A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 427.

Si tratta di un'ipotesi chiaramente residuale, che fa riferimento a condotte caratterizzate da attitudine fraudolenta, ingannatoria e decettiva capace di indurre in errore i destinatari[275].

La formulazione è talmente ampia da ricomprendere in sé qualunque mezzo che sia però connotato da un'intrinseca idoneità a produrre gli effetti indicati dalla disposizione incriminatrice quali conseguenze immediate e dirette dell'attività decettiva.

Non solo mezzi illeciti, dunque, ma anche iniziative intrinsecamente lecite poste in essere per perseguire lo scopo illecito che caratterizza l'atto di manipolazione.

Pertanto, l'aggiotaggio finanziario può essere definito come reato a forma libera, «integrato da qualsivoglia operazione che – quand'anche conforme alle norme giuridiche e alla prassi economica – riveli, alla luce delle modalità di realizzazione, del contesto di esecuzione e dell'ambiente cui è diretta, una dimensione decettiva ben evidente»[276].

---

[275] La diffusione di notizie false o le altre condotte artificiose indicate nell'art. 185 T.U.F. devono essere concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari (c.d. "*price sensivity*"); l'accenno al requisito della concretezza è segno evidente che si tratta di reato di pericolo concreto, v. FONDAROLI D., *Aggiotaggio mediante altri artifici, disvalore del fatto e disvalore del contesto,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2003, p. 747; LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 1474; MUCCIARELLI F., *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 1465; PEDRAZZI C., *Turbativa dei mercati*, in *Digesto pen., XIV,* Torino, 1999, p. 421; PREZIOSI S., L'aggiotaggio (art. 2637), in Rossi A. (a cura di), *Reati societari,* Torino, 2005, 459; ROSSI A.*, Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione del mercato: problemi e prospettive* (artt. 2637 c.c. e 185, D.Lgs. 24.2.1998, n. 58), cit. p. 2656 ss.; SEMINARA S., *L'aggiotaggio (art. 2637),* cit., p. 543.

[276] ROSSI A.*, Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione del mercato*, cit., p. 2656.

Tuttavia, il rischio concreto che si manifesta in tale contesto è di operare uno svuotamento sostanziale dell'elemento oggettivo della fattispecie e di ancorare la valutazione della rilevanza penale del fatto ai soli profili soggettivi dell'azione, esprimendo un giudizio di fatto unicamente sulle intenzioni che hanno mosso il soggetto agente.

Di qui l'avvertita necessità, in dottrina come in giurisprudenza, come vedremo, di un maggiore sforzo esegetico della nozione di "altri artifici"[277].

Secondo un approccio marcatamente soggettivistico, al fine di delimitare i confini del concetto di altri artifici si dovrebbe verificare se lo scopo che muove l'agire dell'individuo sia l'alterazione del corso dei prezzi. Con la conseguenza che l'artificio sarebbe penalmente rilevante ai sensi dell'art. 185 T.U.F. anche nel caso in cui siano impiegati mezzi leciti, ma finalizzati al perseguimento di uno scopo *contra ius*[278].

Secondo l'orientamento più garantista, che valorizza la componente oggettiva dell'illecito, al fine di ritenere integrati gli elementi tipici della fattispecie occorre valutare l'effettiva capacità decettiva del comportamento umano, tenendo conto del contesto in cui si svolge

[277] Peraltro, come evidenziato da Mario Romano già in relazione alla previgente fattispecie di cui all'art. 2628 c.c. «il riferimento a [...] qualsiasi altro artificio, compresa dunque qualsivoglia attività lecita, purché compiuta abilmente e maliziosamente "avuto riguardo alle modalità con cui è realizzata", si rivela oltremodo deleterio, non offrendo al giudice alcun parametro incoraggiante, tanto più necessario in una materia di tale delicatezza e di non semplice controllabilità» v. ROMANO M., *Il diritto penale e la borsa,* in *Giur. comm.*, 1978, p. 700 s.

[278] Cfr. sul tema MENARDO N., Il *ne bis in idem negli abusi di mercato interferenze tra illecito penale e illecito amministrativo nei reati di market abuse*, in *Giur. Pen.*, 2018, p. 68; AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, p. 174 ss.

l'operazione, anche apparentemente lecita, considerando tutte le circostanze del caso concreto[279].

Negli altri artifici ben possono essere ricomprese, dunque, quelle condotte *prima facie* lecite ma che, «combinate tra loro, ovvero realizzate in determinate circostanze di tempo e di luogo intenzionalmente realizzino una distorsione del gioco della domanda e dell'offerta in modo tale da indurre in errore gli investitori»[280].

[279] MUCCIARELLI F., *Aggiotaggio*, cit., p. 428; MACCARI A.L., *Art. 2637,* in Giunta F. (a cura di), I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, Torino, 2002, p. 200; ROSSI A., *Le fattispecie penali di aggiotaggio*, cit., p. 2662; FOFFANI L., *voce Società*, (artt. 2621-2641 c.c.), in Palazzo F. - Paliero C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1899. Sottolinea come «si deve dare [...] atto [...] che quella di artificio è una nozione relativa, che a differenza delle falsità informative non inerisce necessariamente a un certo tipo di condotta: che si riscontra ricostruendo la manovra in tutti i suoi passaggi, collocandola nel suo contesto», PEDRAZZI C., *voce Turbativa dei mercati*, cit., p. 424 s.

[280] Trib. Milano, 11 novembre 2002, Mensi, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 747, con nota di FONDAROLI D., *Aggiotaggio mediante altri artifici: disvalore del fatto e disvalore del contesto*; Trib. Milano, 27 marzo 2006, Crovetto; Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2008, n. 2063, in *Cass. pen.,* 2010, p. 1920; Trib. Milano, Sez. II, 14 novembre 2005, Rossi, in *Foro ambr.*, 2005, p. 329; Trib. Milano, Sez. II, 12 agosto 2008, p. 5805.

È chiaro che la definizione degli "altri artifici"[281] non sia agevole, trattandosi di un concetto di relazione: un'azione non è artificiosa e perciò illecita, in sé, ma solo se posta in essere con determinate modalità[282].

Per dare sostanza a tale espressione, si ritiene che l'elemento imprescindibile della condotta in esame sia la capacità fraudolenta, la connotazione ingannatoria[283]: in assenza di tale fraudolenza, infatti, non si

---

[281] Parte della dottrina evidenzia come il quesito se la clausola in discorso sia formula di chiusura, cui attribuire funzione estensiva dell'ambito di applicabilità della fattispecie, o piuttosto un modo per completare un'elencazione, cui conseguono esiti interpretativi maggiormente restrittivi, «può essere risolto osservando che la locuzione normativa deve comunque restare necessariamente vincolata al valore semantico del termine "artificio". Termine che rimanda al contenuto intrinsecamente ingannatorio del mezzo impiegato: non controvertibile conferma sistematica si ricava osservando il significato delle altre due definizioni ("diffusione di notizie false" e "compimento di operazioni simulate"), la valenza decettiva delle quali (intesa come idoneità a indurre in errore attraverso la alterazione del patrimonio informativo dell'investitore) è immediatamente evidente», MUCCIARELLI F., *Altri artifici,* cit., p. 2035 s.

[282] Cfr. PEDRAZZI C., *Problemi del delitto di aggiotaggio*, 1958, ora in ID., *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 50 s. Come è stato notato, l'ambiguità della clausola normativa può dar luogo a due possibili interpretazioni: «da un lato, il richiamo ad importanti precedenti sistematici e ad un'area semantica di per sé non assiologicamente neutra potrebbero deporre a favore di una lettura restrittiva del concetto [...] anche l'attributo "altri", preposto al termine "artifizi", sembra pacificamente instaurare una relazione di sostanziale identità contenutistica rispetto alle condotte fraudolente e mistificatorie che la norma enuclea nel suo testo. I potenziali risultati scaturenti dal suddetto tentativo ermeneutico si scontrano però con un dato altrettanto significativo: l'identità del sintagma in esame assume una precisa dimensione soprattutto in virtù della localizzazione nel corpo della norma: la funzione di "chiusura" ad esso pacificamente attribuibile è preciso segnale di una *voluntas legis* caratterizzata da un'evidente finalità repressiva, così da creare un espediente logico-concettuale estremamente pervasivo» (cfr. BACCO F., *Il delitto di aggiotaggio manipolativo: tensioni interpretative ed innovazioni sistematiche nella difficile repressione delle manipolazioni 'mascherate'*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2298. Sul punto v. anche MUCCIARELLI F., *Altri artifici*, cit., p. 2026).

[283] MACCARI A.L., *Art. 2637*, cit., p. 199; MUCCIARELLI F., *Aggiotaggio*, cit., p. 430; ROSSI A., *Le fattispecie penali di aggiotaggio*, cit., p. 2662; MELCHIONDA A., *I nuovi delitti di "aggiotaggio" e "manipolazione del mercato"*, cit., p. 267.

perfezionerebbe il contenuto del termine "artificio". Potrebbe rientrare in tale ipotesi, ad es., la fraudolenta comunicazione confidenziale di false notizie ad una cerchia molto ristretta di operatori economici, senza integrare gli estremi di una "diffusione", ma tale da poter influenzare, per il conseguente comportamento di tali soggetti, il prezzo di strumenti finanziari[284].

Sarebbero dunque ricomprese condotte anche non intrinsecamente illecite ma che risultano in contrasto con il precetto penale solo perché poste in essere in un determinato contesto[285].

3.3. La costruzione processuale del tipo criminoso nell'ipotesi di "arti artifizi"

La nozione di altri artifizi è stata considerata come una "clausola generale"[286], per integrare la quale è necessario il supporto del diritto vivente.

Infatti, tale formula non descrive tutte le circostanze che sono rilevanti per l'attribuzione di tale qualifica alla condotta, ma dovrebbe essere il

[284] MUCCIARELLI F., *Aggiotaggio*, cit., p. 430 s.

[285] Criticamente ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 438; PREZIOSI S., *L'aggiotaggio,* cit., p. 482 s. Certo è che segnerebbe un progresso, sia pur relativo, ma non trascurabile, una formulazione normativa ove «risultasse impresso in modo più evidente il disvalore di singole azioni tipiche, considerate in se stesse oppure viste in rapporto diretto con lo scopo che l'agente con esse si proponga», così già ROMANO M., *Il diritto penale e la borsa*, cit., p. 700).

[286] In questo senso CONSULICH F., *COSÌ È (SE VI PARE). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Cont.,* 1/2020, p. 24 ss. In tema v. ampiamente ID, *La giustizia e il mercato*, Milano, 2010, p. 209 ss. e passim.

criterio per individuare quali connotati del caso concreto debbano essere considerati e, al contempo, il parametro per valutarli[287].

L'unico riferimento consiste nella necessità che la condotta sia idonea a trarre in inganno gli operatori che compongono il mercato[288]: in questo modo, il giudice è portato ad effettuare non una verifica di somiglianza tra tipi di condotte per poi valutare se ricorra la *eadem ratio*, ma una comparazione tra tipi di offese, misurandone l'intensità di disvalore[289].

Pertanto, sembra potersi affermare che la giurisprudenza non si limiti a ricomprendere una serie di ipotesi nella fattispecie astratta ma vada di fatto a ricostruire quale sia il tipo criminoso, non individuabile *ex ante* ma soltanto alla luce del contesto.

È il disvalore di contesto, così come emerge dall'interpretazione giurisprudenziale, che consente connotare il tipo criminoso, con il risultato

---

[287] Cfr. sul punto PALIERO C.E., Nuove prospettive degli abusi di mercato?, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, *Atti del Convegno a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* (Courmayeur, 25 settembre 2009), Milano 2010, p. 64: « Autorità amministrative e autorità giurisdizionali raccolgono così entro questo modulo della norma penale [...] quella costellazione magmatica, in continua palingenesi, di tutte le forme di manipolazione non riconducibili alla "diffusione di falsità" o alle condotte (tipiche) di "simulazione" o di artificio in senso stretto [...] confezionando 'su misura' le fattispecie penali di cui la "fenomenologia del controllo" fornisce, giorno dopo giorno, i 'cartamodelli'».

[288] V. CONSULICH F., *COSÌ È (SE VI PARE),* cit., p. 25, in cui si sottolinea come tale standard non definisce il tipo di circostanze che devono condurre all'inflizione della sanzione, né il peso che devono avere nella formulazione del giudizio, ma si limita a identificare i caratteri generali che il fatto concreto deve presentare per determinare l'applicabilità della norma incriminatrice.

[289] Per un'impostazione generale dell'analogia in diritto penale come procedimento interpretativo in cui l'omogeneità valutativa dei fatti da sanzionare costituisce il reale riferimento e risponde alla reale esigenza garantista sottesa al divieto dell'analogia stessa, cfr. PALAZZO F., "*Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico",* in AA.VV., *L'interpretazione e il giurista* Padova, 2003, pp. 520 ss.

«di far dedurre l'artificiosità dell'operazione solo *ex post*, attraverso il monitoraggio delle transazioni compiute, del volume e dell'andamento del corso dei prezzi, allorché si realizzi un repentino mutamento ed un altrettanto riassestarsi immediato dei prezzi al livello precedente dopo il concludersi dell'operazione (ovvero ad evento già verificato e solo dopo che il risultato criminoso perseguito si è già realizzato)»[290].

Non solo, dunque, l'azione tipica del reato ricomprende «comportamenti e condotte omissive che con il rispetto dei principi di precisione e determinatezza nella formulazione delle norme non potrebbero vantare alcun rapporto di parentela»[291], ma la norma difetta comunque di tipicità, non essendo possibile ricondurre alla fattispecie astratta - *ex ante* - un certo tipo di condotta in quanto tale.

Il tipo criminoso viene comunque riscostruito in via pretoria «su un'attitudine che non è connaturata alla condotta, ma che la condotta in date circostanze può assumere»[292].

Riprendendo le parole di Pedrazzi, «si deve dare [...] atto [...] che quella di artificio è una nozione relativa, che a differenza delle falsità informative

---

[290] MAGRO B., *Manipolazione di mercato e strumenti derivati. Una critica al modello di razionalità economica,* Milano, 2012, p. 61 s.; v. anche FONDAROLI D., *Aggiotaggio mediante "altri artifici": "disvalore del fatto" e "disvalore del contesto",* cit., p. 758 s.; BACCO F., *Il delitto di aggiotaggio manipolativo. Tensioni interpretative ed innovazioni sistematiche nella difficile repressione delle manipolazioni "mascherate",* in *Giur. merito*, 9/2008, p. 2298 s.

[291] CRESPI A., *Gli "altri artifici e raggiri" nell'aggiotaggio ex art. 2637 c.c. e la dubbia liceità del richiamo al "contesto" dell'azione*, in Studi di diritto penale societario, Milano, 2010, p. 596 s.

[292] PEDRAZZI C., *Problemi del delitto di aggiotaggio*, cit., p. 71 s.; ne consegue che gli artifici consistono in quegli «espedienti, diversi dalla diffusione di informazioni fallaci, mediante i quali viene fatta apparire una situazione di mercato diversa dal reale o viene dissimulata una situazione reale» (ID., voce *Turbativa dei mercati,* cit., p. 424).

non inerisce necessariamente a un certo tipo di condotta: che si riscontra ricostruendo la manovra in tutti i suoi passaggi, collocandola nel suo contesto ambientale»[293].

A fronte dell'inadeguatezza della fattispecie astratta, il giudice, sprovvisto delle cognizioni tecniche e delle possibilità di analisi del caso specifico che sarebbero in realtà necessarie, ha quindi finito per fondare la propria attività di sussunzione sulle decisioni dell'autorità amministrativa indipendente, che svolge, come vedremo, dunque un ruolo essenziale nella tipizzazione dell'illecito[294].

È infatti indubbio che la nota comunicazione della Consob del novembre 2005[295], contenente l'elencazione, dichiaratamente esemplificativa, di operazioni fittizie e artificiose, ha finito per assolvere la funzione di 'tipo di secondo grado' consentendo di elaborare degli indici di manipolazione e recuperare una dimensione di tipicità dell'illecito[296]. Resta da vedere quanto una simile operazione sia compatibile con i principi fondamentali in materia penale.

3.4. La Cassazione Crovetto. Tipo criminoso e disvalore di contesto mediante "indici di manipolazione"

La Cassazione, nel caso Crovetto, si è pronunciata sulla rilevanza penale ex art. 185 T.U.F. (anche) di condotte di per sé lecite alla luce del contesto in cui esse sono state poste in essere[297].

---

[293] PEDRAZZI C., *voce Turbativa dei mercati*, cit., p. 424 s.
[294] Per un'analisi critica v. CONSULICH F., *COSÌ È (SE VI PARE),* cit., passim.
[295] Cfr. Consob, Comunicazione n. DME/5078692 del 29-11-2005.
[296] CONSULICH, *COSÌ È (SE VI PARE),* cit., p. 25.
[297] Cass. pen., 2 ottobre 2008, n. 2063, in *Cass. pen.,* 2010, p. 1920 s. La Cassazione ha ripreso quanto già emerso nel caso Mensi, in cui si era sottolineato come

La Corte, a conferma di quanto evidenziato nei precedenti paragrafi, specifica la necessità di valutare l'artificiosità della condotta sulla base di parametri strettamente oggettivi, ovverosia, modalità dell'azione tali, «per ragioni di modo, tempo e luogo, da alterare il gioco normale tra domanda e offerta»[298], non essendo sufficiente la mera valutazione del fine di turbare il mercato.

Pertanto, la Corte evidenzia che la caratterizzazione in termini finalistici non è un elemento sufficiente per attribuire al fatto stesso gli estremi della rilevanza penale, «in assenza di note decettive deducibili anche soltanto dal complesso di operazioni (per sé lecite) poste in essere, il fatto non è tipico *ex* art. 185 T.U.F., qualunque sia lo scopo perseguito dall'agente»[299].

Occorre tenere ben distinti il piano oggettivo e soggettivo al fine di individuare la fraudolenza della condotta; invero, «l'artificiosità della condotta è un connotato "oggettivo" di essa, che deve prescindere, evidentemente, dall'intenzione del soggetto: il reato in esame è a dolo generico, mentre connotare l'artificio con i caratteri dell'intenzionalità dell'agente verrebbe impropriamente a valorizzare oltre misura le effettive finalità perseguite dal soggetto che compie l'azione. All'elemento soggettivo può senz'altro attribuirsi il compito di illuminare il significato della

«l'inganno può essere realizzato attraverso condotte apparentemente lecite, ma che combinate tra loro, ovvero realizzate in presenza di determinate circostanze di tempo e di luogo, intenzionalmente realizzino una distorsione del gioco della domanda e dell'offerta in modo tale che il pubblico degli investitori sia indotto in errore circa lo spontaneo e corretto processo di formazione dei prezzi; ed influenzare ingannevolmente la formazione del prezzo lede l'integrità del mercato perché interferisce sulla rappresentazione del reale valore del titolo trattato», v. FONDAROLI D., *Aggiotaggio*, cit., p. 762.

[298] Cass. pen., 2 ottobre 2008, in Cass. pen., 2010, p. 1920 s.

[299] MUCCIARELLI F., *Altri artifici,* cit., p. 2042

condotta, ma altro è conferire esclusivo o primario rilievo all'intenzione dell'agente [...] È oltremodo chiaro, quindi, nel concetto del legislatore, che per qualificare come artificioso un mezzo, in sé non illecito, non è sufficiente che esso sia diretto al fine di turbare il mercato, occorrendo che sia anche obiettivamente artificioso, cioè posto in essere artificiosamente con modalità dell'azione tali, per ragioni di modo, tempo e luogo, da alterare il giuoco normale tra domanda e offerta»[300].

Dalle parole della Corte, emerge come presupposto imprescindibile il riferimento al contesto in cui la condotta viene posta in essere, purché emerga una caratterizzazione delle condotte obiettivamente decettiva[301].

A tal riguardo, per quanto più rileva ai fini della presente trattazione, vengono individuati, traendoli appunto dal contesto, una serie di "indici" di manipolazione che consentono di riconoscere la sussistenza degli "altri artifizi" rilevanti ex art. 185 T.U.F.

I giudici di legittimità, nel premettere che l'individuazione dell'artificiosità di una condotta spetta al giudice, richiamano gli esempi di operazione manipolativa indicati da Consob nella comunicazione del 29 novembre 2005[302], ritenendo che possano valere come ausili interpretativi

---

[300] Così Cass., 2 ottobre 2008 – dep. 20 gennaio 2009 –, n. 2063, in *Dir. & Giust,*2009, con nota di CECCARELLI E.; anche in Cass. pen., 2010, p. 1920 s., con nota di CASTELLABATE M., *Operazioni manipolative del mercato finanziario ed operazioni lecite: sui problematici confini tra testo e contesto*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1927.

[301] Nel senso che l'artificio si individua valutando i "segnali percepibili dagli osservatori", cfr. PEDRAZZI C., voce *Turbativa dei mercati*, cit., p. 424; si veda anche la casistica giurisprudenziale riportata da ORSI L., *Gli "artifici" costitutivi dell'elemento oggettivo dei delitti di aggiotaggio (art. 2637 c.c.) e di manipolazione del mercato (art. 185 tuf), in Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, p. 93 s.

[302] I criteri più elastici stabiliti dall'art. 42 del Regolamento mercati di Consob (del 1998, nella parte ancora in vigore) introdotti per definire meglio la condotta di illecito amministrativo (cit. art. 87 ter T.U.F.),

e indici di manipolazione, perché descrivono - appunto - le principali prassi manipolative.

Tra gli indici rilevanti in questo caso, v'è la significatività dei volumi, delle variazioni al prezzo, dell'importanza della posizione di acquisto o vendita, la successiva inversione del trend del mercato, e soprattutto - in vario modo - il legame con il prezzo o la scadenza di strumenti derivati, quali erano le opzioni nel caso di specie[303].

D'altronde, in assenza di indicazioni legislative, la giurisprudenza deve necessariamente ricorrere a procedimenti logici di tipo induttivo, ritenuti accettabili e affidabili nella misura in cui le generalizzazioni utilizzate rispecchiano l'esperienza comune.

Ed infatti, sia la reazione dell'investitore alla condotta manipolativa che la conseguente potenziale reazione del mercato vengono ricostruite alla luce di massime di esperienza, contestualizzando il giudizio sulla sussistenza del pericolo di alterazione[304]. Come già ribadito, infatti, l'illecito di cui all'art. 185 T.U.F. è reato di pericolo che non richiede il verificarsi dell'evento di effettiva alterazione dei prezzi del mercato.

Peraltro, si noti – incidentalmente - come anche l'effettiva reazione dei mercati possa assurgere a elemento empirico per esprimere il difficile giudizio di concretizzazione del pericolo, che costituisce l'evento giuridico

[303] Cass., 2 ottobre 2008, cit. p. 6.

[304] La differenza tra leggi scientifiche universali e massime di esperienza sta nel fatto che le prime superano il giudizio controfattuale, mentre le generalizzazioni empiriche no, in quanto le spiegazioni causali all'evento sono molteplici e nessuna prevale.

del reato. Con il rischio, insito in tale approccio, di attribuire centralità a un fatto – l'alterazione del prezzo – estraneo alla fattispecie[305].

Complessivamente, dunque, la decettività della condotta finisce per dipendere non tanto dalle sue caratteristiche intrinseche e valutate in una prospettiva *ex ante*, ma da una valutazione *ex post*, anche alla luce degli effetti prodotti sul mercato.

Per quanto più rileva ai nostri fini, il caso di specie rappresenta la riprova che anche in tale settore dell'ordinamento si registra la tendenza della giurisprudenza a ricavare il disvalore della fattispecie tipica dal contesto pratico-applicativo.

Per recuperare un *minimum* di certezza e prevedibilità nell'accertamento della responsabilità, la Corte richiama le indicazioni della Consob che consentono di ricostruire il concetto di artificiosità. Un'operazione comprensibile dato il *deficit* di descrittività della fattispecie astratta, ma di dubbia compatibilità con i principi fondamentali in materia penale.

3.5. Segue. l'influenza delle fonti regolative nella definizione del precetto

Come è stato osservato, si è in presenza di una sorta di "illecito a formazione progressiva", ove le modalità di realizzazione della condotta (gli

[305] In argomento CONSULICH F., *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici. Tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*, in *Soc.*, 2010, vol. 30, n. 7, 823 ss.; CHIARAVIGLIO P., *A proposito della manipolazione di mercato attraverso la diffusione di notizie idonee ad alterare il prezzo di strumenti finanziari: la sentenza 21.12.2010 del Tribunale di Torino,* in *Giur. Comm.*, 2012, II, p. 357 s.; SCOLETTA M., *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato, in Corr. merito*, 2011, p. 844 s.

"artifizi") sono descritte da un'autorità amministrativa indipendente (la Consob) e applicate dal giudice penale[306].

Nel caso di specie, invero, la Cassazione ha ritenuto tipica una condotta realizzata nel 2000 sulla base del fatto che la tipologia comportamentale rientra tra gli esempi di pratiche manipolative contenute nel documento Cesr[307] recepito dalla comunicazione Consob DME/5078692 del 29 novembre 2005[308], sebbene la pronuncia specifichi che tali fonti sub-legislative possono valere solo come "ausili interpretativi" spettando pur sempre al giudice l'individuazione dell'artificiosità della condotta[309].

Allo stesso modo, anche altre tipologie di condotte descritte nell'esemplificazione del Cesr – e caratterizzate dalla loro strutturale liceità – potrebbero rientrare nell'ampio concetto di "altri artifici", sempre che siano soddisfatti tutti i requisiti richiesti della fattispecie penale.

Pertanto, i regolamenti e gli altri provvedimenti della Consob e delle agenzie di controllo sul mercato a livello comunitario svolgono un ruolo di

---

[306] Cfr. PALIERO C.E., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?,* cit., p. 71.

[307] Le linee guida elaborate dal Cesr Commitee of European Securities Regulators svolgono una fondamentale funzione di garanzia rispetto all'applicazione uniforme della normativa comunitaria negli Stati membri, formulando standards concernenti la materia degli abusi di mercato. Il Cesr ha elaborato tre Set of Guidance: CESR, Market Abuse Directive. Level 3 – First Set of Cesr Guidance and Information on the Common Operation of the Directive, Ref. Cesr/04-505 b; CESR, Market Abuse Directive. Level 3, Second Set of Cesr Guidance and Information on the Common Operation of the Directive to the Market, Ref. Cesr/06-562 b; CESR, Market Abuse Directive. Level 3, Third Set of Cesr Guidance and Information on the Common Operation of the Directive to the Market, Cesr/09-219

[308] Il testo è qui reperibile: https://www.consob.it/documents/1912911/1914304/c5078692.pdf/34c386b0-c5cd-d17b-9323-fa09dc801c09.

[309] Cass., 2 ottobre 2008, cit. p. 6.

disciplina molto significativo[310]. Ma se tale meccanismo di integrazione può essere ammissibile sul piano dell'illecito amministrativo[311], di certo non può valere rispetto alla norma incriminatrice, ostandovi in maniera insuperabile il principio di legalità, che preclude a fonti sublegislative di costituire elementi del tipo punibile.

«Ne consegue che una qualunque delle operazioni qualificate come "manipolative" dalle ricordate fonti sub-legislative non può di per sé essere considerato costituivo del delitto di manipolazione di mercato, neppure sotto la specie degli altri "artifici"»[312].

Insomma, «le condotte descritte dalle fonti regolatorie sono illecite in quanto manipolative, ma non necessariamente sono espressive di per sé di un contenuto artificioso (e dunque penalmente rilevante ex art. 185 t.u.f.) [...] Toccherà quindi all'interprete valutare se nel contesto le singole operazioni poste in essere (corrispondenti a quelle indicate come "manipolative" dalle fonti regolatorie) presentino, in sé considerate o nel loro complesso, un autonomo carattere di artificiosità: se ad esempio il collegamento modale delle condotte poste in essere, ovvero le modalità attraverso le quali sono state realizzate, facciano leggere la manovra come espressiva di una ragione economica diversa da quella apparente [...] ovvero la manovra sia segnaletica di un'informazione decettiva»[313].

---

[310] MUCCIARELLI F., *Altri artifici,* cit., p. 2045.

[311] Dal momento che tali fonti "sembrano comunque integrare altrettante fattispecie d'illecito amministrativo sub specie art. 187-ter d.lgs. 58/1998, ben potendo un siffatto genere d'illecito essere fondato sulla violazione di una disposizione di rango sub-primario (tanto più che nel caso in questione la fonte principale di tali indicazioni è propriamente l'Autorità preposta al controllo)", così MUCCIARELLI F., *Altri artifici,* cit., p. 2045.

[312] MUCCIARELLI F., *Altri artifici,* cit., p. 2046.

[313] MUCCIARELLI F., *Altri artifici,* cit., p 2047.

Ciò non toglie che, come già rilevato nel precedente paragrafo, dal punto di vista applicativo è evidente come le fonti sublegislative, sebbene non possiedano in teoria alcun potere di definizione della tipicità del precetto penale, di fatto contribuiscano a plasmare il tipo criminoso, in quanto il giudice penale è per larga parte dipendente dalle conoscenze tecniche del mercato che – in particolare – la Consob esprime in via generale attraverso i propri regolamenti, raccomandazioni e pareri[314].

Di fatto, dunque, gli indici elaborati dalla Consob non solo svolgono comunque un ruolo di primo piano nel giudizio di conformità tra fatto concreto e fattispecie astratta, ma, data la carenza di descrittività della fattispecie astratta, contribuiscono a plasmare la fattispecie stessa.

4. La fattispecie di associazione di tipo mafioso ex art. 416 bis c.p.

L'art. 416 bis c.p. è l'ultimo "caso di studio" sul quale intendiamo soffermarci, oggetto da anni di attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, impegnate a definirne i tratti di tipicità per la sua continua tendenza a sfuggire da ogni consolidamento interpretativo[315].

---

[314] Sul punto v. CONSULICH F., *COSÌ È (SE VI PARE),* cit., p. 25

[315] Tra gli altri v. in particolare i contributi di FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., pp. 353-376; ID., *"Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione",* in Dolcini E. – Paliero C.E., *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* cit., pp. 239 ss.; ID., Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti, Napoli, 2008; VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, p. 233 ss.; più di recente DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. Pen.*, n.1, 2017; VISCONTI C. – MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 gennaio 2019, p. 5 ss.; MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in *Scenari di mafia,* cit.; ID., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi*

Ci si riferisce, in particolare, alla nozione di "metodo mafioso" e alla nozione di "partecipazione associativa" (e, di riflesso, di "concorso esterno"), che, come si dirà in seguito, tendono ad assumere una diversa conformazione in base alle prove disponibili nel processo.

Preliminarmente, occorre fare riferimento alla formulazione legislativa di cui all'art. 416 bis c.p., codificata nel 1982 con la nota legge Rognoni La Torre[316], secondo cui l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali[317].

Nonostante l'inevitabile influenza del modello della mafia siciliana nella redazione della norma di cui all'art. 416 *bis* c.p., la *voluntas legis* era quella di formulare una fattispecie di portata generale, che permettesse di

---

processuali, in *La Corte d'Assise*, 2010, spec. p. 366 ss.; Id., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata,* cit., p. 199 ss. Sulla "tipicità di contesto" dell'associazione di tipo mafioso v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 54; ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 135.

[316] Si tratta della legge Rognoni-La Torre, 13 dicembre n. 646/1982. Cfr. in argomento, tra gli altri, BERTONI R., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.,* 1983, p. 1018; SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padova 1993, p. 176; INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, Milano 1993, p. 73 ss.; TURONE G., Il delitto di associazione mafiosa, Milano, 2015, p. 199.

[317] Così al comma III dell'art. 416 bis c.p.

reprimere anche fenomeni mafiosi diversi dalle forme di manifestazione tradizionali, sia in termini sincronici che in termini diacronici[318].

A tale scopo, per la prima volta venivano impiegati nella redazione di una fattispecie penale modelli esegetici provenienti dalle scienze sociologiche[319], valorizzando la dimensione sociale della struttura associativa e allontanandosi così dalla dogmatica tedesca, fedele alle incriminazioni monosoggettive, rispetto alla quale quindi il comportamento plurisoggettivo costituisce un'eccezione[320].

Con tale fattispecie, il legislatore ha quindi assunto una prospettiva metodologica interdisciplinare, attraverso la quale i fenomeni criminali vengono rivisitati in chiave sociale, come sistemi complessi[321] che si fondano su una rete di relazioni funzionali che non sono facilmente descrivibili con concetti penalistici[322].

---

[318] TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 111 ss.

[319] Una tecnica legislativa auspicata in dottrina da INSOLERA G., *L'associazione per delinquere,* Padova 1983, p. 318, secondo il quale era necessario "riassegnare valore alle indicazioni desumibili dalla immagine empiricamente afferrabile della criminalità organizzata" ai fini della definizione, in termini generali e astratti, della fattispecie incriminatrice.

[320] Così CENTONZE, A., *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Milano, 2013, p. 8, che ricorda le difficoltà della dottrina italiana ad accettare l'introduzione della fattispecie nel nostro sistema penale. Per una disamina di queste posizioni critiche FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., pp. 858 ss.; in particolare l'Autore Luigi Ferrajoli sospettava dell'incostituzionalità della fattispecie di cui al 416-*bis*, dato che la concezione ontologica che gli è sottesa finisce per considerare il reato come male *quia peccatum* e non solo *quia prohibitu*, e fa passare l'idea che si debba punire non per quel che si è fatto ma per quel che si è.

[321] Cfr. in argomento ALEO S., *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pisa, 2020, passim.

[322] NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale, in Crit. dir., 1995,* p. 265.

Certamente, però, tale tecnica legislativa, adottata, si ricordi, in un clima emergenziale[323], si ripercuote sulla delimitazione dei tratti di tipicità, sia con riferimento al metodo mafioso che con riferimento alla partecipazione associativa, come emergerà dalla successiva trattazione.

4.1. La costruzione processuale dei tratti tipici del metodo mafioso

4.1.1. L'organizzazione e la forza di intimidazione

La descrizione del metodo mafioso è affidata a tre elementi: la forza di intimidazione del vincolo associativo, la condizione di assoggettamento e la condizione di omertà. La presenza di tali requisiti presuppone anche l'esistenza stabile e permanente di una struttura organizzativa[324], la quale costituisce il nesso tra forza di intimidazione e la condizione di assoggettamento ed omertà che da essa deriva e permette così di escludere la rilevanza ex art. 416-*bis* c.p. di raggruppamenti rudimentali[325].

Nonostante si siano a lungo registrati degli orientamenti contrastanti circa la nozione di "forza di intimidazione"[326], alla luce di una

---

[323] Si rinvia alla puntuale ricostruzione di ZAGREBELSKY G., *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *AA. VV., Giurisprudenza sistematica di diritto penale, diretta* da Bricola F.- Zagrebelsky V., vol. IV, Torino 1996, p. 559 ss.

[324] Così FIANDACA G., *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro It.*, 1985, 5, p. 304; SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 23; DE FRANCESCO G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 1992. p. 113; *contra* invece NEPPI MODONA G., *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 4, 1983, p. 49.

[325] Così RONCO M., *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in Romano B. - Tinebra G., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 72

[326] Al momento dell'introduzione della norma nell'ordinamento FIANDACA G., *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646,* in *Leg. pen.*, 1983, p. 259 ss., era dell'avviso che tale formulazione legislativa "si avvalgono" volesse semplicemente fornire una immagine "dinamica" della mafia, punibile però già per il solo vincolo associativo. V. anche DE FRANCESCO G., voce *Associazione per delinquere, e*

giurisprudenza ormai consolidata si tratta di un reato di pericolo per la cui integrazione il sodalizio punibile deve avere maturato una carica intimidatrice "autonoma" [327] oggettivamente riscontrabile e quindi oggetto

associazione di tipo mafioso, in *Dig. d. pen.,* vol. I, Utet, 1987, p. 312, e, pur con diversità di accenti, BERTONI R., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1017 s.; FORTUNA F., *La risposta delle istituzioni alla criminalità mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 203 ss; NEPPI MODONA G., *Il reato di associazione mafiosa*, cit., 1983, IV, p. 123 ss. In giurisprudenza v. Cass., sez. I, 30 gennaio 1985, Scarabaggio, in *Riv. pen.*, 1985, p. 1113; Cass., sez. I, 30 settembre 1986, Amerato, ivi, 1987, p. 871; Cass., sez. I, 6 aprile 1987, Aruta, ivi, 1988, p. 1006; Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 1989, Teardo e altri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1182; Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2003, n. 45711, Peluso, in *CED Cass.*, n. 227994; Cass. pen., sez. V, 25 giugno 2003, n. 38412, Di Donna, ivi, n. 227361. *Contra* DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988, pp. 289 ss. DE VERO G. *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1998, p. 385 ss.; In particolare, secondo De Vero nel requisito in esame andava letta la necessità di riscontrare una serie ripetuta di attuali fatti di minaccia e di violenza personale e reale, vale a dire da una pratica attuale e seriale dell'intimidazione, la cui materialità ed offensività compensa il deficit di legittimità ascrivibile alla natura non intrinsecamente criminosa della gran parte delle finalità associative tipizzate nell'art. 416-*bis* c.p. Ma v. anche LIGUORI L., *La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso*, cit., 1988, p. 1611 s.; SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 26 ss.; ARCERI A. *Sull'art. 416-bis e in particolare sull'uso della forza intimidatrice*, in *Giur. Merito*. 1995, 2, p. 317. Per quanto riguarda la giurisprudenza, si vedano Cass. pen., sez. I, 19 marzo 1992, D'Alessandro, in *Giust. pen.,* 1992, II, p. 535; Cass. pen., sez. I, 20 novembre 1992, De Feo, ivi, 1994, II, col. 11; Cass. pen., sez. I, 23 marzo 1994, Pulito, ivi, 1994, III; Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 1997, n. 4307, Magnelli, ivi, n. 211071; Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 9604, Marinaro, in *C.E.D. Cass.,* n. 228479; Cass. pen., sez. I, 16 maggio 2011, n. 25242 in *CED Cass*. 250705.

[327] Secondo INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 68, il requisito minimo per poter imputare l'art. 416- bis è l'esistenza della carica di intimidazione, cui fanno seguito assoggettamento ed omertà solo qualora la prima sia sfruttata: la capacità di intimidire deve cioè essere "idonea a determinare, se utilizzata, una condizione di assoggettamento e omertà". Per TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa,* cit. p. 131 ss. invece, la carica di intimidazione, benché non sfruttata attivamente, già di per sé determina in via inerziale nei terzi condizioni di assoggettamento e di omertà "primordiali" e generiche, diverse da quelle individuali prodotte in chi è soggetto passivo dell'esercizio della forza di intimidazione. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 1997, Magnelli, CED-211071; Cass. pen., sez. VI, 10 marzo 1995, Monaco, in *CED-202579;* Cass.

di specifica prova, che ingeneri nell'ambiente circostante un alone di assoggettamento ed omertà[328]. Non si ritiene quindi necessaria l'esplicazione di condotte di violenza o minaccia da parte dei singoli associati né la realizzazione delle finalità associative[329].

---

pen., 11 febbraio 1994, De Tommasi, in *CED-198577,* p. 30. Di recente, Cass. Pen., sez. un., 27 maggio 2021, n.36958, "relativamente alla natura giuridica della fattispecie, il collegio ritiene che, pur non potendosi mettere in dubbio la natura di reato di pericolo, per integrare il tipo occorre riscontrare empiricamente che il sodalizio abbia in termini effettivi dato prova di possedere tale "forza" e di essersene avvalso. Si supera così l'interpretazione volta a conferire alla locuzione un rilievo solo sul piano soggettivo, ossia come mera intenzione di "avvalersi" e si attribuisce rilievo all'oggettività del metodo mafioso in ossequio ai già menzionati principi di oggettività ed offensività. […] Se, pertanto, occorre che il sodalizio mafioso, nel contesto di riferimento, abbia realizzato una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile, ciò significa che la natura di pericolo della fattispecie implica che l'organizzazione deve essere concretamente in grado di porre in pericolo l'ordine pubblico, l'ordine economico e la libertà di partecipazione alla vita politica, non essendo sufficiente il mero pericolo che i suoi elementi costitutivi possano manifestarsi".

[328] Nell'acquisizione di un'autonoma valenza intimidatrice del vincolo, anche indipendentemente dalla realizzazione attuale di atti di violenza o minaccia, è stato, peraltro, individuato il momento di trapasso dall'associazione per delinquere comune all'associazione mafiosa, che viene ad esistere quando l'associazione gode di una sufficiente fama di potere violento e prevaricatorio. Cfr. DE FRANCESCO G., *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, cit., p. 310.

[329] Anzi, l'eventuale accertamento di concreti atti di intimidazione non è di per sé indicativo dell'esistenza di un'associazione mafiosa, ma lo è nella misura in cui essi appaiono ricollegabili ad una effettiva capacità criminale del sodalizio, di cui gli affiliati siano consapevolmente in grado di poter disporre. Frequente in giurisprudenza l'affermazione che la forza intimidatrice è l'"in sé" dell'associazione mafiosa: elemento strumentale che "trascende la stessa tipicità della condotta associativa" Nel senso che "è l'associazione, e solo l'associazione, indipendentemente dal compimento di specifici atti di intimidazione, ad esprimere il metodo mafioso e la sua capacità di sopraffazione". Negli esatti termini v. Cass. pen., sez. II, 12 settembre 2013, Cicero, in CED-258637; Cass. pen., sez. II, 16 aprile 2013, Avallone, in *CED-256039*; Cass. pen., sez. II, 30 aprile 2013, Gioffrè, in *CED-255708*; Cass. pen., sez. I, 16 maggio 2011, Baratto, in *CED-250704*; Cass. pen., sez. V, 16 marzo 2000, Frasca, in *CED-215965*; Cass. pen., sez. I, 10 luglio 2007, Brusca, in *CED-237619*; Cass. pen., sez. II, 15 aprile 1994, n.

Per chiarire ulteriormente il concetto bisogna ricordare come l'intimidazione mafiosa sia tradizionalmente per lo più indiretta e sottilmente allusiva. Pertanto, essa raggiunge i suoi effetti senza necessità di ricorrere alla minaccia o alla violenza, come conferma la stessa giurisprudenza più risalente in materia[330], confortata anche dalla elaborazione sociologica[331].

Da ciò consegue che le circostanze di fatto che provano la sussistenza di una carica intimidatoria autonoma, non devono essere ricercate in comportamenti attivi di intimidazione, quanto piuttosto in condizioni passive di timore dei non associati e dei vantaggi che ne trae l'associazione[332].

Peraltro, la giurisprudenza ha anche osservato che la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed

---

5386, Matrone, in *CED-198647*; Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1991, n. 6203, Grassonelli, ivi, n. 188023; Cass. pen., sez. I, 13 giugno 1987, n. 3492, Altivalle, ivi, n. 177895; Cass. pen., sez. I, 6 aprile 1987, n. 13070, Aruta, ivi, n. 177304; Cass. pen., 1 luglio 1987, Ingemi, in *Riv pen.,* 1988, p. 642.

[330] Cass. pen., sez. II, 24 marzo 1972, Balsamo, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1973, p. 999, m. 1280; Cass. pen., 5 novembre 1979, Mannolo, in *Giust. Pen.*, 1980, II, c. 279.

[331] "Il potere mafioso (..) si esprime attraverso l'esercizio del terrore e dell'intimidazione, non sempre attraverso forme esplicita, ma più spesso attraverso un capillare sistema di influenze e di condizionamenti". Così DALLA CHIESA N., *Mafia: questione del potere e istituzioni*, in AA. VV, *Mafia e Istituzioni, Mafia. Questione del potere e istituzion*i, Reggio Calabria-Roma, 1981, p. 114.

[332] Si veda ad es. Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2004, Foriglio, in CED-230019, in cui la Suprema Corte ha ritenuto congrua la motivazione dei giudici di merito che avevano valorizzato "l'atteggiamento remissivo dei proprietari [di un terreno agricolo] per timore di ritorsioni".

il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non debba tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale[333].

4.1.2. L'assoggettamento e l'omertà

Gli altri due elementi che costituiscono il metodo mafioso sono l'assoggettamento e l'omertà. Appare fin da subito evidente come si tratti di concetti non facilmente afferrabili, eppure sono la chiave per l'interpretazione della fattispecie: da un lato, perché ne sono anch'essi elementi costitutivi che richiedono autonoma prova, dall'altro perché la loro sussistenza costituisce anche la "riprova", difficilmente rinunciabile, di una effettiva forza di intimidazione, così per come descritta nel precedente paragrafo[334].

D'altronde, è chiaro dalla formulazione della norma che tali concetti non vadano intesi come semplici corollari dell'intimidazione, come dimostra la locuzione "condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva".

Tanto l'assoggettamento quanto l'omertà devono potersi riscontrare all'esterno dell'associazione, e non solo all'interno della stessa[335].

---

333 Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 1989, Teardo e altri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1182 ed in seguito nella fase cautelare del processo Mafia Capitale, Cass. 10 aprile 2015, n. 24535, e n. 24535, in *Cass. pen.,* n. 1/2016, p. 125 con nota di APOLLONIO A., *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, 1/2016, p. 128.

334 INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 75 ss.; TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 162 s.

335 FIANDACA G., *Commento,* cit., p. 260, per primo aveva distinto la coazione interna da quella esterna, sottolineando come "il cemento che lega tra loro gli associati più che dal timore e dalla soggezione, è costituito dalla comune adesione ad una specifica subcultura".

L'assoggettamento consiste nella compressione della libertà morale provocata dall'immanenza intimidatoria, che comporta un'assunzione di comportamenti conformi alle pretese e alle finalità dell'associazione per paura delle conseguenze.

L'omertà è una declinazione particolare della condizione di assoggettamento, che evoca il modello, presente nella mente del legislatore, della mafia siciliana, e consiste in una progressiva sfiducia nell'idoneità dello Stato a garantire protezione, che si esprime in condotte di reticenza con l'autorità e di favoreggiamento nei confronti dei membri del sodalizio[336].

Il riferimento all'omertà, un concetto, invero, più sociologico che giuridico, ha sollevato perplessità in ordine al difetto di tassatività, precisione e determinatezza. Taluni ritengono come il rischio potrebbe essere scongiurato non considerando tale elemento come requisito autonomo, bensì come esemplificazione di una delle più caratteristiche espressioni dell'assoggettamento[337].

Tuttavia, sotto il profilo della politica criminale e giudiziaria, la discussione sulla nozione di omertà è il sintomo di un vivo contrasto tra chi vorrebbe riservare l'applicazione dell'art. 416-*bis* c.p. al sodalizio mafioso classico e chi vorrebbe generalizzare la nozione di omertà, disancorandola

---

[336] Così RONCO M., *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 72; FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale*? *Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale*", in *Dir. Pen. Cont.*, 9 giugno 2016, p. 7. Esprime la necessità di utilizzare un "concetto normativo" di omertà, limitato rispetto all'accezione del termine nell'ambito delle mafie storiche, TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 162 s., che sottolinea il "rischio di aprire il varco ad approcci in chiave spiccatamente sociologica".

[337] Così RONCO M., *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 78.

dal dato regionalistico, per poter applicare la fattispecie anche alle "nuove mafie" che si manifestano in contesti di abuso di potere politico-amministrativo[338].

4.1.3. Le finalità dell'associazione. La centralità del metodo mafioso

La consapevolezza acquisita già in sede giurisprudenziale, prima dell'introduzione dell'art. 416-*bis* c.p., delle dimensioni economicamente rilevanti del fenomeno mafioso, si è tradotta nella previsione legislativa di diverse finalità che possono caratterizzare l'associazione.

Accanto a finalità di carattere sicuramente penale, come la commissione di delitti[339], ve ne sono altre che di per sé potrebbero essere giuridicamente lecite, come l'acquisizione diretta o indiretta della gestione o comunque del controllo di attività economiche.

Alla luce di quanto finora emerso, di fronte alla compresenza di finalità lecite e illecite, si può affermare che l'elemento cardine della definizione di associazione mafiosa è proprio costituito dal metodo, che consiste negli

[338] Sul tema si consenta il rinvio a VITARELLI F., *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, in *LP online,* 2020, passim.

[339] Va precisato che secondo TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 203, la finalità di commettere delitti è solo apparentemente alternativa rispetto alle altre finalità: lo è con riferimento ad un eventuale programma di delinquenza che trascenda quello criminale, ma è invece necessariamente presente e connaturata al fatto base con riferimento al solo programma delinquenziale minimale limitato ai reati di minaccia e violenza privata. L'associazione non è mai totalmente priva del suo programma di delinquenza, neppure quando apparentemente presenza solo una delle finalità para lecite. Con la conseguenza che il reato associativo mafioso è sempre in rapporto di specialità con l'associazione per delinquere di tipo comune.

strumenti attraverso i quali le varie finalità possono essere perseguite (anche alternativamente)[340].

Infatti, quando la finalità dell'associazione costituisce di per sé un reato, il metodo mafioso ha la funzione di ulteriore qualificazione di un'attività criminale, che comporta l'applicazione di un regime sanzionatorio e di un apparato processuale e preventivo-amministrativo di peculiare rilievo (quello dell'art. 416-*bis* c.p.).

Quando invece la finalità è lecita, come nel caso di acquisizione o controllo di determinate attività economiche, il metodo mafioso svolge una funzione costitutiva, attraendo nell'orbita della fattispecie incriminatrice un'attività che, altrimenti, sarebbe stata assolutamente lecita.

Il fatto che il legislatore del 1982 abbia descritto il metodo mafioso di cui al III comma dell'art. 416-*bis* c.p. avendo in mente un modello ben preciso (quello del metodo caratterizzante la mafia siciliana) non significa, naturalmente, che la norma dovesse limitarsi a disciplinare quella particolare realtà criminale, geograficamente connotata.

Anzi, come si è già avuto modo di sottolineare, la volontà del legislatore era quella di codificare una fattispecie generale e astratta potenzialmente applicabile a prescindere dai confini geografici e culturali, in linea con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità precedente all'introduzione della norma, che aveva superato qualsiasi visione "localistica" dei fenomeni mafiosi[341].

[340] Così TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 200.
[341] V. § 4.1.

Non a caso, con l'ultimo comma[342] il legislatore ha voluto richiamare l'attenzione dell'interprete sul senso dell'effettiva sostanziale convergenza di quei fenomeni variamente denominati in un unico fenomeno imprenditorial-criminale, all'interno del quale non è importante individuare le distinzioni sotto il profilo dell'origine regionale o delle radici più remote, quanto piuttosto mettere in risalto gli aspetti che lo caratterizzano nella sua dimensione nazionale: la struttura organizzativa, l'intimidazione sistematica da cui derivano assoggettamento ed omertà, inseriti in un programma criminoso finalizzato all'arricchimento illecito e al controllo di attività economiche e di settori della pubblica amministrazione. Il tutto improntato ad una logica di dominio e di conquista illegale e violenta di spazi di potere reale, a scapito delle componenti sociali non mafiose[343].

4.1.4. La configurabilità di una mafia "soltanto giuridica" e le persistenti aporie interpretative

Si può quindi confermare quanto anticipato in sede introduttiva, ossia che la norma ha enucleato i caratteri comuni ed essenziali del fenomeno costruendo una categoria generale e astratta che trascende l'approccio regionalistico: il che risponde ad una corretta tecnica legislativa, dal momento che l'art. 416-*bis* c.p. è una norma dell'ordinamento giuridico

[342] Così il 416 bis c.p. comma VII: Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla ´ndrangheta, alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

[343] Così TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 112.

nazionale, e non già un "editto eccezionale applicabile a determinate zone"[344].

L'art. 416-*bis* c.p. rappresenta quindi un'avanzata risposta istituzionale ad un fenomeno criminale *lato sensu* mafioso di cui il legislatore ha pienamente inteso la dimensione nazionale e in relazione al quale i termini mafia e mafioso assumono una accezione tecnico-giuridica indipendente e autonoma da ogni altra possibile accezione.

Tuttavia, diverse sono le questioni che, a partire dalla formulazione letterale della fattispecie, rimangono inevitabilmente aperte[345].

Ad esempio, le dimensioni che un sodalizio criminale, ovunque costituitosi, deve possedere per rispondere ai requisiti dell'art. 416-*bis* c.p.; quanto esteso l'ambito soggettivo (e/o territoriale) su cui deve esercitarsi la forza d'intimidazione e che deve risultarne assoggettato; da quale tipo di timore deve essere indotta la condizione di assoggettamento e quale significato dare al termine "omertà", al di là del suo originario e specifico significato tratto da una ben definita realtà locale.

Sono queste alcune delle aporie a cui la giurisprudenza sta cercando di fornire risposte e che si sono ancora più accentuate nel momento in cui nella prassi ci si è dovuti confrontare con nuove forme di manifestazione

---

[344] Cfr. TURONE G., cit., Ibidem; BERTONI R., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1017 s.

[345] Come evidenza FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale*? *Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale*", cit., p. 10.

del fenomeno mafioso: le "mafie straniere", le "mafie delocalizzate" [346], ed infine le "mafie autoctone"[347].

Se infatti, la definizione dei tratti della partecipazione associativa ha sempre causato oscillazioni giurisprudenziali, soprattutto per chiarire e delimitare i confini con il concorso esterno, l'emergere di nuove forme di manifestazione del fenomeno ha portato a ridiscutere anche la definizione di metodo mafioso di cui al terzo comma.

Infatti, tali associazioni, pur non rispondendo più ai canoni tradizionali ed etnografici del fenomeno mafioso classico sociologicamente inteso, potrebbero rientrare nell'ambito applicativo della fattispecie nella misura

---

[346] Si tratta di associazioni che si sono manifestate nel nord Italia come emanazione spesso "silente", di sodalizi fortemente radicati nelle regioni meridionali (specialmente la 'Ndrangheta calabrese) la mobilità dei mafiosi tradizionali, cui si riferisce il fenomeno delle "mafie delocalizzate", pure essendo un dato di indubbio rilievo, è solo una spia, ma non la vera essenza della dimensione nazionale del fenomeno mafioso così come essa è stata intesa dal legislatore , il quale ha invece tenuto conto del fatto che la forza intimidatrice del vincolo associativo, la condizione di assoggettamento e la condizione di omertà ben possono manifestarsi anche in talune vaste organizzazioni criminali e imprenditorial-criminali di natura eterogenea, operanti su scala nazionale e spesso internazionale, con forte presenza nei grandi agglomerati urbani del centro nord, più o meno collegate a centri di potere occulto. V. in argomento VARESE F., *Mafie in movimento. Percorsi e geografie del crimine organizzato*, Torino, 2011, passim; VISCONTI C., *Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord, in Libro dell'anno del diritto 2016*, in www.treccani.it.; SERRAINO F., *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 264 ss.; SPARAGNA R., *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.* (web), 10 novembre 2015; BALSAMO A. - RECCHIONE S., MAFIE al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto, in *Dir. pen. cont.* (web), 18 ottobre 2013; VISCONTI C., *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord: una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?,* in *Dir. pen. cont.*, 1/2015, p. 367.

[347] Si tratta di mafie non tradizionali che nascono in contesti nuovi. Per un quadro generale cfr. SANTORO M. (a cura di), *Riconoscere le mafie: cosa sono, come funzionano, come si muovono*, Torino, 2015; PIGNATONE G. -PRESTIPINO M., *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi, Roma-Bari*, 2019.

in cui integrino gli elementi costitutivi della norma giuridica, per come descritta dal III comma dell'art. 416-*bis* c.p.[348].

Ciò posto, analizzando la giurisprudenza in materia, è stata rilevata da attenta dottrina la tendenza a modellare i tratti di tipicità della fattispecie stessa, nonché il tipo criminoso che dovrebbe esprimere, in base alle esigenze processual-probatorie che di volta in volta si presentano[349].

In particolare, a titolo esemplificativo, vi è stata per un periodo la tendenza a operare una distinzione sul piano dell'accertamento probatorio nel caso di mafie storiche e mafie storiche "delocalizzate", secondo cui la mafia "silente" delocalizzata che non avesse ancora acquisito la carica intimidatrice autonoma ma risultasse collegata alla 'ndrangheta avrebbe potuto comunque rispondere di 416 bis c.p.[350].

---

[348] Cass. pen., 22 ottobre 2019 n. 18125, p. 281. La sentenza, se da un lato ammette che in presenza di sodalizi non tradizionali – mafie straniere, delocalizzate, autoctone – si possa verificare una «riduzione di scala» dei requisiti richiesti per accertare la sussistenza di un'associazione mafiosa, dall'altro tiene a ribadire che «la riduzione di scala non consente comunque scorciatoie probatorie» in riferimento all'accertamento del metodo mafioso.

[349] Sul tema v. di recente VISCONTI C. – MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. Pen. Cont*., 24 gennaio 2019, p. 5 ss.; VITARELLI F., *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, cit., passim.

[350] Tale distinzione si basa su un'impostazione sostenuta da parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la S.C. ha ritenuto che il reato di cui all'art. 416 bis sia configurabile nel caso in cui, in caso di nuova articolazione periferica (c.d. «locale») di un sodalizio mafioso radicato nell'area tradizionale di competenza, il reato in esame doveva ritenersi anche in difetto della commissione di reati-fine e della esteriorizzazione della forza intimidatrice, qualora emerga il collegamento della nuova struttura territoriale con quella "madre" del sodalizio di riferimento, ed il modulo organizzativo (distinzione di ruoli, rituali di affiliazione, imposizione di rigide regole interne, sostegno ai sodali in carcere, ecc.) presenti i tratti distintivi del predetto sodalizio, lasciando concretamente presagire una già attuale pericolosità per l'ordine pubblico. Così Cass. pen., 3 marzo 2015 n. 31666, in *Cass. Pen.,* 2016, p. 118, v. sul punto VISCONTI C., I *giudici di legittimità ancora alle prese con la mafia silente al nord: dicono di pensarla allo*

A seguito di tali manipolazioni processuali della fattispecie sostanziale, si è affermato criticamente che risulta vano "tentare di forgiare la definizione di metodo mafioso al fuoco di immutabili concetti di diritto penale sostanziale: essa, infatti, è destinata a navigare nel mare aperto della dimensione fattuale e in ultima analisi probatoria che ne leviga i contorni fino a plasmarne i contenuti"[351].

Certamente, tali tendenze non risultano compatibili con i principi fondamentali in materia penale. Vedremo in che modo le Sezioni unite, in assenza di sufficienti indicazioni *ex lege,* hanno tentato di ricostruire in modo univoco e coerente la nozione di metodo mafioso.

4.2. La costruzione processuale dei tratti tipici della partecipazione associativa

L'art. 416-*bis* c.p. si apre con la seguente formulazione «chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni». Un assetto normativo siffatto si presenta all'interprete in un modo tale da rendere inevitabile un intervento giurisprudenziale volto a chiarirne meglio la portata applicativa.

---

stesso modo ma non è così, in *www.penalecontemporaneo.it* 5.10.2015. Tuttavia, il Primo Presidente della Corte con decreto del 28 aprile 2015, ha negato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul presupposto secondo cui la forza di intimidazione deve assumere sempre i caratteri di obbiettiva percepibilità all'esterno, attualità, effettività: v. Cass. pen., 17 giugno 2016, n. 55359 Pesce; Cass. pen., 1° marzo 2017, n. 27094 Milite; Cass. pen., 28 marzo 2017 n. 24850 Cataldo e lo conferma da ultimo la Cassazione Mafia Capitale, Cass. pen., 22 ottobre 2019, n. 18125. Cfr. per un'approfondita ricostruzione si rinvia a GARGANI A., *sub art. 416-bis -Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, 2825 ss.

[351] VISCONTI C. - MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis.,* cit., p. 8.

L'influenza del formante giurisprudenziale nella definizione della fattispecie, come detto, si è avvertito di recente anche in riferimento al III comma dell'articolo in esame che definisce il metodo mafioso, ma tradizionalmente è con riferimento alla condotta di partecipazione all'associazione di tipo mafioso che il *deficit* di tipicità "sostanziale" si avverte maggiormente: è innegabile che il legislatore abbia sotto tale profilo delegato *tout court* alla giurisprudenza il compito specificare gli elementi costitutivi del reato in questione[352].

Peraltro, posto che la tipicità della condotta di partecipazione è già di per sé un terreno scivoloso, il *deficit* di tassatività si accentua laddove debba individuarsi la condotta del concorrente esterno punibile ex artt. 110 e 416-*bis* c.p. [353].

---

[352] Sul tema, diffusamente, NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.,* 1995, p. 265, secondo cui l'art. 416-*bis* c.p. è tra le più «importanti norme di rilievo processuale», giacché «…] attualmente il rapporto [tra norma sostanziale e processo] tende a rovesciarsi: ora è la disciplina incriminatrice che spesso viene scelta e costruita, in funzione di un certo tipo di processo». Ma anche v. INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in Quest. Giust., 2002, 579 ss. DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. Pen.*, n.1, 2017. Sulla "tipicità di contesto" dell'associazione di tipo mafioso v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 54; ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 135.

[353] Infatti, una delle critiche rivolte dalla dottrina alla configurabilità di un concorso "eventuale" nel reato a concorso necessario, fin dall'introduzione dell'art. 416-bis c.p., riguardava proprio l'identicità della dinamica di tipizzazione causale del concorso esterno e della partecipazione. Secondo questa impostazione, l'apporto reso dall'agente sarebbe stato inglobato dalla condotta partecipativa se particolarmente significativo, mentre in caso contrario si sarebbe stati al di sotto della soglia del penalmente rilevante per mancanza di offensività v. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano 1986, 148 ss., Id., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro It*., 1995, II, c. 429 ss.; SIRACUSANO F., *Il concorso di persone e*

Non a caso, si ricordi incidentalmente che tale istituto, utilizzato per reprimere le condotte della "contiguità compiacente"[354], ha dato luogo ad un acceso dibattito nell'ordinamento interno[355] ed è da sempre considerato

le fattispecie associative, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1872 ss.; MANNA A., *L'ammissibilità del concorso esterno nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p.1189 ss.; MUSCATIELLO V. B., *Profili giurisprudenziali e verifiche dommatiche del concorso eventuale in fattispecie associative*, in *Studi in memoria di Renato Dell'Andro*, II, 1994, 589 ss.; ID., *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 184 ss.; DE VERO G., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1325 ss.

[354] Secondo la Corte EDU, si tratta di un istituto di origine giurisprudenziale, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015, il cui § 141 recita, infatti: «(...) *non è oggetto di contestazione tra le parti che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale*». Si ricordi a tal proposito la Suprema Corte sul punto, sottraendosi ad un reale dialogo con Strasburgo, sottolinea che "la sentenza resa nel caso Contrada c. Italia muove da una premessa del tutto errata, ossia che il reato del quale si discute abbia origine giurisprudenziale, laddove, al contrario, la punibilità del concorso eventuale di persone nel reato nasce, nel rispetto del principio di legalità, sancito dall'art. 1 cod. pen. e dall'art. 25, comma secondo, Cost., dalla combinazione tra le singole norme penali incriminatrice speciali e l'art. 110 cod. pen.", così Cass. pen. sez. II, 21 aprile 2015 n. 34147, Infinito, in *www.penalecontemporaneo.it;* Cass. pen., sez, V, sent. 14 settembre 2016, n. 42996/16, in *Foro it*. 2016, 12, II, p. 69. Ma v. anche Cass. pen. sez. II, n. 34147, 30 aprile 2015, Agostino, in *C.E.D. Cass. 2015,* Cass. pen. sez. II, n. 18132, 13 aprile 2016, Trematerra, in *Riv. pen. 2016*, 6, p. 549; Cass. pen. sez. II, n. 22447 del 18 maggio 2016, Spinoccia.

[355] In dottrina v. VISCONTI C., *Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di dell'Utri*, in *Dir. pen. cont.,* 18 ottobre 2016; Cfr., ad es., CONIGLIARO C., *La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015; DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 11 ss.; GIORDANO S., *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2015, p.1 ss.; MAIELLO V., *La Consulta e la Corte Edu attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno,* in *DPP*, 2015, p. 1019; MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015; PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, 46 ss.; MAGGIO P., *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti*

«liquido, fluido, controverso, tormentato, divisivo: insomma polemogeno», come icasticamente definito da Fiandaca[356].

Tornando alla condotta di partecipazione, data la scarsa pregnanza dell'art. 416-*bis* c.p., la giurisprudenza, in mancanza di parametri univoci e certi preesistenti all'esame delle vicende concrete, ha manifestato nel tempo diversi orientamenti interpretativi influenzati dai fatti oggetto di accertamento processuale[357], per due ragioni in particolare.

In primo luogo, spesso accade che la definizione del concetto di partecipazione e simmetricamente di concorso esterno sia influenzata dalle

---

delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo, in *Cass. pen.*, fasc.9, 2016, 3432; DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. Responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 346 ss. MAIELLO V., *La Consulta e la Corte Edu attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *DPP*, 2015, 1019 ss.; GIORDANO S., *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *www.archiviopenale.it*, 22 ss.

356 "Fonte persistente non solo di complesse dispute tecnico-giuridiche, ma persino di guerre di religione combattute a colpi di contrapposti slogan sparati nel circuito politico-mediatico dagli appartenenti ai due partiti avversi dei credenti e dei demolitori. Ciò sino al punto che la discussione pubblica finisce col trasformarsi in una sorta di scena surreale o di teatro dell'assurdo, in cui financo noti e qualificati magistrati finiscono col lasciarsi scappare banalità o sciocchezze" Così, FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica,* in *Dir. pen. cont.,* 1/2012, p. 251.

357 Nel senso che la peculiare struttura dell'incriminazione si riverbera sui modi della valutazione probatoria, in particolare, v. DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso,* cit., p. 15 (nota 70), fa notare che non è affatto casuale che il primo tentativo di definizione di uno «statuto» di utilizzabilità (in senso a-tecnico, si intende) dei saperi extragiuridici di carattere storico o socio-criminologico sia stato compiuto dalla Corte di Cassazione in materia di c.d. contiguità imprenditoriale alle associazioni di tipo mafioso: cfr. Cass., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Foro it.,* 1999, 631 ss., con nota di VISCONTI C., *Imprenditori e camorra: l'«ineluttabile coartazione» come criterio discretivo tra complici e vittime?*.

specifiche caratteristiche criminologiche del tipo di organizzazione criminale oggetto di procedimento penale[358].

In secondo luogo, è il materiale probatorio a disposizione che influisce sul dato sostanziale, dando origine al fenomeno, emblematico in questo ambito[359], ma diffuso, come visto, anche nella criminalità economica, della c.d. processualizzazione delle categorie sostanziali[360].

In particolare, la determinazione dei tratti di tipicità della condotta di partecipazione punibile tradizionalmente oscillava tra l'adozione del modello causale o e quello organizzatorio, fino ad approdare al modello misto[361], tendenzialmente consolidatosi a seguito della pronuncia Mannino II.

---

[358] Si tratta della precomprensione socio criminologica del tipo di fenomeno associativo, che prescinde dal contenuto testuale della norma, in favore di fattori extratestuali ai fini della concretizzazione ermeneutica della fattispecie, v. FIANDACA G., *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 357 ss.; più di recente, approfondisce il rapporto tra modelli criminologici esperienziali e fattispecie incriminatrice, RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., p. 693 ss.

[359] Sul tema INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali,* in *Quest. Giust.*, 2002, p. 579 ss.; VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, p. 233 ss.; più di recente DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. Pen.*, n.1, 2017.

[360] Cfr. PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.,* 1999, p. 539, là dove osserva: «quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono», ma anche GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio*", in *Leg. pen.*, 2013, p. 846 ss.

[361] Su questo tema v. FIANDACA G., *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, BARILLARO M. (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territori*ali, Milano 2004, pp.

A riprova di quanto detto, di recente, con l'avvento di nuove forme di manifestazione del fenomeno mafioso, non più legate al "rito di iniziazione" che segna l'ingresso del partecipe nell'associazione, la giurisprudenza di legittimità è sembrata ritornare in alcune pronunce su una prospettiva di fatto "causale" [362], che tende ad assorbire ogni considerazione in ordine al ruolo assunto dall'agente nel contesto organizzativo[363], atteso che il sostrato elementare della nozione di "partecipazione" è individuato nello specifico ed effettivo apporto prestato dall'intraneo in favore dell'associazione, da valutarsi alla stregua di effetti di rafforzamento o

45. p. 42 s; ORLANDI R., *Le peculiarità del tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 534; VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 235 s., che nel descrivere questo processo, si richiama alla teoria dei concetti disposizioni propria della filosofia analitica. I concetti disposizionali sono concetti che indicano tendenze, capacità, inclinazioni, che possono essere rilevate solo attraverso indicatori esterni, come il concetto di "messa a disposizione" (in riferimento alla partecipazione) e il concetto di "contributo idoneo" (per il concorso esterno) Gli elementi fattuali utilizzai in funzione probatoria riempiono di contenuto il concetto di diritto penale sostanziale che viene in rilievo. Per un approfondimento sul tema cfr. MYLONOPOULOS C., *Komparative un Dispositionsbegriffe im Stafecht*, Frankfurt 1998, p. 77 ss.

[362] Come rileva DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 22 ss.

[363] Le ambiguità di fondo che già connotavano lo statuto di tipicità della partecipazione interna delineato dalle Sez. un. Carnevale perpetuatisi con la sentenza Mannino "II", tendono a riproporsi, in forma più latente, nell'odierna giurisprudenza, dove si registra un Cfr. Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, II, p. 453 ss.: sono ben noti i passaggi dell'iter motivazionale, ivi sviluppato, in cui si condensano le oscillazioni concettuali e ricostruttive tra i due modelli di partecipazione, causale ed organizzatorio. A distanza di anni, è forte l'impressione che le Sez. un., nel vano tentativo di realizzare una sintesi interpretativa degli aspetti qualificanti la partecipazione interna secondo i coevi indirizzi giurisprudenziali, abbiano coniato una fattispecie dalla struttura ibrida, per tale ragione gravemente esposta alle prevaricanti interferenze della dimensione probatoria sul modello legale.

conservazione delle capacità operative dell'ente (già realizzate o che egli sia idoneo a realizzare)[364].

4.3. Segue. La stretta correlazione tra la costruzione giurisprudenziale dei tratti tipici del metodo mafioso e della partecipazione punibile

Come già detto, l'estensione dell'ambito di operatività della fattispecie nei confronti di nuove forme di manifestazione del fenomeno mafioso ha portato a quella che è stata denominata una "rivisitazione"[365] dei suoi tratti tipici[366], un processo che ha avuto delle conseguenze anche sul piano della tipizzazione della condotta di partecipazione, non più legata al "rito" di iniziazione che segnava l'ingresso nell'associazione.

Si può, quindi, rilevare la stretta interdipendenza tra evoluzione giurisprudenziale in tema di metodo mafioso e definizione dei tratti tipici della partecipazione punibile (e concorso esterno), dovuta al carattere aperto ed elastico della formulazione normativa che abbiamo avuto modo di esaminare.

Invero, tali mutamenti interpretativi non sono sempre immediatamente decifrabili, in quanto spesso "si annidano" tra le pieghe probatorie[367] o si

---

[364] Cfr., tra le altre, Cass., Sez. II, 3 maggio 2012, D'Ambrogio e altri, in *Dejure;* Cass., Sez. VI, 20 maggio 2015, Cataldo e altri, cit.; PADOVANI T., *Il concorso esterno: alla ricerca del "bandolo" di un'intricata questione*, in *Leg. Pen.*, 3/2012, p. 730 ss.

[365] VISCONTI C. – MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 gennaio 2019, p. 5 ss.

[366] Come evidenza FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale*? *Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale*", cit., p. 10, ma anche v. VISCONTI C.-MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis,* cit., p. 5 ss.

[367] Sul punto MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in *Scenari di mafia,* Fiandaca G.-Visconti C. (a cura di),

"camuffano" dietro un ossequio meramente formale al precedente nomofilattico[368].

Tuttavia, abbiamo visto come di fatto essi incidano sul tipo criminoso e dunque sulla determinazione in concreto dei confini della fattispecie astratta di cui all'art. 416-bis c.p.[369].

Bisogna a questo punto sottolineare, riprendendo le riflessioni svolte nel precedente capitolo, che non sempre estendere l'ambito di operatività della fattispecie significa forzare il dato normativo mediante un'operazione analogica *contra legem*.

Vi possono anche essere dei mutamenti interpretativi significativi, purché coerenti con il disvalore tipico espresso dalla fattispecie astratta. Il problema sorge quando il tipo criminoso non è pienamente espresso *ex ante*.

In altri termini, con riferimento al metodo mafioso, l'applicazione della norma alle "nuove mafie" non è di per sé un'estensione *contra legem*. Non vi sono ostacoli nella *littera legis* che impediscano di applicare la norma a realtà come quella delle mafie straniere, delle mafie delocalizzate e delle mafie autoctone, purché però si rispetti il criterio oggettivo relativo alla effettiva sussistenza della carica intimidatrice autonoma, che determini assoggettamento ed omertà. Sono invece, da respingere gli orientamenti giurisprudenziali volti ad avallare una repressione del fenomeno mafioso

---

Torino 2010, p. 491 s.; ID., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata,* in AA.VV., *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparata*, Padova, 2002, p. 199.

[368] Sul punto VISCONTI C.-MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis.,* cit., p. 20 ss.

[369] DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 30 ss.

ad uno stadio ancora "silente" [370], in violazione dei principi di materialità e offensività.

A tali manipolazioni interpretative del tipo si è pervenuti perché – evidentemente - non era sufficientemente chiaro *ex ante* il confine del disvalore tipico della fattispecie. Vedremo come le Sezioni unite si sono espresse di recente nel tentativo di assicurare una lettura coerente del dato normativo.

Per quanto riguarda invece il profilo della definizione dei tratti tipici della partecipazione associativa e del concorso esterno, la riscoperta del paradigma causale potrebbe giustificarsi a fronte dell'inadeguatezza del modello organizzatorio-strutturale ad inquadrare la partecipazione associativa laddove vengano meno, con l'evolversi del fenomeno, manifestazioni formali o rituali che fungano da "indicatori" dell'inserimento nel tessuto organizzativo.

Anche in questo caso, appare evidente la difficoltà di riconoscere chiaramente *ex ante* i confini del tipo. A tal proposito, assume una certa rilevanza ai nostri fini la recente pronuncia in esame perché dimostra come, nel tentativo di recuperare una dimensione di tipicità quanto ai requisiti della partecipazione punibile, la giurisprudenza sia stata portata ad elaborare degli "indicatori" tratti dal contesto applicativo.

[370] Sul punto v. *supra* cap. II, § 2.

4.4. Le Sezioni unite Modaffari: tipo criminoso e disvalore di contesto mediante "indici di mafiosità"

Come noto, diverse volte negli anni la Cassazione a Sezioni unite è dovuta intervenire sui profili applicativi del 416 bis c.p. [371]. È tornata a farlo nel 2021, a distanza di quarant'anni dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 416-*bis* c.p.[372], cogliendo l'occasione, per puntualizzare i più recenti esiti interpretativi riguardanti da un lato il metodo mafioso e dall'altro la partecipazione associativa.

In realtà, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su un quesito che riguarda i sodalizi tradizionali, ossia se l'affiliazione rituale ad un'associazione c.d. storica costituisca di per sé un indice sufficiente della partecipazione associativa ex art. 416 bis c.p.

Eppure, sebbene il contesto empirico-criminologico in cui si inquadra la *questio iuris* sia ben diverso da quello delle nuove forme di manifestazione del fenomeno, la Corte coglie l'occasione per una ricostruzione esegetica unitaria, che lega assieme "vecchie" o "nuove" mafie individuando alcuni principi fondamentali connessi al "tipo

[371] Fatte salve le tre note pronunce a Sezioni Unite sul concorso esterno, tutte peraltro richiamate nella sentenza in commento in quanto utili a lumeggiare, in termini generali, il tema della partecipazione: Cass. pen., sez, un., 5 ottobre 1994 (dep. 1995), n. 16 - rv. 199386 (c.d. "Demitry"); Cass. pen., sez. un., 30 ottobre 2002 n. 22327 - rv. 224181 (c.d. "Carnevale"); Cass. pen. sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748 (c.d. "Mannino"); tra i contributi sul tema si ricordano CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, e VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

[372] Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 36958.

criminoso" dell'associazione di tipo mafioso, che si rivelano quindi fondamentali ai fini della presente trattazione[373].

In particolare, la Corte rileva come le significative oscillazioni interpretative che da sempre investono la fattispecie denotino una "tipicità incompiuta"[374] della previsione normativa più che un fisiologico contrasto esegetico attinente ad aspetti del tipo.

4.4.1. La nozione di metodo mafioso

In primo luogo, la Corte si sofferma sui tratti tipici del metodo mafioso, che, come detto, è stato un punto dibattuto in dottrina e giurisprudenza specialmente con riferimento alle mafie diverse da quelle tradizionali[375]. In particolare, il nucleo problematico riguarda la modalità con cui la cosca, per essere ritenuta sussistente dovrebbe estrinsecare la propria forza di intimidazione, dunque il metodo mafioso.

Dopo aver ripercorso le varie tesi[376], i giudici ritengono che la locuzione "si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo" si traduca

---

373 Si evoca l'imprescindibile testo di R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 2009, tra gli studiosi più attenti del fenomeno delle "nuove" mafie

374 Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 7.

375 Ebbene, come rileva VISCONTI C., *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord: una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?,* in *Dir. pen. cont.,* 1/2015, p. 367, la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis a realtà associative diverse dalle "mafie storiche" si era presentata già dopo pochi anni di vigenza del delitto di associazione di tipo mafioso.

376 La pronuncia richiama il dibattito tra chi intende la forza di intimidazione quale un insieme di singoli, determinati, ripetuti e sopratutto attuali atti di minaccia o di violenza, chiaramente riconoscibili, e coloro invece che considerano il fenomeno mafioso come l'instaurazione di un "clima di terrore" dettato dalla "fama" del gruppo, finendo per valorizzare una componente astratta che non necessariamente deve rivelarsi all'esterno.

nel «riscontrare empiricamente che il sodalizio abbia in termini effettivi dato prova di possedere tale "forza" e di essersene avvalso: solo così può attribuirsi rilievo all'oggettività del metodo mafioso»[377], in ossequio ai principi di materialità e offensività.

I giudici, infatti, ritengono «necessario che l'associazione abbia conseguito, in concreto, nell'ambiente circostante nel quale essa opera, un'effettiva capacità di intimidazione sino a estendere su di sé un alone permanente di paura diffusa, oggettivamente percepibile, che si mantenga vivo anche a prescindere dai singoli atti di intimidazione concreti»[378].

Ma dalla carica intimidatrice «formata, esternata ed obiettivamente percepita va tenuto distinto il profilo relativo alle modalità, del tutto libere, con cui tale capacità si esteriorizza».

Quindi, se da un lato secondo la Corte il dato letterale non consente di conferire rilievo alla mera intenzione, ma necessita, all'opposto, un effettivo avvalersi del metodo mafioso, dall'altro non possono sottacersi le diverse modalità di manifestarsi nella prassi del metodo mafioso, specialmente tra le mafie "vecchie" e "nuove"[379].

---

[377] Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 14

[378] Ibidem.

[379] Lo ricorda la Corte, per esempio, laddove si sofferma sulle descrizioni delle mafie storiche, del loro funzionamento interno e della loro proiezione esterna, e di come per esse nella prassi giudiziaria siano state impiegate le massime di esperienza (p. 38 ss. della sentenza); oppure nei numerosi passaggi in cui si rammenta che la capacità mafiosa può essere patrimonio storico perpetuato nelle diverse stagioni del radicamento mafioso. Le "nuove" mafie non vengono analizzate dettagliatamente, ma è ben chiaro che si mantiene ferma una linea concettuale insuperabile, tra le une e le altre.

Il metodo "statico"[380], tipico delle mafie tradizionali presuppone l'accumulo, nel tempo, di un patrimonio di intimidazione spendibile anche, e soprattutto, in assenza di condotte non esplicite di violenza o minaccia, la cui riprova ruota attorno alla condizione di assoggettamento e omertà in cui versa la popolazione.

Il metodo "dinamico" pare invece essere una linea d'azione obbligata per le "nuove" mafie, tra le quali includiamo le mafie delocalizzate, straniere, autoctone, che per ottenere una forza di intimidazione tale da ingenerare assoggettamento ed omertà dovranno fare ricorso ad atti di violenza o minaccia[381].

Anche in questo caso, peraltro, accanto all'accertamento della forza di intimidazione, la chiave per l'accertamento della carica intimidatrice

---

[380] Tale distinzione concettuale, utile per chiarire la dinamica di alcuni fenomeni delittuosi quale l'estorsione c.d. "ambientale" di tipo mafioso, è stata richiamata, volendo, in APOLLONIO A., *Estorsione ambientale e metodo mafioso*, in *Cass. Pen*, 2018, p. 3482 ss. È fondamentale ricalcare il fatto che l'attività intimidatrice si sia effettivamente svolta in precedenza, e per un periodo di tempo sufficiente all'infondere l'omertà nella popolazione. Sottolineava questo elemento DE FRANCESCO G., *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. d. pen.*, vol. I, Padova, 1987, p. 309, secondo cui i requisiti dell'assoggettamento e dell'omertà si «ricollegano ad un'attività precedente, perché l'associazione ha acquistato la sua forza proprio in virtù di reiterati comportamenti di violenza e di minaccia».

[381] Peraltro, la giurisprudenza ha anche osservato che la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non debba tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale, Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 1989, Teardo e altri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1182 ed in seguito nella fase cautelare del processo Mafia Capitale, Cass. pen., 10 aprile 2015, n. 24535, e n. 24535, in *Cass. pen.*, n. 1/2016, p. 125 con nota di APOLLONIO A., *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, I, 2016, p. 128.

autonoma si fonda sulla riprova dell'assoggettamento e dell'omertà, in quanto va «desunto da circostanze atte a dimostrare la capacità di incutere timore propria dell'associazione, e ricollegabile ad una generale percezione della sua terribile efficienza nell'esercizio della coercizione fisica e/o morale»[382].

In particolare, rispetto alle "nuove mafie", in dottrina si è parlato di una sorta di "riduzione di scala" nell'accertamento fattuale dei requisiti oggettivi del reato che si ricollega al diverso contesto socio-criminologico in cui opera l'associazione, ma resta comunque coerente con il nucleo di tipicità della fattispecie.

A riprova di questa interpretazione, la Corte afferma che il metodo, per la verifica del suo effettivo esercizio, va sempre calato «nel contesto di riferimento»[383], derivandone che l'organizzazione deve essere concretamente in grado di porre in pericolo l'ordine pubblico, l'ordine economico e la libertà di partecipazione alla vita politica, non essendo sufficiente il mero pericolo che i suoi elementi costitutivi possano manifestarsi[384].

Resta, tuttavia, sullo sfondo, il problema di chiarire esattamente cosa si intenda per assoggettamento ed omertà.

---

[382] Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 15, viene qui citata la pronuncia Cass. pen., sez. II, 12 settembre 2013, n. 44315, Cicero, in *CED-258637*.

[383] Sulla "tipicità di contesto" dell'associazione di tipo mafioso v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 54; ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 135.

[384] Una conclusione che recentemente veniva ribadita nella nota sentenza di legittimità sulla vicenda c.d. "Mafia Capitale" (Sez. VI, 22 ottobre 2019 (dep. 12 giugno 2020), n. 18125), su cui, volendo, VITARELLI F., *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, cit., 2020, passim.

La Corte ivi afferma che per assoggettamento deve intendersi lo stato di sottomissione alla volontà del gruppo e al suo potere; per omertà, invece, il rifiuto, dettato essenzialmente dal timore di vendette e di ritorsioni, a collaborare con gli organi dello Stato in situazioni che non necessariamente devono assumere i caratteri dell'assolutezza e dell'invincibilità[385].

A parere di chi scrive, in assenza di ulteriori specificazioni provenienti dal dato normativo, la giurisprudenza sarà necessariamente portata a ricostruire il significato di tali concetti elastici enucleando delle circostanze concrete riconducibili allo stato di assoggettamento ed omertà, con il rischio che la prassi incida sulla definizione del tipo stesso.

4.4.2. La nozione di partecipazione associativa

Come anticipato, l'art. 416 bis c.p. si limita ad affermare che il "far parte" dell'associazione determina per ciò solo l'applicazione della sanzione penale.

L'oggettiva carenza definitoria del disposto normativo ha reso più complessa l'attività interpretativa volta a chiarire i presupposti di rilevanza della partecipazione punibile[386].

Si è reso dunque inevitabile il ricorso alle massime di esperienza di matrice sociologica per comprendere il reale significato di comportamenti che – di per sé privi di rilevanza penale – inseriti nel contesto vanno a connotare il disvalore tipico della fattispecie.

In particolare, la Corte individua una serie di indici di rilevanza della partecipazione punibile, su cui ci soffermeremo nel paragrafo successivo.

[385] Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 15, §6.
[386] Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 16, §7.

Come affermato dagli stessi giudici di legittimità, tali parametri si elevano ad elementi costitutivi della fattispecie e sono: l'effettivo ingresso nel sodalizio, anche se non accompagnato da un particolare rituale; il riconoscimento dell'associato da parte del gruppo e la speculare accettazione da parte dei sodali; l'adesione alle regole dell'accordo associativo e la conseguente assunzione dello status di membro da parte del neoentrato[387].

Ciò posto, quanto alla modalità con la quale in concreto si può manifestare la partecipazione, si opera una distinzione tra mafie "vecchie" e "nuove".

Da un lato, vi è la modalità d'ingresso "formale" nel sodalizio, propria delle mafie tradizionali, in cui il "battesimo" rituale è notoriamente il presupposto per lo stabile inserimento nell'organigramma associativo da parte del sodale; dall'altro, vi sono altre attività causalmente orientate a favore dell'associazione, da cui si deduce, indubitabilmente, la fidelizzazione dei comportamenti e il rispetto delle gerarchie: la "messa a disposizione", appunto.

La Suprema Corte, a questo punto, introduce il concetto di "indici probatori"[388], affermando che "l'adesione al sodalizio in forme rituali, coerentemente con i principi di materialità e offensività, non può essere da solo un indice sufficiente a integrare il requisito della partecipazione, ma impone la ricerca di ulteriori elementi che possono comprovare l'effettiva e

[387] Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 18.
[388] Mentre prima la Corte parla di indici che si elevano a elementi costitutivi della fattispecie.

stabile intraneità e rendere certa e potenzialmente duratura la messa a disposizione del soggetto”[389].

L’impostazione adottata è coerente con il modello “misto” tendenzialmente consolidatosi con le sezioni unite Mannino II[390], secondo cui non è sufficiente il mero inserimento nell’organizzazione ma è necessario un riscontro circa la stabile adesione ai fini perseguiti e ai metodi utilizzati[391].

---

[389] Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 21, §24, la Corte richiama la “dote” di ‘ndrangheta non solo perché il caso concreto riguarda una cosca ‘ndranghetista tradizionalmente presente, da decenni, sul territorio, ma anche perché una tale affiliazione - maggiormente qualificata - è stata parametro di giudizio nella sentenza “Pesce”: eppure «non è possibile ritenere che il possesso di una “dote” equivalga ad indefinita partecipazione all’associazione, così che, una volta certificato quel possesso, non vi è alcun bisogno di un concreto accertamento in ordine alla partecipazione e al suo protrarsi nel tempo»; occorre insomma, necessariamente, la «prova della correlazione tra affiliato ed associazione [che] si rivela con riferimento al significato da attribuire al possesso della "dote"». Invero, al netto della medesima struttura argomentativa e dei medesimi richiami, come della valorizzazione dei medesimi principi, l’unico profilo apprezzabile di divergenza dalla sentenza "Pesce" sta proprio nell’avere, quest’ultima, conferito un precipuo rilievo giuridico-probatorio ad un elemento marcatamente organizzativo-sociologico, quale è il conferimento di un "alto" grado di ‘ndrangheta come la "dote", affermando che, a differenza della mera affiliazione, il conferimento di questa implica per massima di esperienza l’avvenuta attivazione del soggetto nell’ambito associativo. Cosicché, le Sezioni Unite, non scendendo più a fondo nell’analisi socio-organizzativa del rituale di ‘ndrangheta ed omettendo per questa via l’implicazione di una chiara responsabilità partecipativa in ragione (perlomeno) della “dote”, avrebbero ulteriormente rafforzato, rispetto alla sentenza “Pesce”, lo statuto garantistico dell’accertamento della partecipazione alla cosca.

[390] VISCONTI C. – MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 gennaio 2019, p. 5 ss.

[391] In particolare , la sentenza argomenta che, per la punibilità dell'agente a titolo di partecipazione, si rende necessaria la verifica dimostrativa della ricorrenza di un duplice aspetto: sul terreno soggettivo, l’*affectio societatis*, ossia la consapevolezza e volontà del singolo di far parte stabilmente del gruppo criminoso con piena condivisione dei fini perseguiti e dei metodi utilizzati; sul piano oggettivo, il “fattivo inserimento” nell'organizzazione criminale, attraverso

Sotto questo profilo, la Corte, con il proposito di un «irrinunciabile recupero di una dimensione probatoria», procede ad elencare una serie di circostanze che costituirebbero appunto gli indici "probatori" di partecipazione punibile: la "qualità" dell'adesione e il tipo di percorso che l'ha preceduta; la dimostrata affidabilità criminale dell'affiliando; la "serietà" del contesto ambientale in cui la decisione è maturata; il rispetto delle forme rituali anche con riferimento all'accertamento dei "poteri" di chi sceglie, di chi presenta e di chi officia il rito dei nuovi adepti; la tipologia del reciproco impegno preso; la misura della disponibilità pretesa e/o offerta ed ogni altro elemento di fatto che, sulla base di tutte le fonti di prova utilizzabili e di comprovate massime di esperienza, costituisca circostanza concreta, capace di rendere inequivoco e certo il contributo attuale dell'associato a favore della consorteria mafiosa.

Tali sarebbero gli indici rivelatori del fatto punibile che devono essere tratti da elementi oggettivi e soggettivi di contesto, capaci di fungere da criterio metodologico di verifica processuale, da calibrare caso per caso, in ragione della situazione concretamente considerata[392].

Occorre a questo punto tentare di tracciare una distinzione tra gli indici considerati dalla Corte come elementi costitutivi del reato e "indici probatori".

---

la ricostruzione di un "ruolo" svolto dall'agente o, comunque, di singole condotte che, per la loro particolare capacità dimostrativa, possono essere ritenute quali "indici rivelatori" dell'avvenuto inserimento nella realtà dinamica ed organizzativa del gruppo, non potendosi ritenere sufficiente la mera ed astratta "messa a disposizione" delle proprie energie, dato che ciò, oltre a costituire un dato di notevole evanescenza sul piano dimostrativo, si porrebbe in insanabile contrasto con il fondamentale principio di materialità delle condotte punibili di cui all'art. 25 Cost., Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 21.

[392] Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 33.

4.4.3. Segue. Gli indici di "mafiosità" tra tipicità e prova

Il ragionamento della Corte nel cercare di fornire una nozione di partecipazione punibile sembra essere mosso da due diverse esigenze, che occorre tenere distinte: il recupero della tipicità della condotta di partecipazione e la sua dimensione probatoria[393].

Non a caso, in un primo momento la Corte si riferisce agli indici di rilevanza della partecipazione punibile, che si elevano ad elementi costitutivi della fattispecie, mentre in un secondo momento elabora una serie di indici probatori che, accompagnati alla affiliazione rituale, possono confermare – a livello probatorio - la sussistenza di un contributo rilevante ex art. 416 bis c.p.[394] .

Secondo la Corte è fondamentale tenere distinti i due piani, perché le derive formalistiche di alcuni orientamenti giurisprudenziali sulla partecipazione punibile sono nate proprio dalla malintesa collocazione di elementi attinenti al materiale probatorio - come l'affiliazione rituale - tra gli elementi della tipicità criminosa.

Ciò che è necessario rilevare – ai fini della nostra analisi – è che, a prescindere dal piano probatorio, sul piano sostanziale il Supremo collegio

---

393 Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 8; sulla necessaria distinzione delle due dimensioni v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., passim.

394 Sotto il profilo probatorio, invece, la sentenza individua una serie di indicatori fattuali "dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio": i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", l'affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti-scopo oltre a molteplici, variegati e però significativi *facta concludentia,* Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 21.

ha avvertito l'esigenza di intervenire a colmare la carenza di tipicità della fattispecie, elaborando degli indici che fungano da elementi costitutivi della partecipazione punibile, distinti da quelli che chiama "indici probatori"[395].

La giurisprudenza, dunque, si sostituisce di fatto al legislatore nell'individuazione del tipo criminoso.

Come si è detto nell'introdurre la fattispecie analizzata, la tecnica di tipizzazione adottata dal legislatore per descrivere l'associazione mafiosa è tutto fuorché una gabbia linguistica "chiusa e invincibile", presentando piuttosto plurimi elementi elastici. Tali elementi, alla stregua di "polmoni utili a far respirare alla norma l'aria del tempo che vive"[396] consentono di adeguare la norma ai mutamenti storico-sociali, e di assicurarne quindi il funzionamento nel corso del tempo.

Tuttavia, come già sottolineato, un conto è l'elasticità della fattispecie che può comportare l'interpretazione più o meno estensiva del suo contenuto, un altro conto è la carenza a livello di espressione del tipo criminoso, che fa sì che le condotte punibili non siano sempre facilmente riconoscibili *ex ante* ma solo *ex post,* a seguito di una ricostruzione giurisprudenziale[397].

---

[395] Sull'elaborazione giurisprudenziale di indici v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 54; ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 135.

[396] Così FIANDACA G., *Ermeneutica ed applicazione giurisprudenziale del diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,*2001, p. 361.

[397] Sul punto ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'*inquisitio generalis*?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1996, 569; ID., *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata,* in *Crit. dir.,* 1999, 534; FIANDACA G., *Ermeneutica ed applicazione giurisprudenziale del diritto penale,* cit., p. 361 ss.; ID., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale,* in *Foro it., 2010, V,* p. 176 ss.; INSOLERA G., *Il reato di*

In assenza di una chiara e precisa individuazione *ex ante* del tipo criminoso, il giudice è portato a ricercare i tratti di tipicità della fattispecie negli elementi probatori disponibili di volta in volta nel processo, nonché a confondere il piano della tipicità con quello della prova.

La prova stessa tende a surrogare il suo oggetto: i fattori processuali, per mezzo della loro rilevanza sintomatico-probatoria, costituiscono i corrispondenti elementi oggettivi e il profilo dell'accertamento «si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto (..) secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale»[398].

In altri termini, la mancata definizione dell'oggetto della prova determina una sorta di «adattamento biologico»[399] della categoria sostanziale della tipicità allo standard di prova utile alla decisione, chiamato a compensare l'originario difetto della disposizione, come conseguenza di quel deficit sostanziale di tecnica normativa, che ha consentito «la fissazione giurisprudenziale dei contenuti precettivi»[400] dell'illecito associativo, sulla base delle esigenze repressive del caso concreto[401].

---

associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali, in *Quest. Giust.,* 2002, p. 579 ss.

[398] Cfr. PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.,* 1999, p. 539.

[399] L'espressione è di INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. Giust.,* 2002, p. 579 ss.

[400] In questi termini, GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 846 ss.

[401] Sul punto, si veda INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali,* cit., 579.

4.5. Pregiudiziali socio-criminologiche e interpretazione della fattispecie

A fronte di concetti imprecisi ed elastici, che non consentono di riconoscere *ex ante* i tratti tipici della fattispecie in esame, si è rilevato un reciproco interferire tra profili sostanziali e dinamiche probatorie.

All'interno di tale processo, con particolare riferimento a tale fattispecie penale un ruolo fondamentale è giocato dai c.d. fattori extra testuali che incidono sul ragionamento giudiziario.

Infatti, da tempo si è rilevato in dottrina come fattori extra normativi, riconducibili alla categoria della "precomprensione" in senso socio-criminologico esercitino un ruolo cruciale nella concreta individuazione delle condotte punibili rientranti nella nozione di metodo mafioso, nonché, in maniera ancora più evidente, al momento di fissare la linea di confine tra la partecipazione interna e il concorso esterno nell'associazione mafiosa[402].

La necessità di ricostruire il retroterra ambientale e il contesto socio-culturale e socio-economico, come premessa irrinunciabile del procedimento ermeneutico, deriva dal fatto che la fattispecie incriminatrice è stata legislativamente tipizzata mediante elementi a forte connotazione sociologico-ambientale: è dunque la stessa tecnica di redazione legislativa della fattispecie a indurre il giudice ad utilizzare anche saperi e parametri extragiuridici per vagliare la corrispondenza tra fatto concreto e modello delittuoso.

---

[402] La cui comprensione si deve allo studio di FIANDACA G., *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2001, p. 357 ss., ma v. anche RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 693 ss.

Che il processo penale non possa quindi fare a meno, in tale contesto, di un sapere extragiudiziale preformato e progressivamente accumulatosi, trasfuso in dati esperienziali che fungono da "nutrimento" alle prove indiziarie, è ormai un dato acquisito[403].

Ciò considerato, occorre però rilevare come le caratteristiche della forza dell'intimidazione derivante dal vincolo associativo, della condizione dell'assoggettamento e dell'omertà, dopo aver contribuito a costruire *ab imis* la stessa disposizione penale di cui all'art. 416 bis c.p.[404], essendo di per sé dei concetti elastici hanno originato risultati processuali che, a loro volta, hanno influenzato i successivi processi di "valutazione probatoria"[405].

Sotto il profilo dell'individuazione dei tratti tipici della partecipazione punibile, l'influenza delle pregiudiziali socio-criminologiche che vengono in rilievo nel processo è dovuta al fatto che il rinvenimento del significato di tale condotta è delegato di fatto agli interpreti. Infatti, il legislatore non precisa in che cosa debba consistere il "far parte" di un'associazione.

Anche sotto il profilo dell'interpretazione del metodo mafioso si può riscontrare un significativo ricorso alla precomprensione del sapere extragiudiziale che condiziona, come abbiamo visto, la ricostruzione della stessa fattispecie legale tipica.

---

[403] Sul punto, per tutti, MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, cit., p. 491 ss; ID., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, cit., 2010, p. 366 ss.; ID., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 199 ss.

[404] Sul punto BRICOLA F., *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legisl. Pen.*, 1983, p. 241.

[405] FIANDACA G., *Diritto penale e processo,* in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice,* Padova, 2002, p. 77.

È quanto si è verificato, ad esempio, nelle vicende giudiziarie legate alle infiltrazioni delle mafie delocalizzate nelle aree tradizionalmente refrattarie alle dinamiche del controllo mafioso. In tale ambito, come abbiamo avuto modo di sottolineare, si è registrata la tendenza a differenziare la tipicità in base ai contesti geografici in cui la fattispecie è destinata a trovare applicazione, quasi ad immaginare una legalità itinerante, a due velocità, sensibile al ricorrere di una diversa competenza territoriale, fino ad ipotizzare tanti "sotto-tipi associativi" quanti sono i differenti contesti di radicamento o le speciali caratteristiche antropologico-culturali del fenomeno criminale in esame[406].

Il problema, quindi, non è l'utilizzo in sé di questi dati esperienziali, i quali, invero, non possono essere banditi dal processo, ove si discute di vicende umane, soprattutto quando si tratta di fenomeni complessi, bensì, come è stato riscontrato in dottrina, dal cattivo uso dei medesimi o, addirittura, dall'abuso del "notorio", quale surrogato dell'accertamento concreto delle singole responsabilità[407].

Una norma incriminatrice come l'art. 416-bis c.p., pregna di elementi elastici, sembra quindi destinata a rimanere costantemente in bilico tra l'interpretazione estensiva consentita, che si limita ad estendere l'area semantica già delimitata dalla legge sino alla sua massima portata linguistica ed il superamento dei confini tipici della fattispecie, che si traduce nell'analogia *in malam partem*[408].

---

[406] Sul punto VISCONTI C.-MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis.,* cit., p. 15.

[407] Così ancora MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, cit., loc. cit.

[408] Così FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 356.

Come si è inteso dimostrare nell'affrontare tale ultimo caso di studio, le distorsioni sul piano applicativo nascono dall'incapacità della fattispecie astratta di esprimere *ex ante* un univoco disvalore di fondo, *i.e.* il tipo criminoso, che consentirebbe, al di là dei mutamenti interpretativi che possono derivare da evoluzioni storico-sociali, di segnarne chiaramente l'ambito di operatività[409].

5. La costruzione processuale del tipo criminoso. Alla ricerca del minimo comune denominatore delle ipotesi esaminate: disvalore di contesto, concetti "disposizionali" e "indicatori"

I casi di studio esaminati nel presente capitolo sono funzionali a dimostrare come alcune fattispecie siano connotate da una carenza descrittiva della fattispecie astratta intrinsecamente legata al fatto che il disvalore tipico emerge solo attraverso il contesto. In assenza di indicazioni *ex ante* da parte del legislatore che consentano di individuare gli elementi di contesto rilevanti per il tipo criminoso, la giurisprudenza lo ricostruisce *ex post,* attraverso elementi di contesto che emergono nel processo.

Si registra dunque - con riferimento al fatto tipico - una forma di manifestazione del più ampio fenomeno della "processualizzazione" delle categorie sostanziali, intesa quale interazione tra logica probatoria, massime di esperienza utilizzate dal giudice e definizione concettuale del tipo criminoso e, quindi, degli stessi elementi costitutivi del reato.

---

[409] VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia 2008,* 498 ss.: «il contesto, sia testuale, sia situazionale, gli argomenti interpretativi e le tesi dogmatiche operano all'interno della cornice e non la determinano: essi servono a scegliere tra i significati possibili di un enunciato normativo, ad argomentare a favore di uno di essi».

È vero che, più in generale, come già da tempo posto in luce da autorevole dottrina[410] tra diritto penale e processo esiste un legame, una relazione strutturale, che è stata efficacemente indicata nei termini di una «strumentalità ad un tempo reciproca e complessa», tale per cui «il problema della prova e della sua valutazione non è separabile da quello della struttura dell'incriminazione»[411].

D'altronde, già Marinucci rilevava come se il materiale probatorio cambia, perché mutano gli assetti storico-sociali, muta anche l'interpretazione della fattispecie[412].

Ciò posto, come più volte sottolineato, occorre distinguere la dimensione probatoria dalla carenza di tipicità. Se il disvalore della fattispecie - *i.e.* il tipo criminoso - non si riesce chiaramente a predeterminare *ex ante*, ma emerge solo *ex post*, in base all'influenza delle dinamiche probatorie e delle massime di esperienza, siamo oltre la normale interazione e influenza reciproca tra diritto e processo: ci troviamo di fronte ad un problema di carenza di tipicità.

Nei casi analizzati, infatti, la giurisprudenza esercita sulla fattispecie legale consegnata al processo una selezione dei contenuti tipologici

---

[410] Così, INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali,* cit., p. 576. Nel senso che la peculiare struttura dell'incriminazione si riverbera sui modi della valutazione probatoria, si ritengono essenziali gli studi di MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in *Scenari di mafia,* Fiandaca G.-Visconti C. (a cura di), Torino 2010, p. 491 s.; ID., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata,* in AA.VV., *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparata*, Padova, 2002, p. 199.

[411] Così PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.,* 1989, p. 919.

[412] Cfr. MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2007, p. 1256.

concretamente esperibili in sede di accertamento: alla selezione primaria, svolta dal legislatore, si aggiunge un'impropria selezione "processuale" la cui pervasività sulla struttura della fattispecie dipende dal materiale probatorio disponibile nonché dalle massime di esperienza che emergono – appunto - in sede processuale[413].

La declinazione della tipicità legale nel processo, operata dal giudice nel giudizio di sussunzione del fatto storico, ma – a ben vedere - già dal Pubblico ministero in sede di formulazione dell'imputazione[414] o ancor prima[415],

---

[413] Che possono derivare da nozioni socio criminologiche o da fonti extra legislative, come nel caso della manipolazione del mercato (v. *supra* § 3).

[414] La commistione tra profili sostanziali e probatori si verifica infatti fin dal momento "nascente" del processo penale, cioè all'atto di formulare l'imputazione per un "fatto" di criminalità organizzata: sul punto, si consideri FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., p. 253. Il tema meriterebbe una trattazione a sé; ci si limita quindi a segnalare i contributi che, più di recente, esprimono una singolare sensibilità al problema della formulazione della contestazione, come essenziale riflesso del principio di tipicità, a cominciare dall'ormai celebre Requisitoria pronunciata dal Procuratore Generale IACOVIELLO F. del 9 marzo 2012, in *Dir. pen. cont.,* che ha dato luogo alle riflessioni di VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2012, p. 247 ss.; PULITANÒ D., *La Requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2012, p. 257 ss.; MOROSINI P.G., *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2012, p. 261 ss.; MAIELLO V., *Luci ed ombre sulla cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2012, p. 265 ss.; FIANDACA G. – VISCONTI C., *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno",* in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2012, p. 489-491, ma anche FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica,* cit., p. 254, "se si dà uno sguardo alle parti alla sentenza di secondo grado, ci si accorge che i fatti sono contestati con una genericità e una vaghezza addirittura imbarazzanti".

[415] Nel senso che il pubblico ministero tende a costruire l'imputazione "a misura del materiale probatorio di cui dispone, a costo di tralasciare o di impoverire qualche elemento della fattispecie associativa astratta, oppure di presumere la prova e questo modo di procedere viene, talora, assecondato dal giudice", così CAVALIERE A., *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di FIANDACA G. – VISCONTI C., Torino, 2010, p. 146.

finisce per dipendere dai compendi probatori disponibili nella singola vicenda, variando, di volta in volta, in funzione della loro singolare consistenza[416].

Si è parlato, con espressione efficace, di un «adeguamento pragmatico, a geometria variabile, dell'oggetto della prova alle prove che dell'oggetto si hanno ed, ancor prima, al tipo di indagini preliminari che si sono condotte»[417].

A partire dal rilievo secondo cui in tutte le fattispecie esaminate un ruolo fondamentale è svolto dal contesto, che si rivela indispensabile per ricostruire il disvalore tipico, si intende ricercare il "minimo comune denominatore" delle fattispecie esaminate.

In particolare, si può rilevare come la tendenza alla processualizzazione del fatto tipico si manifesti nei settori del diritto penale in cui sono coinvolti fenomeni criminali complessi, come il diritto penale dell'economia[418], in cui

---

[416] In tema, anche MAIELLO V., *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, *delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente, Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali,* a cura di Fornasari G. – Melchionda A. – Picotti L. – Viganò F., Padova 2005, p. 105.

[417] Così, CAVALIERE A., *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, cit., p. 146. Sul tema del sistematico interscambio tra fatto e prova che si realizza con riferimento alle fattispecie in disamina, si considerino, tra gli altri: MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, *Raccolta di scritti,* Torino, 2014, p. 41 ss.; DE FRANCESCO G., *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa,* in Fiandaca G. – Visconti C. (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino 2010, p. 138; FIANDACA G. – VISCONTI C., *Il concorso esterno come persistente istituto polemogeno,* cit., p. 489 ss.; VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale,* cit., p. 418 ss.

[418] Sul tema v. tra gli altri, VOLK K., *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo,* Napoli, 1998, p. 207 ss.,

si registra una difficoltà di descrizione in astratto degli elementi costitutivi della fattispecie.

D'altronde, da anni ormai si discute della crisi del diritto penale classico, i cui modelli risultano insufficienti a inquadrare i fenomeni complessi, concorsuali, collettivi o organizzati che siano, che dominano il mondo contemporaneo.

A tal riguardo, è stato rilevato come i modelli di incriminazione tradizionali, statici e astratti, fondati su una prospettiva causale, finiscono per decontestualizzare la condotta illecita dall'ambiente circostante all'agente e dalle relazioni interpersonali che influenzano le sue azioni, individuando così un normotipo criminoso nella realtà inesistente e sfalsando così il punto di osservazione necessario per la valutazione dell'illiceità dei comportamenti criminosi che si pretende di spiegare, ma che invece non si riescono a inquadrare[419].

La dimensione sociale di un fenomeno criminale complesso, infatti, come emerge dall'analisi dei casi di studio presentati, influisce in modo

---

GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, cit.; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo,* cit., pp. 99 ss.

[419] Cfr. ALEO S., *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pisa, 2020, passim., secondo l'Autore, soltanto prendendo coscienza della complessità e della pervasività delle fenomenologie criminali dell'epoca post-moderna è possibile comprendere come la relazione giuridica tra due o più eventi è sempre la conseguenza della concomitanza di una pluralità di fattori, i quali si pongono in rapporto tra loro in termini non facilmente riconducibili ai modelli di analisi di tipo causale, soprattutto se ci si riferisce a condotte illecite multiformi e plurisoggettive", come rileva CENTONZE A., *Pensiero causale e pensare complesso". Il diritto penale di Salvatore Aleo*, in *Giustizia insieme,* 12 settembre 2020.

significativo sulla valutazione delle condotte individuali dei soggetti che vi contribuiscono e lo alimentano, attraverso comportamenti non facilmente riconducibili a modelli generali e astratti.

Ciò posto, ci si chiede quale sia la caratteristica comune che rende difficile la descrizione in astratto di tali fenomeni e che rende dunque centrale il ruolo del contesto.

Per trovare una risposta a tale quesito, pare utile seguire il percorso tracciato da alcuni studiosi, che hanno assimilato altre categorie sostanziali penalistiche di difficile definizione (come il dolo e la colpa) ai "concetti disposizionali" teorizzati dall'epistemologia generale[420], elaborando alcune riflessioni, su cui ci soffermeremo in seguito, coerenti con la necessità che il diritto sostanziale venga concepito in maniera tale da poter trovare effettiva realizzazione in sede processuale[421].

Con la nozione di concetti disposizionali, rinvenibile nelle riflessioni di Scarpelli[422], si intende fare riferimento a concetti che non è possibile definire "ontologicamente", in quanto indicano tendenze, capacità, inclinazioni rilevabili solo attraverso "indicatori esterni".

Lo studio dei concetti disposizionali in ambito penale è stato portato avanti notoriamente da Hassemer con riferimento alle caratteristiche del

---

[420] Per riferimenti sul tema applicati all'ambito penale cfr. MYLONOPOULOS C., *Komparative un Dispositionsbegriffe im Stafecht*, Frankfurt 1998, p. 77 ss. HASSEMER W., *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 3/1991, p. 497 ss.; VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 235 s.

[421] Sulla necessità che il diritto sostanziale venga concepito in modo da trovare effettiva realizzazione in sede processuale v. già la teorizzazione del principio di determinatezza secondo MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 1, cit., p. 163 ss.

[422] SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo,* Torino, 1959.

dolo e della colpa. Peraltro, nel nostro ordinamento la Cassazione ha avvertito l'esigenza di intervenire per tracciare una distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente elaborando degli indicatori tratti dal contesto[423].

Con riferimento a concetti di parte speciale, è dovuta a Visconti[424] l'associazione tra concetti disposizionali e fattispecie penali. In un noto studio sul 416 bis c.p. l'Autore rilevava come sarebbero da considerare concetti disposizionali la "messa a disposizione" (in riferimento alla partecipazione) e il "contributo idoneo" (per il concorso esterno). A riprova di ciò, abbiamo rilevato nella presente trattazione come le Sezioni unite abbiano di recente avallato il ricorso ad "indicatori" tratti dal contesto per riconoscere la partecipazione associativa punibile.

Lo stesso sembra potersi dire, alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali messe in risalto nella trattazione, anche del concetto di "metodo mafioso", specialmente laddove l'associazione operi perseguendo finalità apparentemente lecite. In questa circostanza, in particolare, assume centralità l'accertamento di un'effettiva carica intimidatrice autonoma, la cui sussistenza può emergere solo attraverso la riprova di uno stato di assoggettamento ed omertà di una certa popolazione. Tuttavia, come già sottolineato, la carenza di descrittività in astratto di tali concetti rende necessario fare riferimento a elementi di contesto per riempire di contenuto la nozione di metodo mafioso.

---

[423] In particolare, il riferimento è alla sentenza Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn (caso ThyssenKrupp), che ha elaborato gli indicatori del dolo eventuale. Cfr. BARTOLI R., *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in De Francesco G. – Piemontese C. – Venafro E. (a cura di), *La prova dei fatti psichici,* Torino, 2010, p. 223.

[424] VISCONTI C.*, Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit.*,* p. 235 s.

Riprendendo gli altri casi di studio analizzati nella presente trattazione, lo stesso sembra potersi dire del concetto di "fraudolenza" relativo alla fattispecie di bancarotta per distrazione; anche in questo caso la giurisprudenza ha avvertito la necessità di ricorrere ad indicatori esterni oggettivi e soggettivi tratti dal contesto per riconoscere il disvalore tipico della norma incriminatrice, in particolare nel caso di condotte apparentemente lecite, rispetto alle quali non è agevole la distinzione tra rischio imprenditoriale e rischio penale.

Similmente, quanto al concetto di "altri artifizi" rilevante per la configurazione della manipolazione operativa, atti apparentemente leciti assumono connotati di illiceità soltanto laddove si riscontrino nel contesto degli indici di manipolazione che la giurisprudenza ricava - in questo caso - dalle indicazioni della Consob.

Tutto ciò considerato, appare chiara la ragione per la quale, in assenza di una formalizzazione legislativa di tali indicatori[425], nasce l'esigenza di una loro elaborazione giurisprudenziale, nel tentativo di recuperare una dimensione di tipicità per risalire al disvalore tipico del reato.

Pare, dunque, inevitabile l'esito distorsivo consistente nella "processualizzazione del fatto tipico": per ricostruire il tipo mediante indicatori il giudice non può che attingere dal materiale probatorio

[425] Sulla formalizzazione legislativa di indicatori nel caso dell'art. 603 bis c.p., v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit.; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit.; ma anche v. FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli 2013, p.886; ID. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, p. 145 ss.

disponibile di volta in volta nel processo, dalle pregiudiziali socio-criminologiche o da altre fonti che entrano nel processo come massime di esperienza.

L'esperienza applicativa si rivela così particolarmente feconda nello sperimentare forme e modi di gestione probatoria della fattispecie incriminatrice[426]: una «perversa sinergia»[427] fra descrizione tipica del reato e peso degli elementi probatori di volta in volta disponibili nel processo e delle pregiudiziali socio-criminologiche, le quali, ad onta del richiamo a «massime di esperienza dotate di empirica plausibilità», rischiano di arrestare la motivazione ad uno stadio «intuitivo impressionistico»[428].

È chiaro come affidare alla giurisprudenza il compito esclusivo di individuare e selezionare gli indicatori fattuali sulla base dei quali identificare il disvalore della fattispecie significa legittimare un simile esito, che si pone in aperto contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento penale.

6. Segue. La compatibilità con le "due legalità": interna e convenzionale

Accettare l'idea che la costruzione del tipo criminoso sia un compito che si possa affidare anche al processo, destinato a proseguire o a completarsi in sede giudiziale attraverso l'«autoritarismo ben intenzionato» dei

---

[426] Lo constata Così GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 844.
[427] L'espressione è di DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, n.3, 2018, p. 54.
[428] L'espressione è di DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 20.

giudici[429] mette a dura prova i principi fondamentali dell'ordinamento penale.

Innanzitutto, il principio di legalità e i suoi corollari analizzati nel primo capitolo - la precisione, la determinatezza, la tassatività - nonché il principio di tipicità dell'illecito, vengono svuotati della loro fondamentale funzione di garanzia.

Peraltro, la gestione processuale del tipo criminoso dà luogo a una situazione di incertezza non compatibile neanche con la concezione della legalità "convenzionale" ex art. 7 CEDU, che declina il principio di legalità sul terreno della conoscibilità della norma e sulla ragionevole prevedibilità degli esiti applicativi[430].

Si ricordi, infatti, incidentalmente, che nel quadro sovranazionale si adotta una nozione di legalità «effettuale»[431] tale per cui l'indirizzo

[429] L'icastica espressione è di PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93.

[430] Cfr. La Corte di Strasburgo, in base all'art. 7 CEDU, richiede che "la legge [definisca] chiaramente i reati e le pene che li reprimono", ritenendo soddisfatta l'idea di legalità anche solo laddove le decisioni giudiziarie sfavorevoli all'imputato siano da lui prevedibili: a condizione, cioè, che "la persona sottoposta a giudizio [possa] sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pene è passibile per tali reati"Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 ottobre 2013, ric. 4250/09, *Del Rio Prada c. Spagna,* par. 77-79. Sul medesimo tema la Corte Europea è tornata in Contrada c. Italia (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13) ove oggetto del ricorso era il lamentato contrasto della Sentenza di condanna nei confronti di Bruno Contrada per fatti di concorso esterno in associazione di tipo mafioso con l'art. 7 CEDU.

[431] L'espressione è di DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia 2014*, p. 91 ss.

giurisprudenziale costante si ritiene diritto penale a tutti gli effetti[432], mentre nel nostro sistema l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale

[432] Ritornano alla mente, sul tema, quelle poche parole "*infraction d'origine jurisprudentielle*" contenute nella decisione Contrada con le quali si è dato risalto ad una pretesa funzione creatrice della giurisprudenza, del tutto assente, in astratto, nel nostro ordinamento. Sul tema tra gli altri si vedano CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 1999; DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale, Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont*., 2013, p. 159 ss.; DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Della dogmatica classica alla giurisprudenza fonte,* Milano, 2011; Id, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, cap. VI; Id., *Il diritto giurisprudenziale penale, Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont*., 6 giugno 2016; Fiandaca G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia* 2011, p. 79; Id., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 299 ss; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.,* 2005, p. 1722 ss.; ID. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997; GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, p. 99; GROSSO F.C, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *"Crim.",* 2011, p. 125 ss.; HIRSCH G., *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, p. 107 ss.; INSOLERA G.*, Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici",* in *Criminalia 2012, p.* 285 ss.; MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia*, 2012, p. 299 ss.; PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Principio di legalità e diritti fondamentali,* AA.VV., in "*Quaderni fiorentini*"*,* XXXVI, 2007, p. 1280*;* VELLUZZI V., *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia* 2012, p. 305 ss.; VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, in Picotti L.-Fornasari G. -Viganò F. -Melchionda A. (a cura di), Padova, 2005, p. 280 ss; ZANON N.*, Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale,* in *Criminalia 2012, p.* 305 ss.

costante «può costituire solo un indice della sufficienza determinatezza dell'illecito»[433].

In quella sede, è dunque rimessa al principio di prevedibilità, richiamato dall'art. 7 CEDU (e dall'art. 46 Carta di Nizza), la protezione della libertà di autodeterminazione dell'individuo in modo da assicurare a quest'ultimo una piena consapevolezza nella scelta della propria condotta[434].

La prevedibilità, nel suo significato di agevole conoscibilità e di accessibilità di una norma, si pone come una nozione omnicomprensiva secondo la quale un cittadino deve essere messo in grado, agevolmente, di comprendere non solo le possibili conseguenze penali della sua condotta ma, prima ancora, il significato di una norma ed i suoi confini[435].

In tale prospettiva, la prevedibilità "convenzionale" rappresenta - di fatto - un criterio per misurare la sufficiente precisione del contenuto interpretativo[436]. Infatti, è in forza del principio di precisione che debbono

---

433 Così Corte cost., n. 327 del 2008.

434 "Se la determinatezza intende garantire la libertà di autodeterminazione del soggetto, ciò può avvenire solo assumendo a parametro di riferimento per la decisione proprio gli esiti interpretativi, cioè la (prevedibile) *regula iuris* ricavata dal giudice e applicata al caso concreto, poiché è questa che produce quelle conseguenze giuridiche su cui si orienta la decisione dell'agente", così PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzio*nale, a cura di VASSALLI G., Napoli, 2006, p. 52.

435 E questa condizione è "realizzata allorquando il giudicabile può conoscere, a partire dalla formulazione testuale della disposizione pertinente e, ove occorra , con l'aiuto della interpretazione di quest'ultima da parte dei Tribunali, quali azioni od omissioni impegnano la sua responsabilità penale", così PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, cit., p. 75

436 Sul collegamento funzionale tra determinatezza e conoscibilità della norma, cfr. Corte cost., n. 364 del 1988, in cui si afferma che questi sono "(…) rappresentanti anche i requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa, in

sussistere i requisiti minimi di riconoscibilità ed intelligibilità del precetto penale[437] ed è al criterio della riconoscibilità che deve orientarsi il c.d. diritto penale "in azione"[438] ovvero l'operato dell'interprete. In definitiva, la norma penale, anche nel suo divenire giurisprudenziale, deve sempre risultare riconoscibile e intellegibile.

Ciò comporta che, in definitiva, per soddisfare il principio di legalità e i suoi corollari sia nella concezione costituzionale che nella concezione convenzionale, posti i mutamenti interpretativi che investono una fattispecie a seguito di evoluzioni storico sociali, l'interprete dovrebbe sempre avere chiaro *ex ante* quale sia il tipo criminoso sotteso alla scelta legislativa, ossia il disvalore che caratterizza l'incriminazione, il nucleo fondante della tipicità[439].

La costruzione processuale del tipo criminoso non è quindi compatibile con la legalità intesa nella sua concezione costituzionale e sovranazionale.

7. Prospettive de iure condendo *tra diritto e processo. Rinvio*

Riprendendo le conclusioni del precedente paragrafo, al fine di evitare di incorrere nella violazione dei principi di legalità e prevedibilità bisognerebbe ricercare un modo per preservare il nucleo di disvalore della

difetto dei quali la libertà e sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate".

[437] Cfr. PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, cit., p. 73.

[438] Così FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale,* cit., p. 355.

[439] In questi termini PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, cit., p. 74.

fattispecie, ferme restanti le inevitabili evoluzioni che possono investire la fattispecie alla luce dei cambiamenti storico sociali.

Dopo aver analizzato i casi di studio oggetto del presente capitolo, abbiamo rilevato come i modelli di incriminazione tradizionali risultino insufficienti e non idonei a descrivere fenomeni complessi, non facilmente riducibili all'interno degli schemi con i quali storicamente si tentano di inquadrare tutte le condotte delittuose[440].

In particolare, abbiamo rinvenuto un minimo comune denominatore tra le ipotesi esaminate che consiste nella presenza di concetti disposizionali, non descrivibili in astratto ma solo mediante indicatori.

Da ciò si comprende la ragione per la quale assuma centralità il "disvalore di contesto". In assenza di una formalizzazione legislativa degli elementi di contesto, nasce – dunque - l'esigenza della giurisprudenza di recuperare il disvalore tipico dell'illecito elaborando lei stessa degli indicatori.

Tuttavia, l'esito cui inevitabilmente si perviene è la processualizzazione del fatto tipico, mediante una costruzione – di fatto – processuale del tipo criminoso in base alle prove disponibili nel processo e alle massime di

[440] Cfr. sul tema ALEO S. *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pisa, 2020, cit., p. 15 ss., secondo cui la causalità è uno schema logico-conoscitivo espressione di una logica di tipo semplice, binaria, e formale, che presuppone la predefinizione astratta e generale delle tipologie entro cui possono essere ricondotti gli eventi considerati, da cui discende che è impossibile la tipizzazione di tutte le situazioni che possono capitare nella realtà, e le nozioni giuridiche finiscono così per essere [...] criteri di orientamento del giudizio, e della relativa argomentazione.

esperienza che ivi emergono, incompatibile con i principi fondamentali in materia penale.

Occorre dunque, nel capitolo che segue, soffermarsi su una nuova peculiare tecnica di tipizzazione adottata dal legislatore per la fattispecie di cui all'art. 603 bis c.p., in cui sono stati elaborati *ex ante,* in sede di redazione della norma penale, degli "indici di sfruttamento", che valorizzano elementi di contesto volti ad orientare l'attività dell'interprete nell'individuazione del nucleo di disvalore della fattispecie, *i.e.* il tipo criminoso[441].

[441] Sul punto v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit.; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit.; ma anche FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali*, p. 886 ss.; ID., *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, cit., p. 145 ss.

CAPITOLO III

La nuova tecnica legislativa per indicatori: la costruzione del *Tatbestand* tra testo e contesto?

1. *Il delitto di sfruttamento lavorativo: una nuova tecnica legislativa*

Come anticipato nel precedente capitolo, occorre ora soffermarsi sulla peculiare tecnica di tipizzazione adottata dal legislatore per la fattispecie di cui all'art. 603 bis c.p.

Infatti, in tal caso il legislatore ha elencato *ex ante*, in sede di redazione della norma penale, degli "indici di sfruttamento", che valorizzano elementi di contesto volti ad orientare l'attività dell'interprete nell'individuazione del nucleo di disvalore della fattispecie, i.e. il tipo criminoso.

Dopo avere descritto la formulazione della norma in astratto, ci soffermeremo sulle questioni interpretative sorte in relazione agli indici di sfruttamento e sulle risposte fornite dalla giurisprudenza di Cassazione.

A partire dall'analisi del 603 bis c.p., si approfondiranno le questioni teoriche e metodologiche sottese alla tecnica per indicatori, cui si ricollegano alcuni spunti di comparazione con la *common law* di matrice anglosassone e con gli *Elements of Crimes* adottati dalla Corte Penale Internazionale.

Seguirà una verifica della compatibilità di tale peculiare tecnica con i principi fondamentali esaminati nella presente trattazione attinenti alla formulazione della fattispecie tipica.

Alla luce di tali acquisizioni, il naturale esito di tale disamina consisterà nello stimolare una riflessione - in prospettiva *de iure condendo* – sull'adozione da parte del legislatore della tecnica legislativa "per indici".

1.1. La formulazione della fattispecie e la riforma del 2016

La norma è stata introdotta con decretazione d'urgenza nel 2011 al fine di far fronte al sempre più allarmante fenomeno del caporalato agricolo[442].

In particolare, l'intervento era volto a colmare quel vuoto di tutela creatosi fra, da un lato, la più grave ipotesi di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p. (che include anche forme di lavoro forzato o obbligatorio) e, dall'altro, gli illeciti contravvenzionali previsti dal D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. Legge Biagi) volti a reprimere alcune forme di intermediazione e interposizione illecita[443].

---

[442] È stata introdotta con il d.l. n. 138 13/08/2011 Conv. in legge n. 148 14/09/201 a fronte della crescente consapevolezza del problema sociale esistente a seguito del noto sciopero di Nardò del 2011, la prima rivolta dei braccianti agricoli contro lo sfruttamento guidata da Yvan Sagnet, che ha contribuito all'emersione del fenomeno, cfr. BONANNO A. – CAVALCANTI J. S. B., *Sulla pelle viva. Nardò: la lotta autorganizzata dei braccianti immigrati*, Roma 2012.

[443] MORGANTE G., "*Quel che resta" del divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro dopo la "Riforma Biagi*", in *Dir. pen. e proc.*, 1/2006, p. 736-748. Peraltro, a seguito di una serie di successivi interventi di depenalizzazione, l'unica ipotesi contravvenzionale ad oggi vigente resta la somministrazione di lavoro fraudolenta v. RAPACCIUOLO A. – BONGIOVANNI G., *Illecita interposizione, somministrazione fraudolenta e reazione degli organi ispettivi*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, 42/2019, p. 2582 ss.

L'art. 603-bis c.p., nella sua originaria formulazione, puniva chiunque svolgesse «un'attività organizzata di intermediazione, reclutandone manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori».

La condotta tipica, dunque, era quella di intermediazione, che poteva essere espletata solo dal caporale; il datore di lavoro, invece, avrebbe potuto concorrere nel delitto ex art. 110 c.p. soltanto nel caso in cui lo sfruttamento del lavoro fosse posto in essere attraverso l'attività di intermediazione. Inoltre, era necessario che l'attività di intermediazione illecita fosse organizzata[444] ed esercitata mediante violenza, minaccia o intimidazione[445].

Così congegnata, tuttavia, la norma ha subito nei suoi pochi anni di vigenza una scarsa applicazione[446], alla quale ha certamente contribuito, oltre alla mancata incriminazione diretta delle condotte del datore di lavoro, la necessità di provare anche la sussistenza di violenza, minaccia o

---

444 L'attività organizzata di intermediazione come modalità della condotta non richiedeva necessariamente la forma associativa ma doveva svolgersi in modo non occasionale, attraverso una strutturazione che comporti l'impiego di mezzi, così Cass. pen., sez. V, 23 novembre 2016, n. 6788, Vecchio ed altri.

445 La formulazione previgente era ben compendiata da Cass. pen., sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14591, Stoican, che chiariva come, in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, il reato di cui all'art. 603-bis, c.p. punisse tutte quelle condotte distorsive del mercato del lavoro che, in quanto caratterizzate dallo sfruttamento mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, non si risolvessero nella mera violazione delle regole relative all'avviamento al lavoro sanzionate dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 18.

446 Tanto che alcuni autori con uno sforzo ermeneutico avevano tentato di affermare la punibilità anche del datore di lavoro già prima della riforma del 2016, così DI MARTINO A., *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont.*, in *Riv. trim.*, 2/2015, p. 106.

intimidazione nonché la non chiara delimitazione dei confini rispetto alle ipotesi più gravi tipizzate dall'art. 600 c.p.[447].

L'art. 603-bis c.p., nel testo previgente, finiva per assumere, così, una funzione residuale e un ambito di operatività molto ridotto.

Con la L. 29 ottobre 2016 n. 199 il legislatore ha riformulato la fattispecie, ampliandone indubbiamente l'ambito applicativo sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo[448].

L'art. 603 bis c.p. viene quindi riscritto e si individuano chiaramente due distinte fattispecie penalmente rilevanti, l'una riguardante il caporale, l'altra il datore di lavoro, non lasciando dubbi sulla perseguibilità di quest'ultimo[449].

---

[447] Tra l'altro, in seguito alla modifica apportata dal D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 24, l'art. 600 c.p., aveva previsto quale elemento tipico dello stato di soggezione anche l'approfittamento di una situazione di vulnerabilità, ampliando così lo spazio di illiceità riconducibile alla riduzione o al mantenimento in schiavitù o servitù e rendendo più difficile circoscrivere i confini con la fattispecie delineata dall'art. 603-bis. V. sul punto C. Assise Lecce, 13 luglio 2017, n. 2 in *Giur. it.,* 2018, n. 7, p. 1703 ss., con nota di MORGANTE G., *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*.

[448] Per un raffronto tra vecchia e nuova formulazione si consenta il rinvio a VITARELLI F., *Commento agli artt. 603.bis c.p., 603.bis 1 c.p., 603.bis 2 c.p*., in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, pp. 4130-4145.

[449] La prima, che prevede la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore, per aver reclutato manodopera da destinare al lavoro presso altri in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori, nonché per aver assunto, utilizzato o impiegato manodopera, anche dopo intermediazione, assoggettando i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno; la seconda, che prevede la reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore, quando i fatti di intermediazione, assunzione, utilizzazione o impiego sono commessi mediante violenza o minaccia. Cfr. VITARELLI F., sub a*rtt. 603*.bis *c.p., 603*.bis *1 c.p., 603*.bis *2 c.p*., in *Codice Penale,* (II) a cura di Padovani T., Milano 2019, p. 4130 ss.

In particolare, al comma 1 n. 1, rimane l'ipotesi di intermediazione illecita, c.d. caporalato, che può essere integrata da parte di chi recluta lavoratori al fine di destinarli allo sfruttamento; al comma 2 n. 2 si reprime invece la condotta propria del datore di lavoro che utilizza, assume o impiega manodopera, anche – ma non solo – mediante l'attività di intermediazione. Gli elementi costitutivi su cui si fondano entrambe le ipotesi sono le condizioni di sfruttamento e l'approfittamento dello stato di bisogno.

Per quanto riguarda invece la seconda fattispecie, si sostanzia nella condotta di chi «utilizza, assume o impiega manodopera di cui al numero 1), anche mediante l'attività di intermediazione, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno».

La progressione tra le due fattispecie non è necessaria: la condotta di sfruttamento della manodopera da parte del datore di lavoro viene svincolata dalla precedente attività di intermediazione del caporale: può essere commessa mediante questa, ma non necessariamente. Si è dunque parlato di un'ipotesi di reato eventualmente complesso prevista espressamente dalla legge[450]. Peraltro, il reclutamento (l'attività di intermediazione) potrebbe - in ipotesi - anche non sfociare nell'effettiva utilizzazione della manodopera da parte di un datore di lavoro: la destinazione del lavoro presso terzi è solo l'oggetto del dolo specifico[451].

[450] Così DI MARTINO A., *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, in *Treccani Diritto – Diritto penale parte speciale – Delitti contro la persona 3.2.1.*, 26 ottobre 2017, p. 6.

[451] Così PADOVANI T., *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa,* in *Guida dir.,* 2016, n. 48, p. 49.

L'espletamento della condotta tipica mediante violenza o minaccia costituisce ora una circostanza aggravante. Il disvalore di entrambe le ipotesi di reato ruota, pertanto, esclusivamente intorno a due elementi: il lavoro prestato in condizioni di sfruttamento e l'approfittamento dello stato di bisogno[452]: ecco perché si può parlare di estensione della punibilità dal punto di vista oggettivo.

Eliminati gli illogici vincoli normativi che caratterizzavano la formulazione precedente al 2016[453], si è registrata una significativa operatività in concreto della norma, che ha trovato applicazione non solo nel contesto del caporalato agricolo che ne aveva ispirato l'originaria introduzione, ma anche nel settore industriale e in quello dei servizi[454].

---

[452] Cfr. su tali due caratteristiche, rispettivamente: DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit.; ID., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. Pen.,* 1/2019. Approfonditamente v. ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit..

[453] Cfr. BRAMBILLA P., *"Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato": recenti riforme a contrasto del fenomeno"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* n. 1-2/2017, p. 209 ss.; ma anche CADAMURO E., *Il nuovo volto del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ("caporalato")*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 3-4/2016, p. 829.

[454] Sul tema, v. i contributi monografici di DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019; MERLO A., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, Torino 2020. Per i più recenti sviluppi applicativi della fattispecie nell'ambito dello sfruttamento dei *riders* da parte dei gestori delle piattaforme digitali v. BRAMBILLA P., *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi: spunti di riflessione sui confini applicativi della fattispecie alla luce della prima condanna per caporalato digitale nel caso Uber*, in *Sist. Pen.*, 31 marzo 2022; ma sia consentito anche il rinvio a VITARELLI F., *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, in *Le soc.*, 1/2023, p. 83 ss.

1.2. La condizione di sfruttamento e i suoi "indici di riconoscimento"

Come si anticipava, il legislatore, già fin dall'introduzione della norma nel 2011, ha compiuto la scelta - inedita in ambito penale - di inserire al comma 2 dell'art. 603 bis c.p. degli "indici di riconoscimento", ossia delle circostanze concrete il cui ricorrere consentirebbe di far ritenere sussistente una situazione di sfruttamento lavorativo.

Tali indici sono (tuttora) raggruppati in quattro categorie, che erano allora le seguenti: 1) la retribuzione ("la sistematica retribuzione del lavoratore in modo palesemente difforme rispetto a quanto previsto dai contratti collettivi nazionali o in ogni caso sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato"); 2) l'orario di lavoro ("la violazione sistematica della normativa in tema di orario di lavoro, riposo settimanale, aspettativa obbligatoria e ferie"); 3) la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ("violazioni della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro che espongano il lavoratore stesso a pericoli per la propria salute ed incolumità") 4) le condizioni di lavoro, e più in generale di vita, della manodopera ("la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro o metodi di sorveglianza o situazioni alloggiative particolarmente degradanti").

La principale criticità della vecchia formulazione risiede nel fatto che essi sembravano evocare condizioni para-schiavistiche, come tali rilevanti alla stregua del più grave delitto di cui all'art. 600 c.p.: tale mancanza di coordinamento spiega la necessità di una parziale riformulazione.

La riforma avvenuta con l. n. 199/2016, conferma sostanzialmente, al comma 3, gli indici di sfruttamento già in vigore nel testo previgente, con alcuni aggiustamenti.

Con riferimento ai primi due indici, significativa è l'eliminazione della condizione della sistematicità, di difficile interpretazione e verificazione, in favore del requisito della reiterazione della condotta di corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonché della reiterazione della condotta di violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria ed alle ferie. In questo modo viene agevolato senza dubbio l'onere probatorio.

Con riferimento al terzo indice di sfruttamento rilevano, senza necessità di reiterazione, le violazioni in materia di tutela della salute (igiene) e della sicurezza nei luoghi di lavoro e viene eliminato nella nuova formulazione della norma l'inciso «tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale». Pertanto, anche qui si riscontra un'indubbia agevolazione dell'onere probatorio[455].

Con riferimento al quarto indice di sfruttamento, che nella disposizione previgente era individuato ne «la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti», nel nuovo testo normativo è stato eliminato

[455] Lo rileva FERRANTI D., *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, p.4. L'Autrice afferma come l'eliminazione dell'inciso non generi il rischio di eccessi di penalizzazione, ma anzi consenta di evitare il rischio che si possa ritenere sussistente lo "sfruttamento" per il solo fatto che sia stata violata una disposizione in materia di sicurezza o igiene sul lavoro: "se si carica la disposizione di orientamento probatorio di un elemento che autonomamente denota un significativo disvalore, si può ingenerare l'equivoco che essa contenga almeno una parte della condotta costitutiva del reato, data dallo sfruttamento della manodopera".

ogni riferimento all'avverbio "particolarmente", termine del tutto vago e non univocamente interpretabile.

Anche in questo caso la nuova formulazione si pone, quindi, nella prospettiva repressiva che ha ispirato l'intero intervento legislativo, poiché priva l'interprete della possibilità di creare una "scala di valore" del degrado, magari prendendo in considerazione quali indici di sfruttamento solo le situazioni in cui il degrado potesse considerarsi particolarmente odioso. Il rischio dunque, sul piano interpretativo, era di escludere la tutela di situazioni nelle quali il livello di degrado raggiunto non fosse quantitativamente o qualitativamente rilevante[456].

1.3. Questioni problematiche e teoria della tipicità di contesto

Il legislatore, dunque, invece di ricorrere a una definizione del concetto di "sfruttamento", ha elaborato una serie di circostanze sintomatiche di tale condizione.

La scelta implica, dunque, di focalizzarsi *ex ante* sul contesto, dal quale, tramite un ragionamento induttivo, l'interprete dovrebbe trarre la sussistenza in concreto del disvalore della fattispecie, così come emerge dagli indici legislativi.

Tale peculiare tecnica di incriminazione, su cui ci soffermeremo in seguito, è stata accolta con favore dai primi commentatori[457], sebbene non siano mancate critiche per la formulazione degli indici stessi, in termini di

[456] Cfr. sul punto GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *LP online*, 3 aprile 2017, passim.

[457] DI MARTINO A., *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, cit., p. 106 ss.

"accentuata indeterminatezza" *i.e.* imprecisione, rispetto alla formulazione precedente alla riforma del 2016.

A seguito della riforma, eliminate le espressioni eccessivamente vaghe e generiche, sono rimaste alcune questioni dibattute.

In primo luogo, ci si è chiesti se l'elenco fosse meramente esemplificativo oppure tassativo[458]: ossia, se le circostanze elencate fossero le uniche in presenza delle quali si potesse ritenere sussistente la condizione di sfruttamento.

In secondo luogo, questione particolarmente dibattuta è stata quella della natura di tali elementi: sostanziale[459] ovvero processuale, basata sulla interazione fra diritto sostanziale e dinamiche probatorie in funzione descrittiva[460].

Infine, un'ultima questione che si era posta riguardava il rilievo secondo cui se prima della riforma gli indicatori erano talmente sproporzionati per eccesso da far sconfinare la dimensione tipica dell'art. 603-bis c.p. in quella dell'art. 600 c.p., dopo la riforma risultavano, all'opposto, esageratamente sottodimensionati, al punto da rendere indistinguibile lo sfruttamento della manodopera dalle mere contravvenzioni antinfortunistiche contemplate

---

[458] A favore del carattere tassativo degli indici v. FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli 2013, p.886 s.; ma v. anche SCORZA E., *Le novità rilevanti per il diritto penale nelle recenti manovre "anti-crisi",* in *LP* 2012, p. 7 ss.; mentre secondo DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis* c.p., cit., p. 48, gli indici previsti sembrano talmente onnicomprensivi da consentire un giudizio di essenziale esaustività della dimensione tipologica, semmai a restare aperta è la varietà dei fatti concreti che possono rientrarvi.

[459] GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia,* cit., p. 49.

[460] FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali,* cit., p. 876.

dalla legislazione speciale in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro[461].

In particolare, è stata ritenuta allarmante la formulazione del n. 3[462], dal quale è stato espunto, come si diceva, il requisito dell'esposizione del lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale. Dunque, si temeva che anche solo due violazioni qualsiasi della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro potessero integrare una condizione di sfruttamento rilevante ai sensi del primo comma, posto che lo "stato di bisogno" in certe condizioni di lavoro sarebbe integrato *in re ipsa*.

Ebbene, sebbene la Suprema Corte abbia confermato che ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 603-bis sia sufficiente la sussistenza di anche uno soltanto degli indici dello sfruttamento presenti nella disposizione[463], i timori di eccessiva penalizzazione sarebbero scongiurati in considerazione della necessità, ai fini dell'integrazione della fattispecie, di inquadrare il singolo indice in un contesto di sfruttamento lavorativo[464].

---

[461] Così PADOVANI T., *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa, cit.,* p. 50.

[462] Così PADOVANI T., *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa, cit.,* p. 50; GABOARDI A.*, La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia,* cit., p. 67, secondo il quale le diverse vedute riguardo alla portata dell'indice n.3 potrebbero derivare dal diverso modo di guardare agli indici, ora come aventi natura sostanziale, ora aventi natura processuale.

[463] Cass. pen., sez. V, n. 17939/2018.

[464] «Non è sufficiente ad integrare il reato un reclutamento irregolare; ma neppure lo potrebbe integrare la condotta di chi recluta senza rappresentarsi le condizioni di sfruttamento, e costui se le può rappresentare soltanto se esse sono già esistenti come elementi di contesto». Così DI MARTINO A., *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, cit., p.5, nonché ID, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d.*

In considerazione di ciò, una violazione singola, tanto più se meramente formale, non potrebbe mai essere sufficiente ad integrare il requisito della "sottoposizione a condizioni di sfruttamento" e come tale non avrebbe dunque mai natura di indice, perché non sarebbe mai idonea a correlarsi al termine sostanziale di riferimento.

In altri termini, la fattispecie concreta ascrivibile all'indice non potrà essere intesa come sfruttamento in sé e per sé se non segnala l'esistenza di complessive «condizioni di sfruttamento» cui il lavoratore sia sottoposto dal datore di lavoro che approfitti della sua situazione di vulnerabilità. Tali condizioni, invero, non devono essere necessariamente determinate da chi recluta ma necessariamente presenti come elemento di contesto: il che deve essere oggetto di specifica e autonoma prova[465].

È questa la chiave di lettura metodologica proposta in dottrina secondo cui tale fattispecie sarebbe caratterizzata da una "tipicità di contesto", essendo composta da elementi di carattere dinamico[466].

In questa prospettiva, il disvalore del reato s'impernia sull'elemento di contesto (le condizioni di sfruttamento), la cui sussistenza emerge dalla presenza di "indizi", varie circostanze di fatto che concorrono a definire il suddetto contesto. Di conseguenza, è certo che due singole violazioni

---

indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p., cit. ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., passim.

[465] Ibidem.

[466] V. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., in part. p. 50 ss.; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* cit., in part. pag. 129 ss.. L'Autore elabora una teoria della "tipicità di contesto" riportando, con le opportune differenziazioni, altri esempi di fattispecie "di contesto" che si rinvengono nel sistema penale, tra cui i reati di sospetto, la bancarotta semplice, la partecipazione associativa ad associazione mafioso. Si segnala, inoltre, una "tipicità di contesto" anche nella parte generale, relativamente alla struttura del tentativo di delitto.

formali non potrebbero integrare di per sé la sottoposizione a condizioni di sfruttamento.

Il riconoscimento di tale metodo innovativo di tipizzazione della fattispecie di tipo "processuale" o dinamico mediante l'utilizzo di indici consente, peraltro, di risolvere anche le prime due questioni interpretative cui si faceva riferimento in precedenza.

Consente, infatti, da un lato, di risolvere la diatriba interpretativa sulla natura sostanziale o processuale degli indici, dall'altro, di chiarire l'altra questione interpretativa che si era posta, inerente alla tassatività dell'elenco proposto: gli indici sono da ritenersi onnicomprensivi in riferimento alle situazioni astrattamente configurabili, e quindi tassativi quanto alla "dimensione tipologica[467]".

Entrambe le questioni, come vedremo, sono state affrontare di recente dalla giurisprudenza di legittimità[468], che ha, di fatto, confermato la teoria proposta in dottrina della "tipicità di contesto"[469].

1.4. L'approfittamento dello stato di bisogno

Occorre ora soffermarsi sul secondo elemento di disvalore su cui ruota la fattispecie, ossia l'approfittamento dello stato di bisogno.

---

[467] Vedi *infra* § 2 e 3.

[468] Cass. pen., sez. IV, sent. 11 novembre 2021 (dep. 13 dicembre 2021), n. 45615, Pres. Dovere, rel. Pezzella, proc. Mazzotta e Cass. pen., sez. IV, sent. 11 novembre 2021 (dep. 4 marzo 2022), n. 7861, Pres. Dovere, rel. Nardin, proc. Cirigliano.

[469] Il riferimento è a DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit.; ID., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., passim. Approfonditamente v. ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., passim.

Nella vigenza della precedente formulazione normativa se ne era data un'interpretazione che teneva conto della definizione fornita dalle fonti internazionali e sovranazionali della "condizione di vulnerabilità", così come avviene anche per i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.) e tratta di persone (art. 601 c.p.). Secondo tale nozione, lo stato di vulnerabilità della vittima è la situazione in cui «la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima»[470].

In giurisprudenza, dunque, si era inteso l'approfittamento dello stato di bisogno come la condotta di chi consapevolmente prospetta condizioni di lavoro in termini di sfruttamento ad un soggetto del quale si conosce la

[470] In ambito internazionale la definizione è fornita dal Protocollo di Palermo in materia di tratta di persone, all'art. 3, cfr. *UNODC Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 novembre 2000, 2012 (reperibile in: www.unodc.org) ed è stata mutuata per la prima volta in ambito comunitario con la decisione-quadro del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta di esseri umani, cui l'Italia ha dato attuazione con l. 11 agosto 2003, n. 228. Cfr. Trib. Milano, sez. GIP/GUP, 15.10.2021, p. 124: "Occorre sottolineare che nell'art. 603 bis c.p., il legislatore ha scelto di utilizzare la locuzione "stato di bisogno", già usata nel nostro ordinamento con riferimento ad istituti civilistici ed altri reati (quali, ad esempio, l'usura nell'originaria configurazione), e non quella "posizione di vulnerabilità", di matrice sovranazionale (cfr. art. 3 del Protocollo Protocollo di Palermo in materia di tratta di persone, all'art. 3; art. 2 direttiva 2011/36/EU), che, nell'art. 1 della decisione del Consiglio Cee 19 luglio 2002, n. 629, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, viene definita come quella situazione in cui la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. Al contrario, nella formulazione dell'art. 600 c.p., (riduzione o mantenimento in schiavitù e servitù), si è fatto espressamente riferimento alla "posizione di vulnerabilità" della vittima.

situazione di "alternativa bloccata" fra accettare quelle condizioni e non lavorare e dunque trovarsi in «stato di bisogno»[471].

Invero, di recente parte della dottrina ha attentamente evidenziato come la condizione di vulnerabilità, se definita in termini soltanto generali come mancanza di alternative reali ed accettabili, è soltanto apparentemente affine allo stato di bisogno[472]. Infatti, posto che la vulnerabilità non è definita "in positivo", resterebbe soltanto la possibilità di definirla in negativo, come mancanza di alternative.

Questa definizione negativa ha conseguenze pratiche rilevanti, nella misura in cui comporta una specifica indagine su quali alternative siano disponibili per la specifica persona, e se queste siano per essa ragionevolmente accettabili, entrambi aspetti non realmente definibili secondo parametri oggettivi, bensì ancorati a parametri soggettivi dipendenti dalla posizione individuale della vittima[473].

Vero è che anche lo stato di bisogno di cui all'art. 603 bis c.p. è espresso in termini di "mancanza"; ma al contrario di quanto avviene per la vulnerabilità, per la quale non vi sono parametri per definire quando

---

[471] In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. V, 17 giugno 2015, n. 30988, in *Dir. Giust.*, 29/2015, p. 11 ss., con nota di GRILLO P., *Le 'nuove' forme di schiavitù al vaglio della Suprema Corte*. In dottrina v. FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., 885 s.

[472] DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., passim.

[473] Sulla necessità di ancorare lo stato di bisogno a parametri oggettivi, conformemente al principio di materialità, v. DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., passim; MORGANTE G., *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche,* in *Giuri. It.,* 2018, n. 7, 1703 ss.

sussista, in tale caso è possibile definire i mezzi di sussistenza. Infatti, perché sussista lo stato di bisogno, la mancanza di mezzi di sussistenza si può determinare in relazione al contesto economico-sociale nel quale detta mancanza è apprezzata: deve trattarsi di una condizione conosciuta ed intenzionalmente strumentalizzata dall'agente ad instaurare o consolidare un rapporto formale o fattuale di dipendenza, in modo diretto.

In questa prospettiva, non rileverebbe l'impossibilità di trovare risorse alternative: diversamente dalla definizione generale internazionalmente attestata, sarebbe necessario e sufficiente dar conto di questa mancanza di mezzi di sussistenza come presupposto per soccombere ad un assoggettamento personale, non sarebbe invece necessario indicare gli ambiti esistenziali rispetto ai quali le potenzialità del soggetto potrebbero esplicarsi.

Ciò non significa che non vi sia una diretta connessione tra stato di bisogno e vulnerabilità: infatti, i presupposti della mancanza di mezzi di sussistenza sono riconducibili alle cause personali, economiche, sociali di vulnerabilità secondo la definizione internazionalistica, ma non sono di per sé rilevanti alla stregua della fattispecie tipica[474].

Alla luce di tale ricostruzione, appare evidente che per integrare il reato di cui all'art. 603 bis c.p. occorre un riscontro oggettivo di una condotta di abuso diversa e ulteriore rispetto allo sfruttamento.

Viene dunque da chiedersi se la prova di tale ulteriore requisito rischia di restringere significativamente la portata della fattispecie, limitandola ai

[474] Così DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 47.

casi in cui si possa provare la mancanza di mezzi di sussistenza. Cionondimeno, come è stato giustamente notato[475], nella prassi non si pone tale problema considerate le realtà sociali e di vita a cui si applica tale norma.

Semmai, data l'intrinseca imprecisione e indeterminatezza del requisito dello stato di bisogno, in esso si cela il rischio opposto, ossia la dilatazione eccessiva dell'ambito applicativo della norma.

In considerazione di ciò, al fine di circoscrivere correttamente l'ambito applicativo della norma ed assicurare così il rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari, in dottrina si è proposto di replicare per questo elemento costitutivo la tipizzazione mediante indici, in questo caso "indici di vulnerabilità", così come avvenuto per gli indici di sfruttamento[476].

In prospettiva *de iure condendo*, come osserveremo meglio in seguito, tale innovativa tecnica potrebbe infatti rivelarsi particolarmente utile nei contesti in cui il diritto penale si trova a confrontarsi con fenomeni complessi, in cui ricorrono dei concetti la cui definizione non è possibile in astratto.

2. La Cassazione sull'ambito di operatività del 603 bis c.p.

La Suprema Corte[477] in due recenti pronunce "gemelle" ha compiuto una serie di importanti puntualizzazioni in relazione all'interpretazione del

---

[475] DI MARTINO A., *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, cit., p.2.

[476] Cfr. DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 47. Ma v. più ampiamente ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 149 ss.

[477] Cass. pen., sez. IV, sent. 11 novembre 2021 (dep. 13 dicembre 2021), n. 45615, Pres. Dovere, rel. Pezzella, proc. Mazzotta e Cass. pen., sez. IV, sent. 11 novembre 2021 (dep. 4 marzo 2022), n. 7861, Pres. Dovere, rel. Nardin, proc. Cirigliano.

reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis c.p., soffermandosi sulla peculiare tecnica per indici, il cui corretto inquadramento è funzionale a risolvere anche altri dubbi di natura esegetica.

2.1. La tecnica per indici

La Corte si sofferma innanzitutto sulla peculiarità della tecnica di incriminazione: il legislatore, infatti, non definisce il concetto di sfruttamento[478] in modo diretto, ma lo indicizza[479].

I giudici di legittimità si riferiscono, in particolare, all'elencazione, al comma III, di una serie di indici, elementi di contesto[480] dalla cui violazione è possibile desumere la sussistenza delle condizioni di sfruttamento. In particolare, essi sono: 1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

---

[478] Tale condizione che deve caratterizzare tanto l'attività di reclutamento (art. 603 bis, comma 1 n. 1), quanto quella di utilizzazione, assunzione o impiego della manodopera (art. 603 bis, comma 1 n. 2).

[479] Così Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, p. 11 ma v. anche Cass. pen., sez. IV – 11 novembre 2021, n. 7861, p. 6.

[480] In questi termini Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, p. 11.

Ciò che alla Corte preme di chiarire è la natura di tali indici di sfruttamento, che, come già parte della dottrina aveva rilevato[481], non fanno parte del fatto tipico. Tutt'al più, la funzione da attribuirgli è quella di orientamento probatorio: costituirebbero delle linee guida che, secondo le intenzioni del legislatore, possono essere utilizzate dal giudice – e prima ancora dall'accusa – per riconoscere in concreto le forme di manifestazione del fenomeno dello sfruttamento; pertanto, la loro genericità non costituisce un vulnus alle garanzie sottese al principio di legalità[482], come si chiarirà meglio in seguito. D'altro canto, altrettanto errato sarebbe considerarli come delle presunzioni, assolute o relative, di sussistenza delle condizioni di sfruttamento che sarebbero in contrasto con i principi di garanzia che presiedono alla materia processuale[483].

2.2. L'accertamento delle condizioni di sfruttamento

Chiarita la natura degli indici, la Corte svolge alcune puntualizzazioni relative alle modalità di accertamento del primo elemento costitutivo della fattispecie, ossia la condizione di sfruttamento.

In primo luogo, si sottolinea che, come si può dedurre dalla stessa dizione normativa, basterebbe in teoria anche la ricorrenza di un solo indice

[481] Sul tema in dottrina v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., passim; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., passim; ma anche v. FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, cit., passim; ID. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in AA. VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), cit., passim.

[482] Così Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, p. 11, che riprende anche la relazione ministeriale di accompagnamento alla legge per evidenziare il carattere di "linee guida" degli indici.

[483] Così Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, p. 11.

sintomatico per individuare la condotta tipica[484]. Peraltro, si specifica che in relazione alla violazione dei contratti collettivi in tema di salario e delle disposizioni relative all'orario (siano esse di natura pattizia o normativa) è necessaria la reiterazione della condotta. Il mero ed isolato inadempimento di tale normativa non potrebbe, dunque, integrare la fattispecie[485].

In secondo luogo, si sottolinea che la condotta tipica può essere posta in essere anche nei confronti di un solo lavoratore.

Tale dato dà conferma di quale sia il bene giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice: l'oggetto della tutela non è un bene collettivo, ma piuttosto è la dignità della singola persona, lavoratore o lavoratrice.

D'altronde, l'art. 603-bis c.p. è collocato nell'ambito del Titolo XII, dedicato ai delitti contro la persona, e più specificamente nel Capo III, avente ad oggetto i delitti contro la personalità individuale.

Ciò implica che, se, in linea generale, non si può escludere che dal contesto entro il quale si colloca la prestazione del singolo lavoratore possano trarsi elementi sintomatici dello sfruttamento proprio di quest'ultimo, è necessario – e sufficiente – ai fini dell'integrazione del reato, che venga accertata la peculiare condizione di sfruttamento del singolo

[484] Cfr. in tal senso Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17936, Svolazzo, che ha ritenuto sufficiente anche la prova di un solo indice, purché significativo della condizione di sfruttamento.

[485] Problematica sollevata da PADOVANI T., *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa,* cit., p. 48 ss., con particolare riferimento alle violazioni antinfortunistiche, dal momento che nella nuova formulazione della norma non vi è più il riferimento alla circostanza che la violazione deve essere "tale da esporre il lavoratore a pericolo per la saluta, la sicurezza o l'incolumità personale".

lavoratore. A riprova di ciò, l'avere sottoposto a tale trattamento un numero di lavoratori superiore a tre costituisce, invece, circostanza aggravante.

Non sussiste, dunque, lo sfruttamento, nei casi di mera sommatoria di condotte consistenti in singoli inadempimenti della normativa lavoristica che si siano realizzati episodicamente nei confronti di una molteplicità di soggetti. La reiterazione deve avvenire nei confronti del singolo soggetto passivo[486].

Infine, specificamente nella seconda sentenza in commento, la Corte mette in risalto un ulteriore rilevante dato: l'enucleazione, da parte del legislatore, di una serie di indici sintomatici non chiude la strada dell'interprete all'individuazione di altre circostanze che integrino la condotta di sfruttamento del lavoratore, che – secondo l'interpretazione della Supremo collegio - potrebbe risultare diversamente, purché si concreti la coartazione[487] a condizioni di lavoro di cui si subisce l'imposizione.

Con tale affermazione, come si dirà meglio in sede conclusiva, la Corte sembra intervenire sulla questione posta in dottrina circa il carattere tassativo o esemplificativo degli indici sintomatici[488].

Peraltro, l'utilizzo dell'espressione "coartazione" ricorda come sussista tuttora la necessità di delimitare chiaramente i confini con il lavoro forzato, incriminato ex art. 600 c.p.. A tal fine, significativo è il ruolo del secondo

[486] Così Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, p. 14.
[487] Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7861, p. 7.
[488] A favore del carattere tassativo degli indici v. FIORE S., (*Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., p. 886, mentre secondo DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento*, cit., p. 48, gli indici previsti sembrano talmente onnicomprensivi da consentire un giudizio di essenziale esaustività della dimensione tipologica, semmai a restare aperta è la varietà dei fatti concreti che possono rientrarvi.

elemento costitutivo della fattispecie: l'approfittamento dello stato di bisogno.

2.3. Lo stato di bisogno

Come anticipato, entrambe le sentenze si soffermano a precisare il contenuto tipizzante dell'approfittamento dello stato di bisogno. Il legislatore, con riferimento a tale elemento costitutivo, non fornisce una definizione, né elabora degli "indici"[489] come quelli relativi alle condizioni di sfruttamento elencati al comma III. Tuttavia, di per sé, già la scelta lessicale non è irrilevante dal punto di vista ermeneutico, in quanto sottende la necessità di distinguere tale locuzione dalla condizione di vulnerabilità, nozione di matrice sovranazionale menzionata dall'art. 600 c.p.[490]. Ciò comporta che lo stato di bisogno non deve intendersi come uno

[489] Gli indici si riferiscono all'elemento costitutivo della condizione di sfruttamento, ma non allo stato di bisogno. Sulla necessità di ancorare questo requisito a parametri oggettivi, conformemente al principio di materialità, v. MORGANTE G., *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, cit. e DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., che, data l'intrinseca indeterminatezza del requisito dello stato di bisogno, propone di replicare per questo elemento costitutivo la tipizzazione mediante indici, in questo caso "indici di vulnerabilità", così come avvenuto per gli indici di sfruttamento.

[490] Tale nozione, che è stata mutuata per la prima volta in ambito comunitario con la decisione-quadro del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta di esseri umani, cui l'Italia ha dato attuazione con l. 11 agosto 2003, n. 228 e riproposta nell'art. 2 direttiva 2011/36/EU, trova il suo principale riferimento internazionale nel Protocollo di Palermo in materia di tratta di persone, all'art. 3 e viene definita come quella situazione in cui la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. Cfr. *UNODC Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 novembre 2000, 2012 (reperibile in: www.unodc.org).

stato di necessità tale da annientare qualunque libertà di scelta: in altri termini, non sarà necessario indagare sull'assenza di un'altra effettiva ed accettabile scelta, diversa dall'accettazione dell'abuso, ma sarà sufficiente riscontrare una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, in grado di limitare la volontà della vittima, inducendola ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose[491].

Ma vi è un altro dato che viene messo in particolare in evidenza dalla seconda delle sentenze in commento, ossia che lo stato di bisogno deve essere necessariamente distinto dallo sfruttamento. Tale condizione ulteriore deve essere nota al reclutatore o all'utilizzatore, che se ne devono servire per imporre condizioni lavorative che integrano lo sfruttamento[492].

La Suprema Corte evidenzia, infatti, come il legislatore abbia scelto di punire non lo sfruttamento in sé, ma solo l'approfittamento di una situazione di grave inferiorità del lavoratore, sia essa economica o di altro genere, che lo induca a svilire la sua volontà contrattuale sino ad accettare condizioni proposte dal reclutatore o dall'utilizzatore, cui altrimenti non avrebbe acconsentito[493].

Non basta, dunque, raggiungere la prova, mediante il ricorso agli indici del comma III, delle condizioni di sfruttamento, ma occorre riscontrare un abuso della condizione esistenziale della persona, che non coincide solo con

---

[491] Su questo punto già Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2021, n. 24441, Sanitrasport.
[492] Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7861, p. 7.
[493] La Corte menziona anche il consolidato orientamento secondo cui la mera condizione di irregolarità amministrativa del cittadino extracomunitario nel territorio nazionale, accompagnata da situazione di disagio e di bisogno di accedere alla prestazione lavorativa, non può di per sé costituire elemento valevole da solo ad integrare il reato di cui all'art. 603-bis c.p. Così Cass. pen, sez. IV, 16 settembre 2020, n. 27582, Savoia; Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2020, n. 11546, Sarker; Cass. pen., sez. IV, 9 ottobre 2019, n. 49781.

la mera conoscenza, ma proprio con il vantaggio che da quella situazione volontariamente si trae.

Ciò significa che, da un lato, l'assunzione di una persona in stato di bisogno non è di per sé sintomatica di sfruttamento, laddove siano rispettate le prerogative retributive ed orarie del lavoratore e sia garantita la sua sicurezza sul luogo di lavoro; dall'altro, che lo sfruttamento potrebbe non derivare dall'approfittamento dello stato di bisogno, quando quest'ultimo non sia configurabile in capo al lavoratore che accetta liberamente le condizioni di lavoro delineate dall'art. 603 bis c.p., comma III. Secondo la Corte, si tratterebbe di un'ipotesi di scuola[494], o quantomeno residuale, avuto riguardo al fatto che lo sfruttamento lavorativo normalmente è accompagnato dalla grave difficoltà del lavoratore che accetta condizioni degradanti pur di sostentarsi.

Il requisito dello stato di bisogno risulta dunque particolarmente importante per circoscrivere il perimetro applicativo della fattispecie[495]. Nella giurisprudenza precedente era emersa la tendenza a considerarlo sussistente *in re ipsa* ogni qualvolta il lavoratore accettasse condizioni di lavoro al di sotto degli standard di dignità fissati dalla norma[496]. Al

---

494 Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7861, p. 8. Se è vero che, come notano i giudici di legittimità, spesso alla sussistenza di condizioni di sfruttamento si accompagni l'approfittamento dello stato di bisogno, vi sono, a ben vedere, alcuni rapporti di lavoro che potrebbero essere esemplificativi dei casi che fuoriescono da tale schema: si pensi, ad esempio, al contesto della libera professione, in cui sorgono dei rapporti di subordinazione "di fatto", in cui un soggetto si sottopone "liberamente" a condizioni che potrebbero anche integrare lo sfruttamento. Cfr. DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, in part. p. 92.

495 Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7861, p. 7.

496 Per un'analisi della giurisprudenza recente, cfr. MERLO A., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 83 ss.

contrario, la Corte afferma la necessità di un'autonoma valutazione di tale elemento, considerato come sia astrattamente possibile che la prova delle condizioni di sfruttamento non si accompagni alla prova dell'approfittamento dello stato di bisogno, quando rispetto a tale elemento difetti il dolo, anche nella forma eventuale, del soggetto attivo, sia esso intermediario o datore di lavoro.

In ultima analisi, la Corte ha chiarito l'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603 bis c.p., mettendo soprattutto in luce l'utile esperibilità in concreto della tecnica di redazione della norma per "indicatori".

L'elaborazione degli indici per legge consente di orientare *ex ante* l'attività del giudice – e prima ancora dell'accusa – nell'individuazione del contesto di riferimento che assume rilevanza penale, a fronte di un concetto di non facile definizione in astratto quale lo sfruttamento del lavoro. Cosicché, sebbene i mutamenti storico-sociali possano portare ad estendere la portata applicativa della fattispecie, sussiste comunque un disvalore omogeneo riconoscibile *ex ante*, conformemente alle esigenze di legalità costituzionale e convenzionale.

3. *L'utilizzo di indici probatori in funzione descrittiva. Questioni teoriche e metodologiche tra "fattispecie" e "tipo"*

La sentenza della Suprema Corte ha dunque inquadrato la natura degli indici, di fatto confermando la lettura data in dottrina[497] secondo cui questi

[497] Sul tema in dottrina v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., passim; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., passim; ma anche v. FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, cit., passim; ID. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in

elementi di contesto partecipano della definizione della sfera obiettiva del fatto tipico mediante una altrettanto obiettiva connessione funzionale con un suo elemento centrale in termini di disvalore, lo sfruttamento, ma non si risolvono negli elementi costitutivi del concetto.

Occorre, giunti a tale punto della trattazione, soffermarci sulla peculiare tecnica di redazione della fattispecie adottata, andando ad approfondire le questioni teoriche e metodologiche sottese a tale scelta compiuta dal legislatore.

3.1. La costruzione del tipo criminoso mediante indicatori?

Le questioni teoriche di fondo si rivelano cruciali per la presente trattazione, in quanto siffatta scelta compiuta dal legislatore stimola una riflessione sulla peculiare tecnica di redazione della fattispecie e sulle condizioni e i limiti della partecipazione del processo alla formazione del tipo criminoso.

Ai sensi dell'art. 603 bis c.p., l'elemento costitutivo dello sfruttamento, che, insieme all'approfittamento dello stato di bisogno, rappresenta il fulcro su cui ruota la fattispecie, non viene definito con un percorso descrittivo diretto, bensì mediante l'elencazione di indici fattuali, che indirettamente conducono all'individuazione del disvalore tipico del reato.

Il legislatore, invece di ricorrere allo strumento già consolidato delle definizioni legislative[498], elabora e inserisce nella norma una serie di circostanze di fatto che caratterizzano le "condizioni di sfruttamento": il

AA. VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), cit., passim.

[498] Su cui v. *supra* cap. I § 6.

giudizio di valore che il giudice è chiamato a compiere per individuare lo sfruttamento viene orientato *ex ante*.

Non si tratta, quindi, come riconosciuto dalla stessa Suprema Corte, di elementi costitutivi[499] ma di parametri capaci di esprimere un disvalore omogeneo[500], funzionali, dunque, alla corretta individuazione del tipo criminoso. D'altro canto, altrettanto errato sarebbe considerarli come delle presunzioni, assolute o relative, di sussistenza delle condizioni di sfruttamento che sarebbero in contrasto con i principi di garanzia che presiedono alla materia processuale[501].

Pertanto, la funzione da attribuire a tali indici è quella di orientamento probatorio: costituirebbero delle linee guida che, secondo le intenzioni del legislatore, possono essere utilizzate dal giudice – e prima ancora dall'accusa – per riconoscere in concreto le forme di manifestazione del fenomeno dello sfruttamento.

In questo processo, un ruolo centrale assume il contesto, in quanto il disvalore penale di condotte che altrimenti potrebbero essere considerate lecite o - al più - illeciti contravvenzionali[502], emerge dal contesto grazie alla tecnica degli indicatori.

---

[499] Diverso è il caso in cui gli elementi costitutivi della fattispecie sono di per sé elementi indizianti: in questo caso, l'elemento indiziante diventa elemento tipico. Ne sarebbero esempio le fattispecie di sospetto, così come la fattispecie di bancarotta semplice. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 50 ss.; ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 129 ss.

[500] Naturalmente, il modo di ricostruire il fatto tipico si riflette anche sul dolo, ma l'ambito in cui in modo immediato operano gli indici di sfruttamento è la fattispecie oggettiva.

[501] Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, p. 11.

[502] Dire quali gli illeciti contravvenzionali di intermediazione illecita o fraudolenta previsti dall'art. 18 del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. Legge Biagi).

Non a caso, come anticipato, tale peculiare tecnica legislativa è stata descritta con l'espressione "tipicità di contesto" [503], in considerazione del fatto che il complesso degli indici impone una valutazione "di contesto" per la definizione del reato: per un verso, perché – come si è visto – ciascun singolo indice si compone di una pluralità di circostanze di fatto (un contesto, per l'appunto) aventi funzione di "indicatori"; per altro verso, perché la stessa logica degli indicatori è espressione del rilievo centrale del contesto nella definizione "operazionale" del concetto di sfruttamento[504].

Con definizione "operazionale" si intende la scelta di frantumare il concetto normativo in elementi, se non "misurabili" in senso proprio, tuttavia qualitativamente verificabili e controllabili da parte del giudice (e, correlativamente, il controllo si estende sulla stessa motivazione del giudice).

La logica che sorregge la tipizzazione dinamica del reato è dunque quella della necessità di riferirsi - per un fenomeno complesso qual è lo sfruttamento lavorativo - a parametri di valutazione che non possono essere scolpiti in astratto e staticamente, ma impongono uno sforzo legislativo di adattamento al contesto fattuale. Solo il contesto, infatti, può esprimere il disvalore della fattispecie e, correlativamente, "la ragion d'essere" dell'intervento penale[505].

---

[503] V. *supra* § 1.3.

[504] Sul punto v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, p. 15 ss. e in part. p. 29, in cui si richiama il concetto elaborato dall'ILO, ILO, *Hard to see, harder to count*: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children, Geneva, 20122, 13: "*operational definitions break down the legal definitions into elements that can subsequently be measured*".

[505] Più ampiamente v. DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 59 ss.

Tutto ciò considerato, non si ritiene che tale tecnica legislativa vada a ledere il principio del libero convincimento[506].

È chiaro che, attraverso la selezione a livello normativo di una serie limitata di significati da dare a un dato termine, si crea un vincolo, ma, d'altronde, la stessa funzione viene assolta dalle definizioni legislative[507].

Nel caso in cui – come nell'ipotesi esaminata - non sia possibile fornire una definizione, gli indici consentono di guidare l'interpretazione ai fini della corretta individuazione del tipo criminoso.

In mancanza di tali indicazioni, il tipo resterebbe semanticamente aperto all'accoglimento di tutti i significati che al termine in questione possono essere attribuiti. In questo caso, il giudice elaborerebbe il suo libero convincimento attingendo ad un compendio probatorio non preventivamente circoscritto, con il rischio che si verifichi la distorsione nota come "processualizzazione del fatto tipico"[508], di cui abbiamo dato icastica dimostrazione nel precedente capitolo, che mette a dura prova la tenuta dei principi fondamentali in materia penale.

Non si tratta, dunque, di limitare il libero convincimento, ma di fissare i confini del fatto tipico, al cui interno esclusivamente il giudice può esercitare il proprio libero convincimento circa la sussistenza o meno nel caso concreto degli indici fattuali che il legislatore utilizza per descrivere il tipo criminoso.

---

[506] FIORE, S. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, p. 138 ss.
[507] V. *supra* cap. I § 6.
[508] V. *supra* cap. II in part. §5.

È una scelta preferibile rispetto a tecniche di redazione della norma penale che invece affidano al processo un elemento descrittivo debole, senza fornire alcuna "guida applicativa", lasciando così la fattispecie "navigare" in balìa delle dinamiche processuali e, prima ancora, degli orientamenti assunti dagli organi investigativi ed inquirenti[509].

3.2. Una questione di metodo: la selezione degli indicatori

A primo impatto, il metodo adottato sembrava riportare in emersione la lunga esperienza storica del processo indiziario, delle teorie degli indizi e delle prove legali, maturata nel contesto del modello inquisitorio[510].

Ma, come confermato dalla stessa Cassazione, non si tratta di una questione di prove, presunzioni legali e di libero convincimento[511], bensì di fornire al giudice delle linee guida per riconoscere un concetto non descrivibile in astratto.

Il ruolo degli indicatori è dunque, *lato sensu,* definitorio. In particolare, si rivela fondamentale laddove non sia possibile fornire una definizione "ontologica". Come riscontrato nel corso della trattazione, tale problema investe in particolare quei concetti che l'epistemologia generale chiama "disposizionali"[512], tra i quali potremmo considerare anche il concetto di sfruttamento del lavoro, che possono essere definiti solo attraverso indicatori esterni.

---

[509] FIORE, S. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, p. 138 ss.
[510] V. per una ricostruzione DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 23 ss.
[511] Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, p. 11.
[512] V. *supra* cap. I §9.

Occorre a questo punto indagare meglio tale tecnica, interrogandosi sul modo in cui si elaborano gli indicatori.

Ebbene, la prospettiva più feconda per inquadrare il metodo utilizzato attinge dalla ricerca sociale, in cui si considera 'indicatore' qualcosa che fornisce una generica visione di un concetto non direttamente definibile.

Nella ricerca sociale, un complesso di indicatori è definito 'indice', e serve a misurare in modo più accurato un fenomeno socialmente rilevante identificato come oggetto di ricerca.

La ragione per la quale si ricorre ad indicatori è di carattere essenzialmente pratico: si tratta di fare riferimento ad una entità misurabile ed osservabile, che serve per definire un concetto in modo operativo. In questo senso, l'indicatore è connesso ad un concetto grazie a regole note come "operazionalizzazioni" del concetto stesso[513].

Tutto ciò considerato, l'uso di una siffatta tecnica all'interno di una norma penale pone il problema dell'attendibilità empirica e dell'appropriatezza tecnica degli indici fattuali.

Sotto questo profilo, la norma in esame sembra ricalcare degli indicatori dotati di un riconoscimento scientifico internazionale, soddisfacendo dunque i suddetti requisiti.

---

[513] Sul punto v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, p. 15 ss. e in part. p. 29, in cui si richiama il concetto elaborato dall'ILO, ILO, *Hard to see, harder to count*: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children, Geneva, 20122, 13: "*operational definitions break down the legal definitions into elements that can subsequently be measured*". Più ampiamente v. DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 59 ss.

Il riferimento internazionale, come si dirà a breve, è l'ILO, che ha lanciato, alla fine del Ventesimo secolo, il concetto di lavoro dignitoso («decent work») come orizzonte valoriale delle sue politiche. Non essendo possibile fornire una definizione diretta del concetto di lavoro dignitoso, in una prospettiva di "definizione operativa" il concetto si considera composto da quattro macro-indicatori: impiego, protezione sociale, diritti dei lavoratori, dialogo sociale[514]

In particolare, l'ILO e la Commissione europea hanno elaborato degli indicatori per l'identificazione di vittime di tratta a fini di sfruttamento lavorativo, che si distinguono varie "gradazioni" in base alla gravità[515].

Tra questi, ritroviamo delle condizioni assimilabili a quelle indicate dal 603 bis c.p.[516]

In particolare, gli indicatori forti "strong indicators" sono:

1) «Excessive working days or hours».

Questo indice include una serie di condizioni di fatto che contemplano carichi di lavoro eccessivi, ad esempio: lo straordinario forzato, il divieto di pause di riposo, di tempo libero, l'obbligo di rendersi reperibile ventiquattr'ore su ventiquattro, sette giorni di sette.

---

[514] Cfr. GHAI D., *Decent Work: Concept and Indicators*, in *Int'l Labour Rev.*, vol. 142 (2003), No. 2, 113-145.

[515] Per i documenti dell'ILO in tema di lavoro dignitoso cfr. ILO *Operational indicators of trafficking in human beings*, in https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_105023/lang--en/index.htm; nonché ILO *Explanation for indicators of trafficking for labour exploitation*, in https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_105035/lang--en/index.htm

[516] Cfr. sul punto DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 89 ss.

In corrispondenza, all'art. 603 bis comma II n.2 c.p. troviamo come indice di condizioni di sfruttamento «la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie».

Per quanto riguarda invece gli indicatori medi "medium indicators":

2) «Bad living conditions».

Questo indice riguarda le condizioni abitative, in particolare la costrizione a vivere in posti sovraffollati, in condizioni malsane e insalubri («unhealty or unsanitary») o comunque non idonee a garantire in tutto o in parte la privacy.

In corrispondenza, all'art. 603 bis comma II n. 4 c.p. troviamo come indice «la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti».

Si tratta di un concetto sicuramente elastico ma non per questo impreciso o indeterminato[517].

3) «Hazardous work»

Tale indice riguarda il lavoro prestato in condizioni pericolose. Il che può riguardare sia il tipo di attività sia il contesto in cui si svolge (ad esempio, ambiente particolarmente insalubre o umiliante).

In corrispondenza, all'art. 603 bis comma II n. 3 c.p. troviamo: «la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro».

[517] Vi sono infatti delle circostanze concrete misurabili che possono dare riscontro a questi concetti.

A tal proposito, occorre ribadire quanto accennato già a proposito dell'interpretazione della norma: la violazione delle norme in tema di igiene e sicurezza può essere indicativa di una situazione di sfruttamento, ma singole violazioni della normativa non comportano di per sé l'integrazione della fattispecie[518].

L'indicatore internazionale richiede che la persona sia costretta («forced to») ad intraprendere il lavoro in quelle condizioni di rischio.

Correlativamente, ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 603 bis c.p., è comunque necessario avere la prova dell'approfittamento dello stato di bisogno, che conduce il lavoratore a sottoporsi a tali condizioni.

4) «Low or no salary»
5) «No respect of labour laws or contract signed»

Altri due indicatori che possono essere trattati congiuntamente sono il salario basso o l'assenza totale di remunerazione, nonché la violazione della normativa in tema di lavoro o del contratto.

In corrispondenza, al 603 bis comma 2 n. 1 c.p. troviamo «1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato».

Anche in questo caso, occorre ribadire come senza la prova dell'approfittamento dello stato di bisogno la fattispecie non può essere integrata.

[518] V. *supra* § 1.3.

Si pensi, ad esempio, al contesto della libera professione, in cui sorgono dei rapporti di subordinazione "di fatto", in cui un soggetto si sottopone "liberamente" a condizioni che potrebbero anche comportare l'assenza di salario (es. stage)[519].

Quanto alla violazione della normativa in tema di lavoro o del contratto, tale indicatore potrebbe essere ricondotto anche agli altri indici presenti nella norma.

6) «No social protection»

In questo indicatore rientrano, ad esempio, l'assenza di un'assicurazione per gli infortuni o la mancata previsione delle assenze per malattia: circostanze che potrebbero essere riconducibili alle condizioni di lavoro degradanti di cui al 603 bis comma II n.3 c.p.

7) «Very bad working conditions»

Tale indicatore ha un carattere più generico, motivo per il quale non lo troviamo direttamene riconducibile ad uno solo degli indici di cui al 603 bis comma II c.p.

8) «Wage manipulation»

Tale indicatore, che non trova un'immediata corrispondenza nella norma penale ma vi si può ricondurre, include tutte quelle situazioni in cui la paga del lavoratore è controllata da altri: ad esempio, gli intermediari, anche noti come caporali.

[519] Cfr. DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 92.

Tra gli indicatori deboli "weak indicators" troviamo invece «No access to education». Tale indicatore, non previsto dal 603 bis c.p. comma II, non ha dunque rilevanza a fini penali.

Considerata la corrispondenza ai parametri internazionali suddetti, il metodo utilizzato dal legislatore italiano trova una solida base che affonda le sue radici nella ricerca sociale.

Chiaramente, in tale ambito la funzione che svolgono è diversa, essendo finalizzata all'inquadramento – più in generale – di un fenomeno complesso a fini statistico-conoscitivi e di comparazione[520].

Cionondimeno, considerata la loro attendibilità empirica e la appropriatezza tecnica, gli indicatori sembrano idonei a svolgere la funzione "di incriminazione" di cui abbiamo discusso, fungendo da utili linee guida per individuare il disvalore tipico.

Sotto questo profilo, la fattispecie in esame è stata ricondotta all'ambiziosa proposta di realizzare, di fronte alle "sfide della complessità", una scienza penale integrale[521], attingendo a conoscenze empiriche in fase legislativa, per legittimarne l'utilizzo in sede interpretativa e critica[522].

---

[520] DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 93.

[521] Sulla legittimazione teoria della tecnica per indicatori, DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 94, in cui si fa riferimento al concetto di *gesamte Strafrechtswissenschaft*,di scienza penale integrata (o «integrale»). In argomento cfr. DONINI M., *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in Moccia S. – Cavaliere S. (a cura di) Il *modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016 in cui si fa riferimento alla teoria di VON LISZT F., Dochow, *An Unsere Leser, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1881, 1-3.

[522] Cfr. ad es. DONINI M., *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, p. 43, dove si identifica lo spazio più rilevante per l'attuazione del modello integrale/integrato delle scienze penalistiche proprio sul piano legislativo, della

In tale prospettiva, la presente scelta legislativa compie anche un passo ulteriore nel tracciare i rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale, disciplinando *ex ante,* attraverso gli indicatori, quali siano le categorie extra-disciplinari alle quali il giudice deve fare riferimento per ricostruire il disvalore della fattispecie. In questo modo, il giudice viene guidato dal legislatore nel processo di selezione delle condotte tipiche; diversamente, il giudice avrebbe attinto autonomamente a massime di esperienza secondo il suo libero apprezzamento.

4. *Uno sguardo alla comparazione. L'utilizzo di definizioni nella* common law *e gli* Elements of Crimes *allegati allo Statuto di Roma*

Dal punto di vista della tecnica normativa, già nel primo capitolo abbiamo preso atto di come, con il proliferare di beni giuridici da tutelare, è diventato sempre più indispensabile il ricorso alle definizioni nelle fattispecie di parte speciale in modo da garantire norme chiare e intellegibili.

Eppure, a lungo nel sistema italiano vi è stata diffidenza nei confronti delle definizioni legislative[523]. Diversamente, nella patria della "elastica" *common law* già nell'800 si teorizzavano codici penali molto più ricchi di precise definizioni di quelli europei[524].

---

politica criminale di matrice parlamentare. Sulla relazione tra diritto penale e scienze sociali v. PALIERO C. E., La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale, in Stortoni L. – Foffani L., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo, L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 239 ss.

[523] V. *supra* cap. I §6.

[524] V. CADOPPI A. (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale,* cit., p. 1 ss.

Viene da chiedersi se questo non sia un paradosso, ma in realtà il diverso atteggiamento nei confronti delle definizioni è coerente con i due diversi modi di concepire il diritto.

In particolare, nel sistema accusatorio puro che caratterizza i Paesi anglosassoni, al contrario dei sistemi di *civil law*, è acquisizione consolidata che il processo, in assenza di particolari vincoli, modelli il sistema penale sostanziale di riferimento: la *quaestio iuris* non si può scindere dalla *quaestio facti*[525].

L'idea di fatto tipico, secondo la quale il diritto sostanziale si deve emancipare dal processo e le fattispecie devono essere considerate in sé, staticamente, a prescindere dai loro riflessi probatori, è stata consacrata nel periodo illuminista nel diritto continentale dottrinale[526], ma non ha trovato spazio nella *common law*.

Il legislatore anglosassone, dunque, che non ha mai perso di vista la forte ingerenza del processo sulla norma sostanziale, ha implementato con sempre maggiore frequenza, in ambito penale, un significativo *corpus* legislativo – i c.d. *Status* – in cui si fa largo ricorso alle definizioni[527], strumenti pensati nell'ottica di indirizzare l'attività interpretativa.

La ragione, sebbene non vi sia un vincolo costituzionale alla riserva di legge intesa come *lex scripta,* è da ricercare nell'esigenza di garantire

---

[525] Diffusamente FLETCHER G. P., *Basic concepts of criminal law*, New York-Oxford, 1998 (trad.it., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004.
[526] GARGANI A., *Dal Corpus delicti al Tatbestand.* cit., passim.
[527] Per un approfondimento DYSON M., *Blackstones statutes on criminal law,* Oxford, 2022, ma anche STYCHIN C. - MULCAHY L., *Legal Methods and Systems: Text and Materials*, London, 2010.

certezza in termini di rispetto della *rule of law* e del principio di prevedibilità dell'esito giudiziario ex art. 7 CEDU[528].

Peraltro, più in generale, si registra una crescente attenzione nel Regno Unito per lo studio delle tecniche legislative – *legislative drafting* – considerata una disciplina a sé stante che valorizza molto anche l'apporto degli studi sul linguaggio[529].

Si tratta però pur sempre dell'elaborazione di definizioni a carattere "ontologico"; diversamente, l'utilizzo di indici per realizzare delle definizioni "operazionali" è una soluzione che risulta inedita negli ordinamenti nazionali.

Per ritrovare una tecnica assimilabile a quella prevista dal 603 bis c.p. occorre invece guardare alla codificazione dei crimini internazionali[530] ove si trova invece un sistema di definizioni esplicativo-operative funzionali

---

[528] Sulla concezione della legalità penale nel Regno Unito v. l'interessante studio comparato di DYSON M. – VOGEL B., *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Cambridge, 2018, ma anche SALES P., *A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998*, in *Journal Article Law Quarterly Review*, L.Q.R. 2009, 125(Oct), pp. 598-615.

[529] Sul tema i fondamentali studi di XANTHAKI H., *Drafting manuals and quality in legislation: positive contribution towards certainty in the law or impediment to the necessity for dynamism of rules*?, in *Legisprudence*, n. 4, 2010, pp.111-128. Id., *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Oxford, 2014. Ma v. anche lo studio comparato che promuove il *legislative drafting* come nuova sottodisciplina del diritto che valorizza l'apporto del metodo della linguistica XANTHAKI H. – PENNISI G. A., *"Legislative Drafting e lingua: ipotesi di semplificazione del testo normativo"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2014, p. 41 ss.-71; PENNISI G. A.*, Legislative Provisions in Context: A Linguistic Approach*, in *Statute Law Review*, 37/2016, p. 101 ss.

[530] Lo rileva DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 67 ss. e già in ID., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, p. 7 ss.

all'interpretazione e all'accertamento degli elementi costitutivi delle fattispecie, ma che non coincidono con essi.

Il riferimento è ai c.d. *Elements of Crimes*[531], i quali sono direttive interpretative di cui si può avvalere la Corte Penale Internazionale nella verifica probatoria circa la sussistenza degli elementi costitutivi dei crimini internazionali[532].

Ad esempio, per riconoscere il crimine internazionale di omicidio (Articolo 7 (1) (a)) bisogna fare riferimento ai seguenti elementi di contesto:

"1. The perpetrator killed one or more persons.

2. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

3. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack against a civilian population".

Tali proposizioni non sono di per sé elementi costitutivi della fattispecie, ma linee guida per l'interprete strutturate in modo da guardare al contesto in cui si svolge la condotta, così come gli indici di cui al 603 bis c.p..

---

[531] Art. 9 dello Statuto di Roma: "*Elements of Crimes shall assist the Court in the interpretation and application of articles 6,7,8 and 8 bis*" (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimine di aggressione). Per un approfondimento v. DI MARTINO A., *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, in *Studi sulla questione criminale,* 1/2020, pp. 99-117.

[532] https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf il testo è organizzato per fattispecie e si considera diritto applicabile congiuntamente allo Statuto.

Non a caso, i crimini internazionali sono fortemente caratterizzati da un "disvalore di contesto": è l'elemento contestuale che consente di denotare in termini di crimine internazionale una determinata condotta[533].

In assenza di tali indicazioni, non sarebbe possibile riconoscere il disvalore tipico del crimine internazionale rispetto ad un crimine comune.

In tale ambito si trova dunque conferma dell'utilità di elementi "di contesto" idonei ad orientare in termini induttivi l'attività ermeneutica del giudice.

5. *La tecnica di tipizzazione per indici nel quadro dei principi costituzionali in materia penale*

A seguito dell'analisi condotta siamo in grado di affermare che l'inedita tecnica per indicatori svolge una duplice funzione: da un lato, consente di esprimere in astratto il disvalore tipico della fattispecie attraverso una definizione "operazionale" di un concetto non descrivibile diversamente. Dall'altro guida il ragionamento del giudice attraverso dei parametri già fissati *ex lege*, cosicché non debba lui stesso elaborarli attingendo dalle fonti più varie.

Occorre a questo punto verificare se e in che limiti tale tecnica legislativa sia compatibile con i principi fondamentali in materia penale che abbiamo esaminato nel corso della trattazione. In particolare, si fa riferimento ai corollari della legalità attinenti al suo volto "sostanziale": precisione,

[533] Così DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 68 e già in ID., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, p. 7 ss..

determinatezza e tassatività, nonché all'essenza della legalità stessa, ossia la tipicità.

A ben vedere, gli indici di sfruttamento, non essendo di per sé elementi costitutivi del fatto, non possono essere oggetto diretto del giudizio di precisione e determinatezza, né di tassatività, eppure contribuiscono a dare attuazione a questi principi[534].

Per quanto riguarda il principio di precisione, si può rilevare come la definizione "operazionale" del concetto di sfruttamento lavorativo consenta indirettamente una sua maggiore intellegibilità e chiarezza.

Allo stesso modo, quanto al principio di determinatezza, si può rilevare come l'attenzione già sul piano legislativo alla dimensione probatoria attraverso l'elencazione di indici tratti dal contesto[535] soddisfi pienamente e sembri anzi dare diretta attuazione al principio in questione.

Quanto alla tassatività, una chiara individuazione *ex ante* della cornice tipica della fattispecie scongiura - di fatto - anche la tendenza a ricorrere all'analogia *in malam partem*.

Una parola a parte merita il principio di tipicità, che attiene proprio al rapporto tra la formulazione legislativa del reato e il suo contenuto di disvalore, su cui ci siamo più volte soffermati nel corso della trattazione.

---

534 DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, p. 29.

535 Soprattutto sotto il profilo della possibilità di prova in giudizio cfr. Corte cost. 8 giugno 1981 n. 96, cit., sul punto v. MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 1, cit., p. 163 ss.

Come sottolineato dalla stessa giurisprudenza della Cassazione, in tale caso il disvalore tipico emerge in maniera omogenea proprio grazie agli indici di sfruttamento.

Infatti, per quanto la fattispecie abbia avuto nella prassi un ambito di operatività molto più ampio rispetto al fenomeno che la norma mirava a reprimere al tempo della sua introduzione (il caporalato agricolo), l'interpretazione estensiva è rimasta comunque coerente con il tipo criminoso[536].

La fattispecie concreta ascrivibile all'indice, qualunque sia la forma di manifestazione in concreto del fenomeno[537], non potrà essere intesa in sé e per sé come sfruttamento se non vi è riscontro dell'esistenza di complessive «condizioni di sfruttamento» ex art. 603 bis c.p. comma II, cui il lavoratore sia sottoposto (o destinato ad esserlo) da chi approfitti del suo stato di bisogno.

La formulazione mediante indici, in definitiva, non risulta in contraddizione con i principi fondamentali summenzionati, ma ne consente l'attuazione, garantendo un corretto equilibrio tra potere legislativo e giudiziario. È il legislatore che fornisce al giudice e – ancora prima – all'accusa - dei criteri di orientamento dell'attività interpretativa, in modo da evitare che sia il giudice stesso portato a elaborare suddetti criteri, come si verifica nei contesti privi di tali indicazioni[538].

---

[536] Sul punto si consenta il rinvio a VITARELLI F., *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, cit., p. 83 ss.

[537] Per un quadro recente sulla giurisprudenza in materia, v. MERLO A., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit. passim. Ma v. anche DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., in part. p. 209 ss.

[538] V. *supra* cap. II.

Peraltro, analoghe riflessioni si possono compiere sul piano del rispetto del principio di prevedibilità "convenzionale" ex art. 7 CEDU, nella misura in cui l'individuazione *ex ante* del disvalore è coerente anche con la declinazione «effettuale»[539] del principio di legalità compiuta dalla Corte europea.

Quanto, invece, all'altro elemento costitutivo su cui ruota la fattispecie tipica, l'approfittamento dello stato di bisogno, occorre compiere qualche precisazione[540].

Come già sottolineato, lo stato di bisogno non è un concetto la cui definizione è corrispondente con la "condizione di vulnerabilità"[541], intesa

---

[539] L'espressione è di DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia 2014*, p. 91 ss.

[540] Sulla necessità di ancorare questo requisito a parametri oggettivi, conformemente al principio di materialità, v. MORGANTE G., *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, cit., e DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., che, data l'intrinseca indeterminatezza del requisito dello stato di bisogno, propone di replicare per questo elemento costitutivo la tipizzazione mediante indici, in questo caso "indici di vulnerabilità", così come avvenuto per gli indici di sfruttamento.

[541] In ambito internazionale la definizione è fornita dal Protocollo di Palermo in materia di tratta di persone, all'art. 3, cfr. *UNODC Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 novembre 2000, 2012 (reperibile in: www.unodc.org) ed è stata mutuata per la prima volta in ambito comunitario con la decisione-quadro del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta di esseri umani, cui l'Italia ha dato attuazione con l. 11 agosto 2003, n. 228. Cfr. Trib. Milano, sez. GIP/GUP, 15.10.2021, p. 124: "Occorre sottolineare che nell'art. 603 bis c.p., il legislatore ha scelto di utilizzare la locuzione "stato di bisogno", già usata nel nostro ordinamento con riferimento ad istituti civilistici ed altri reati (quali, ad esempio, l'usura nell'originaria configurazione), e non quella "posizione di vulnerabilità", di matrice sovranazionale (cfr. art. 3 del Protocollo Protocollo di Palermo in

dalle fonti internazionali come mancanza di alternative reali ed accettabili. Infatti, quanto allo stato di bisogno sarebbe necessario e sufficiente dar conto della mancanza di mezzi di sussistenza come presupposto per soccombere ad un assoggettamento personale, non sarebbe invece richiesto di provare la mancanza di alternative rispetto alla prestazione in condizioni di sfruttamento.

Ciò non significa che non vi sia una diretta connessione tra stato di bisogno e vulnerabilità: infatti, i presupposti della mancanza di mezzi di sussistenza sono riconducibili alle cause personali, economiche, sociali di vulnerabilità secondo la definizione internazionalistica. Pertanto, anche se tali condizioni non sono di per sé rilevanti alla stregua della fattispecie tipica, possono fungere da elementi di contesto da cui si può riscontrare l'approfittamento dello stato di bisogno[542].

In virtù di quanto rilevato a proposito degli indici di sfruttamento, ossia che indirettamente soddisfano le esigenze di legalità sostanziale, sembra condivisibile la proposta avanzata in dottrina di codificare per legge, a livello di fattispecie, anche degli "indici di vulnerabilità" che consentano di fornire una cornice di significato più chiara al concetto – inevitabilmente elastico – espresso dall'art. 603 bis c.p.

---

materia di tratta di persone, all'art. 3; art. 2 direttiva 2011/36/EU), che, nell'art. 1 della decisione del Consiglio Cee 19 luglio 2002, n. 629, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, viene definita come quella situazione in cui la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. Al contrario, nella formulazione dell'art. 600 c.p., (riduzione o mantenimento in schiavitù e servitù), si è fatto espressamente riferimento alla "posizione di vulnerabilità" della vittima.

[542] Così DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 31.

Peraltro, non mancherebbero i presupposti teorici né gli strumenti metodologici per estendere la stessa tecnica anche a tale elemento della fattispecie, considerato che la dimensione "contestuale" del concetto di vulnerabilità è stata sottolineata e valorizzata in documenti elaborati in organizzazioni internazionali a vario titolo competenti per l'oggetto[543].

6. La costruzione del tipo criminoso tra testo e contesto. Prospettive de iure condendo

Nel presente capitolo abbiamo analizzato la caratteristica distintiva del reato di cui all'art. 603 bis c.p., ossia quella d'essere una "fattispecie contestuale" o "di contesto"[544], per il fatto che il disvalore tipico della condotta di sfruttamento emerge dagli elementi di contesto elencati al comma II (gli indici).

Precedentemente, nei casi di studio analizzati[545] nel secondo capitolo, abbiamo rilevato la presenza nell'ordinamento di altre fattispecie rispetto alle quali il contesto svolge un ruolo cruciale per la costruzione del disvalore tipico, *i.e.* il tipo criminoso.

Ed infatti, tutte le ipotesi esaminate hanno una caratteristica in comune. Sono caratterizzate dalla presenza da concetti "disposizionali", che non sono definibili ontologicamente, in astratto, ma solo con mediante indicatori.

---

[543] Nei quali filtra e infine si consolida la definizione della «posizione di vulnerabilità» come assenza di alternative esistenziali, qualificate dalla ormai ricorrente endiadi della "concretezza" (o, se si preferisce, effettività, attualità, realtà) ed "accettabilità" («*realand acceptable alternative*»), come rileva DI MARTINO A., *ivi,* p. 23.

[544] V. in particolare *supra* § 1.3. e 2.1.

[545] V. *supra* cap. II.

La differenza è che nel primo caso gli elementi di contesto che esprimono il tipo criminoso sono legislativamente previsti in termini espliciti. Il riconoscimento – nel contesto – del confine tra lecito e illecito è quindi guidato attraverso linee guida prefissate dal legislatore.

Nel secondo caso, invece, come abbiamo osservato nell'analisi dei "casi di studio" prescelti, in assenza di una formalizzazione *ex ante* degli indicatori, la costruzione del "disvalore di contesto" si basa inevitabilmente sull'apprezzamento compiuto dal giudice.

La questione cruciale sta, dunque, nel chi decide "dove passa il confine" tra lecito e illecito[546].

Abbiamo già osservato come, in assenza di criteri orientativi da parte del legislatore, la capacità che il processo possiede di modellare o rimodellare in concreto il tipo criminoso produca effetti distorsivi sulla tipicità in astratto[547].

Sono, infatti, le prove e le massime di esperienza che di volta in volta vengono adoperate nel processo ad incidere *ex post* sulla costruzione del tipo e dunque a rimodellare il fatto tipico.

In questo contesto, abbiamo registrato la tendenza della giurisprudenza ad elaborare degli indicatori che possano garantire una maggiore uniformità dell'interpretazione.

Ripercorrendo i casi esaminati, abbiamo osservato l'elaborazione di indici di fraudolenza per riconoscere il disvalore tipico della bancarotta per distrazione, specialmente a fronte della difficile distinzione tra rischio

---

[546] V. *supra* cap. I § 1.5. Per un approfondimento cfr. VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.
[547] V. *supra* cap. II.

penale e rischio di impresa[548]. In questo caso, il giudice ha attinto da massime di esperienza per ricavare degli indicatori che oscillano tra il versante oggettivo di tipicità e quello soggettivo del dolo, attraverso i quali si tenta di ricondurre l'attività interpretativa del giudice entro binari più definiti.

Similmente, la giurisprudenza ha elaborato degli "indici di manipolazione" che connotano di disvalore la condotta di "altri artifici" di cui all'art. 185 T.U.F., in particolare nelle ipotesi di condotte di per sé lecite che si connotano di illiceità nel contesto. In questo caso, ci si è basati sulle indicazioni fornite dalla Consob[549].

Infine, quanto alla partecipazione ad associazione mafiosa sono stati elaborati degli "indici di mafiosità" che consentano di riconoscere la condotta di partecipazione punibile (anche per consentire la difficile distinzione con il concorso esterno). In questo caso, la giurisprudenza ha attinto da pregiudiziali socio criminologiche che entrano nel processo come massime di esperienza[550].

Si tratta certamente di un apprezzabile sforzo di stabilizzazione, ma è un percorso che, come abbiamo avuto modo di sottolineare, incontra dei limiti significativi se ci si affida solo al processo senza alcuna regolamentazione in astratto[551].

Alla luce di tali acquisizioni, il naturale esito di tale disamina consiste nello stimolare una riflessione - in prospettiva *de iure condendo* – sull'adozione da parte del legislatore della tecnica legislativa "per indici",

[548] V. *supra* cap. II § 2.
[549] V. *supra* cap. II § 3.
[550] V. *supra* cap. II § 4.
[551] V. *supra* cap. II § 5 e 6.

in modo da evitare di delegare al giudice la costruzione *ex post* del tipo criminoso.

Tale metodo, invero, potrebbe essere adoperato non solo nei casi – già ricordati - in cui la giurisprudenza è intervenuta a "supplire" il ruolo del legislatore elaborando degli indici, ma ogniqualvolta si presentino le medesime difficoltà di definizione "ontologica".

Si consideri - per esempio - la nozione di metodo mafioso, anch'essa di sfuggevole inquadramento. In particolare, come abbiamo evidenziato nel corso della trattazione, la condizione di assoggettamento e la condizione di omertà sono concetti non facilmente afferrabili, eppure sono la chiave per l'interpretazione della fattispecie: da un lato, perché ne sono anch'essi elementi costitutivi, dall'altro perché la loro sussistenza costituisce la "riprova", difficilmente rinunciabile, di una effettiva forza di intimidazione. In questo caso, la prospettiva potrebbe essere quella di elaborare *ex ante* degli indici tratti da studi empirico-criminologici.

D'altronde, già le potenzialità di siffatta tecnica sono state prospettate in dottrina in relazione allo stesso 603 bis c.p., laddove è stata proposta l'estensione della tecnica per indici anche al secondo elemento costitutivo della fattispecie – lo stato di bisogno - attraverso l'elaborazione di "indici di vulnerabilità"[552].

Valgono, in generale, le riflessioni che abbiamo compiuto in relazione all'art. 603 bis c.p. quanto alle questioni teoriche e metodologiche sottese a

[552] V. Cfr. DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 47. Ma v. più ampiamente ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato,* in part. p. 149 ss.

tale peculiare tecnica, nonché alla sua conformità con i principi fondamentali in materia penale[553].

Laddove ci si trovi innanzi a concetti "disposizionali" dei quali non sia possibile fornire una definizione, gli indici consentono di esprimere un disvalore omogeneo attraverso elementi di contesto.

L'elaborazione di indicatori può richiedere di "rapportarsi" con saperi extragiuridici, occorrerà quindi chiedersi di volta in volta con quali limiti i paradigmi epistemologici della ricerca sociale possano essere impiegati nella costruzione delle fattispecie penali.

Tali parametri, trasferiti nella fattispecie penale, impongono *ex lege* dei vincoli che si proiettano sulla futura attività probatorio processuale, consentendo di arginare l'eccessiva "disinvoltura" del diritto vivente, coerentemente con le esigenze di legalità costituzionale e "convenzionale".

[553] V. *supra* § 3.

CONCLUSIONI

Alla luce dell'analisi condotta, abbiamo trovato conferma di quanto prospettato nel primo capitolo, ossia che la tradizionale tecnica di tipizzazione statica e astratta si mostra inadeguata laddove sia necessario inquadrare in una fattispecie penale fenomeni complessi.

Abbiamo utilizzato tale espressione per intendere quei fenomeni dei quali non è possibile fornire una definizione "ontologica", in quanto caratterizzati da quelli che nell'epistemologia generale vengono chiamati "concetti disposizionali", descrivibili solo mediante "indicatori esterni".

Abbiamo rilevato come, in mancanza di una formalizzazione legislativa di tali indicatori, è il giudice che è chiamato ad elaborarli per identificare gli elementi costitutivi del disvalore della fattispecie non definibili in astratto.

Si registra, dunque, la tendenza del processo a espandersi e a fagocitare il diritto sostanziale (è il fenomeno, più generale, della c.d. processualizzazione delle categorie sostanziali): la determinazione dei tratti di tipicità si sviluppa caso per caso in modo imprevedibile, sulla base delle prove disponibili nel processo[554].

[554] Sul tema v. già Sul tema v. già, VOLK K., *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo,* Napoli, 1998, p. 207 ss. Sulle interazioni tra fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie in generale v. GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, cit., p. 86 ss.; GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, cit., p. 103 ss.; ID., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, cit. p. 397 ss.; FIORE, S. *Dal*

Tuttavia, l'idea che la costruzione del tipo criminoso sia destinata a completarsi nel processo attraverso l'«autoritarismo ben intenzionato»[555] dei giudici mette in crisi i corollari "sostanzialistici" del principio di legalità su cui ci siamo soffermati: il principio di precisione, il principio di determinatezza, il principio di tassatività, nonché il principio di tipicità.

Peraltro, per ragioni già evidenziate, la prospettiva non è neanche confacente con le esigenze di legalità «effettuale»[556] espresse ex art. 7 CEDU, nella misura in cui non mette il cittadino nelle condizioni di avere una ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo.

A fronte di tale noto e arato problema, invero, come accennato nel corso della trattazione, non sono mancate in dottrina proposte volte ad arginare un incontrollato «creazionismo giudiziale»[557].

Taluni autori, nell'ottica di valorizzare il formante giurisprudenziale, hanno proposto di istituzionalizzare il ruolo creativo del giudice attraverso forme di stabilizzazione del precedente, spingendo quindi il nostro sistema penalistico verso una sempre maggiore «*common law-isation*»[558].

---

concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice, in AA. VV., cit., p. 145 ss.

[555] L'icastica espressione è di PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93.

[556] L'espressione è di DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia 2014*, p. 91 ss.

[557] L'espressione è di FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, 2/2016, p. 23-44.

[558] MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., p. 955B; DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, cit., p. 14.

Altri autori, nella prospettiva di una maggiore fedeltà alla legalità intesa come riserva di legge, si sono invece interrogati sulla necessità di acquisire nuovi metodi di analisi della tipicità, auspicando una visione "integrata" dei profili sostanziali e processuali del sistema punitivo[559].

In quest'ottica, posto che «norma penale, destinatari, autore del reato, fatto, sanzione penale, processo (..) altro non rappresentano se non espressioni specifiche di un medesimo fenomeno, a tal punto da rendere, in una visuale di insieme, impossibile separarle tra loro, sotto il profilo funzionale, ma anche sotto quello, per così dire, strutturale e contenutistico»[560], si è proposto di dare rilevanza alle ricadute sostanziali delle regole di giudizio, valorizzando le potenziali prestazioni "sostanziali" insite nei principi dell'"*in dubio pro reo*" e della prova "oltre ogni ragionevole dubbio"[561].

In particolare, la regola dell'"*in dubio pro reo*" si presterebbe ad essere utilizzata nei casi in cui, in nome del principio del libero convincimento, si travalichi il limite esegetico della fattispecie sull'erroneo presupposto che si stia superando soltanto un limite processuale di prova[562]. Quanto alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, si è sottolineato come essa non riguardi solo la *quaestio facti* ma anche la *quaestio iuris*: «nessun dubbio

---

[559] Sul tema v. DE FRANCESCO G., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, cit., p. 138; GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 852.

[560] DE FRANCESCO G., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, cit., p. 138.

[561] Così GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 852.

[562] Ibidem.

che la qualifica giuridica del fatto debba essere provata non meno della sua commissione da parte dell'imputato, come d'altronde si evince dall'obbligo di motivare in fatto e in diritto»[563]. Pertanto, tale principio dovrebbe trovare applicazione anche con riferimento all'integrazione degli elementi del reato.

Pur tenendo in considerazione la validità di tali prospettive, la presente ricerca ha inteso muovere da un diverso piano d'indagine, interrogandosi sui problemi che si pongono sul versante del metodo delle tecniche di redazione della norma penale e di costruzione del tipo criminoso.

L'analisi si è fondata sull'assunto secondo cui il «creazionismo giudiziale»[564] spesso si rivela essere semplicemente la conseguenza dell'inadeguatezza dei metodi tradizionali di elaborazione della norma penale.

Molto, in effetti, di quanto s'intende impedire attraverso le fattispecie incriminatrici è dato, ormai, da accadimenti che sfuggono ad una descrizione "statica" e "astratta", caratteristica delle tecniche tradizionali di incriminazione.

Nella presente analisi ci siamo soffermati su alcuni "casi di studio" che presentano un minimo comune denominatore riconducibile a tutte le norme esaminate, che andrebbe a determinare l'esito distorsivo suddetto. In tutte le ipotesi, infatti, il disvalore tipico, i.e. il tipo criminoso, non emerge *ex*

[563] Sul punto v. FERRUA P., *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in AA. VV., *Il libero convincimento del giudice penale. tra vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, p. 63.

[564] L'espressione, come detto, è di FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, 2/2016, p. 23-44.

ante, ma solo a seguito del confronto con il contesto, motivo per cui si parla di "disvalore di contesto".

Come si diceva, grazie alle nozioni "prese in prestito" dall'epistemologia generale, siamo risaliti alle cause comuni che determinano la difficoltà di descrizione in astratto di fenomeni complessi come quelli analizzati, che non possono essere definiti "ontologicamente" ma solo mediante indicatori esterni e – dunque - non si prestano ad essere inquadrati con le tecniche di incriminazione tradizionali.

Assumendo tale prospettiva, la ricerca condotta ha quindi inteso verificare le potenzialità, i limiti e la legittimità della soluzione politico-criminale adottata dal legislatore per l'art. 603 bis c.p., che contempla un nuovo metodo "dinamico" e "integrato" di costruzione della norma, valorizzando, già nella fase di genesi legislativa dell'incriminazione, l'apporto di indici tratti dal contesto pratico-applicativo e di saperi extragiuridici.

Invero, il caso di specie dimostra come laddove sia possibile solo una definizione "operazionale" di un fenomeno, attraverso indicatori, il riferimento *ex ante* a elementi di contesto può essere un modo per orientare e guidare l'attività del giudice.

In tal modo, sembra scongiurato l'esito distorsivo per il quale si "delega" di fatto al giudice il delicato compito di individuare e selezionare gli elementi di fatto in presenza dei quali si applica la fattispecie.

Infatti, sebbene non manchino tentativi di stabilizzazione da parte della giurisprudenza, intenta nell'opera di elaborare degli indicatori che possano garantire una maggiore uniformità dell'interpretazione, tale tendenza

incontra dei limiti significativi se ci si affida solo al processo senza alcune regolamentazioni in astratto.

La tecnica descritta nel presente capitolo, al contrario, non solo è conforme ai principi fondamentali in materia penale, ma contribuisce a soddisfarli.

Peraltro, ad analoga conclusione si può arrivare sul piano della prevedibilità "convenzionale" ex art. 7 CEDU, nella misura in cui l'individuazione *ex ante* di un disvalore omogeneo è coerente anche con la declinazione «effettuale»[565] del principio di legalità compiuta dalla Corte Edu.

Alla luce di tali acquisizioni, abbiamo prospettato l'implementazione di una tecnica di tipizzazione che guardi anche al processo, ponendosi – *ex ante* – il problema delle interazioni tra fattispecie sostanziale e dinamiche processuali.

È chiaro che, come abbiamo già avuto modo di accennare nel corso della trattazione, l'interazione tra diritto penale e processo non è una questione che investe solo il fatto tipico, ma anche profili riguardanti l'antigiuridicità[566] e soprattutto l'elemento psicologico[567]. Ma tali aspetti esulano dalla finalità della presente trattazione.

---

[565] L'espressione, come detto, è di DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia 2014*, p. 91 ss.
[566] Su cui v. lo studio di CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti, Principio di legalità. e cause di giustificazione: necessità e limiti,* Torino, 2018.
[567] Un aspetto tra i più sondati e concerne i rapporti tra dolo eventuale e colpa cosciente, v. BARTOLI R., *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità,* cit., ma v. anche la differenziazione *ex lege* tra tipi di colpa nella legge Gelli-Bianco, in FIORE, S. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, p. 148 s.

L'obiettivo di tale ricerca è stato quello di indagare la potenziale portata sistemica di un metodo di redazione della fattispecie tipica che si avvalga di indicatori esterni, mutuati dal contesto pratico applicativo e dai saperi extragiuridici, per orientare *ex ante* l'individuazione da parte dell'interprete del disvalore penale di fenomeni complessi, che non si prestano a essere definiti in modo astratto.

L'esito cui si è pervenuti ha condotto a riconoscere che in certi contesti la costruzione del tipo criminoso non può essere affidata solo a elementi costitutivi in senso statico e, per così dire, tradizionale, ma dovrebbe essere integrata attraverso il ricorso all'indicatore, elemento di tipicità "dinamica"[568].

Una prospettiva che, in ultima analisi, a dispetto delle apparenze, potrebbe forse riuscire a limitare la discrezionalità giudiziale e garantire una maggiore aderenza al principio di legalità (costituzionale e convenzionale) anche innanzi a fenomeni di più difficile definizione.

Resta ferma la convinzione che il ritorno alla scienza della "buona legislazione", con uno sguardo sempre rivolto agli studi sul linguaggio, sia il primo e fondamentale punto cardine per arginare le derive che contrastano con i fondamenti del sistema penale.

[568] Sul punto, diffusamente, v. DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p*, cit. e ID, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit..

BIBLIOGRAFIA

ABAGNALE G., *Tecniche legislative prime riflessioni su alcune esperienze straniere*, in *Le Regioni,* 2-3/1985, p. 241 ss.

ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato,* Bologna, 2007.

ALEO S., *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pisa, 2020.

AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.,* 2014, p. 403 ss.

AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*?, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2018, p. 1406 ss.

AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, p. 174 ss
AMENDOLA G., *La legalità istituzionale,* in *Dem. dir.,* 3/1983, p. 19 ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari, vol. II, I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica,* Milano, 2008.

APOLLONIO A., *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, 1/2016, p. 128 ss.

APOLLONIO A., *Estorsione ambientale e metodo mafioso*, in *Cass. pen*, 2018, p. 3482 ss.

ARCERI A. *Sull'art. 416-bis e in particolare sull'uso della forza intimidatrice*, in *Giur. merito,* 2/1995, p. 317 ss..

ARTALE O. C., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, p. 1747.

BACCO F., *Il delitto di aggiotaggio manipolativo: tensioni interpretative ed innovazioni sistematiche nella difficile repressione delle manipolazioni 'mascherate'*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2298.

BALSAMO A. - RECCHIONE S., *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2013.

BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933,* 1966, p. 38 ss.

BARTOLI R., *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in De Francesco G. – Piemontese C. – Venafro E. (a cura di), *La prova dei fatti psichici,* Torino, 2010, p. 223 ss.

BECCARIA C., *De' delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, V, Milano, 1839.

BERTONI R., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.,* 1983, p. 1018 ss.

BETTIOL G., *La dottrina del* Tatbestand *nella sua ultima formulazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1932, p. 525 ss.

BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1986.

BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio, in Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 305 ss.

BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.

BOBBIO N. - CESARINI SFORZA W. - OLIVECRONA K. - SCARPELLI U. - TARELLO G. *et alii*, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

BONANNO A. –CAVALCANTI J. S. B., *Sulla pelle viva. Nardò: la lotta autorganizzata dei braccianti immigrati*, Roma 2012.

BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale,* Palermo, 1955.

BOSCARELLI A., *A proposito del principio di tassatività*. in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1147 ss.

BRAMBILLA P., *"Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato": recenti riforme a contrasto del fenomeno"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* n. 1-2/2017, p. 209 ss.

BRAMBILLA P., *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi: spunti di riflessione sui confini applicativi della fattispecie alla luce della prima condanna per caporalato digitale nel caso Uber*, in *Sist. pen.*, 31 marzo 2022.

BREMBATI F., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principi costituzionali e "indici di fraudolenza",* in *Le soc.*, 2018, p. 645 ss.

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

BRICOLA F., *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 241 ss.

BURDESE A. - GALLO F., *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto,* in *Riv. ital. sc. giur.,* 1949, p. 383 ss.

CADAMURO E., *Il nuovo volto del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ("caporalato")*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*. 3-4/2016, p. 829.

CADOPPI A. (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, Ominis definitio in iure periculosa?,* Torino, 1996.

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 1999.

CAJANI L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, 1930, p. 34 ss.

CALVI A., *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970.

CANALE D., *Il ragionamento giuridico*, in Pino G. - Schiavello A. - Villa V. (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, p. 316 ss.

CAPURSO M., *L'interpretazione dei giudici: una spia della validità delle tecniche di progettazione legislativa,* in *Studi parlam. e politica cost.*, 4/1977, p. 23 ss.

CARLIZZI G. – OMAGGIO V, *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Torino, 2016.

CARLIZZI G., *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, p. 91 ss.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 292.

CARUSO G., *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale,* Milano, 2009.

CASTELLABATE M., *Operazioni manipolative del mercato finanziario ed operazioni lecite: sui problematici confini tra testo e contesto*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1927 ss.

CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.,* 14 novembre 2012.

CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

CAVALIERE A., *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in Fiandaca G. – Visconti C. (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 146 ss.

CAVALLINI S., *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?,* in *Giur. it.,* 2018, p. 187 ss.

CAVALLINI S., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Padova, 2019.

CENTONZE A., *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Milano, 2013.

CENTONZE A., *Pensiero causale e pensare complesso". Il diritto penale di Salvatore Aleo,* in *Giustizia insieme,* 12 settembre 2020.

CERVATI A. A., *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca,* in *Foro it.*, 5/1985, c. 281.

CHIARAVIGLIO P., *A proposito della manipolazione di mercato attraverso la diffusione di notizie idonee ad alterare il prezzo di strumenti finanziari: la sentenza 21.12.2010 del Tribunale di Torino,* in *Giur. comm.*, 2/2012, p. 357 ss.

CLASS W., *Generalkglausen im Strafrecht,* in *Festschruft* für Eberhard Schmidt, 1933.

CONIGLIARO C., *La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015.

CONSULICH F., *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici. Tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*, in *Le soc.*, 7/2011, p. 823 ss.

CONSULICH F., *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010.

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti, Principio di legalità. e cause di giustificazione: necessità e limiti,* Torino, 2018.

CONSULICH F., *COSÌ È (SE VI PARE). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.,* 1/2020, p. 24 ss.

CONTENTO G., *Clausole generali e regole generali come "principi di codificazione"*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995.

CONTI L., *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Torino, 1965.

CRESPI A., *Gli "altri artifici e raggiri" nell'aggiotaggio ex art. 2637 c.c. e la dubbia liceità del richiamo al "contesto" dell'azione*, in *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2010, p. 596 s.

CRISAFULLI V., *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.,* XIII, Milano, 1964, p. 195 e ss.

D'ALESSANDRO F., in *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 39 ss.

DALLA CHIESA N., *Mafia: questione del potere e istituzioni*, in AA. VV, *Mafia e Istituzioni, Mafia. Questione del potere e istituzion*i, Reggio Calabria-Roma, 1981, p. 114 ss.

DE FRANCESCO G., *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. d. pen.*, vol. I, Padova, 1987, p. 309 ss.

DE FRANCESCO G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992. p. 113 ss.

DE FRANCESCO, G., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, in De Vita A. - Palazzo F. (a cura di), *Giornate di studio in onore di Jean Carbonnier e Winfried Hassemer*, Torino, 2004, p. 137 ss.

DE FRANCESCO G., *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa,* in Fiandaca G. – Visconti C. (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino 2010, p. 138 ss.

DELITALA G., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, ristampato in ID., *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, pp. 723 ss.

DELITALA G., *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 123 ss., ora in ID., *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, Milano, 1976.

DELITALA G., *Diritto penale. Raccolta di scritti,* I, 1976.

DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988.

DE VERO G. *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1998, p. 385 ss.

DE VERO G., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1325 ss.

DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006.

DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1/2009, p. 93 ss.

DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale, Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 159 ss.

DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 11 ss.

DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia 2014*, p. 91 ss.

DI MARTINO A., *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont.*, in *Riv. trim.*, 2/2015, p. 106.

DI MARTINO A., *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, in *Treccani Diritto – Diritto penale parte speciale – Delitti contro la persona 3.2.1.*, 26 ottobre 2017, p. 6.

DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, 3/2018.

DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. Pen.,* 1/2019.

DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019.

DI MARTINO A., *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, in *Studi sulla questione criminale,* 1/2020, pp. 99-117.

DI LUCIA P. (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995.

DI VETTA G., *La tipicità debole del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione. La dialettica tra statica del tipo criminoso e dinamica del processo*, Tesi di Laurea - Università di Pisa, 2015 (disponibile *on-line*).

DI VETTA G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. pen.*, 1/2017.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Della dogmatica classica alla giurisprudenza fonte,* Milano, 2011.

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

DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale, Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016.

DONINI M., *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in Moccia S. – Cavaliere S. (a cura di) Il *modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli, 2016, p. 43 ss.

DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, p. 14 ss.

DYSON M. – VOGEL B., *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Cambridge, 2018.

DYSON M., *Blackstones statutes on criminal law,* Oxford, 2022

ENGISH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.

ENGISH K., *Die Normativen Tabtestands-elemente in Strafrecht*, in Fest. Mezger, Munchen und Berlin, 1954.

ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Camerino, 1983.

EUSEBI L., *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2016, p. 1668 ss.

FASSI E., *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli "indici di fraudolenza" della condotta nel caso concreto*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4339 ss.

FERRAJOLI L., *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1967, p. 514 ss.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Bari, 1989.

FERRANTI D., *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2016.

FERRUA P., *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in AA. VV., *Il libero convincimento del giudice penale. tra vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, p. 63 ss.

FIANDACA G., *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646,* in *Leg. pen.*, 1983, p. 259 ss.

FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984.

FIANDACA G., *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro It.*, 5/1985, p. 304 ss.

FIANDACA G., *voce Fatto nel diritto penale,* in *Dig disc. pen.,* V, Torino, 1991, p. 154 ss.

FIANDACA G. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.

FIANDACA G., *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata,* in *Crit. dir.,* 1999, p. 534.

FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2001, p. 361 ss.

FIANDACA G., *Diritto penale e processo,* in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice,* Padova, 2002, p. 77.

FIANDACA G., *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, in Barillaro M. (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territori*ali, Milano 2004, p. 45 ss.

FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione,* in *Cass. pen.,* 2005, p. 1722 ss.

FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.

FIANDACA G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.,* 2010, V, p. 176 ss.

FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale,* in *Criminalia* 2011, p. 79 ss.

FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica,* in *Dir. pen. cont.,* 1/2012, p. 251 ss.

FIANDACA G. – VISCONTI C., *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno",* in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2012, p. 489 ss.

FILANGIERI G., *La scienza della legislazione* (1780-88) [III, 38] 4, Parigi, 1853.

FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli 2013, p. 886 ss.

FIORE, S. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, p. 145 ss.

FLETCHER G. P., *Basic concepts of criminal law*, New York-Oxford, 1998 (trad.it., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004.

FOFFANI L., *voce Società*, (artt. 2621-2641 c.c.), in Palazzo F. - Paliero C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1899 ss.

FONDAROLI D., *Aggiotaggio mediante altri artifici, disvalore del fatto e disvalore del contesto,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 747 ss.

FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale*? *Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale*", in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2016.

FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994.

FORTUNA F., *La risposta delle istituzioni alla criminalità mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 203 ss.

GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *Leg. pen.*, 3 aprile 2017.

GADAMER H. G., *Verità e metodo*, trad. it. a cura di Vattimo G., Milano, 1972.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 35 ss.

MARINI G., voce "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*" *(dir. pen.),* in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 1950 ss.

GARGANI A., *Dal Corpus Delicti Al Tatbestand. Le Origini Della Tipicità Penale,* Milano, 1997.

GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 397 ss.

GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, p. 99 ss.

GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in De Francesco G. - Marzaduri E. (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino 2016, p. 86 ss.

GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), Bologna, 2016, p. 103 ss.

GARGANI A., *sub art. 416-bis -Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, 2825 ss.

GATTA G. L., *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008.

GHAI D., *Decent Work: Concept and Indicators*, in *Int'l Labour Rev.*, vol. 142 (2003), No. 2, p. 113 ss.

GIORDANO S., *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2015.

GIUNTA F. (a cura di), *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge*?, in *Discrimen 2011,* p. 77 ss.

GRASSO P.G., *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1971.

GRASSO P.G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur, cost.,* 1981, I, p. 806 ss.

GREGORI G., *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978.

GRILLO P., *Le 'nuove' forme di schiavitù al vaglio della Suprema Corte*, in *Dir. giust.*, 29/2015, p. 11 ss.

GRISPIGNI F., *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 135 ss.

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Milano, 1950, vol. II.

GROSSO F.C, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia* 2011, p. 125 ss.

GUASTINI R., *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in S. Castignone – R. Guastini – G. Tarello (a cura di), *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1978, p. 42 ss.

GUASTINI R., *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985.

HART H., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965.

HASSEMER W., *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 3/1991, p. 497 ss.

HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007.

HEDEMANN J., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Mohr, 1933.

HIRSCH G., *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia* 2007, p. 107 ss.

IACOVIELLO F., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997.

INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, Milano 1993.

INSOLERA G., *L'associazione per delinquere,* Padova 1983.

INSOLERA G.*, Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano 1986, 148 ss., Id., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 429 ss.

INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 2002, 579 ss.

INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici",* in *Criminalia 2012, p.* 285 ss.

KAUFFMAN A., *Analogia e natura delle cose. Un contributo alla dottrina del tipo*, Roma, 2004.

LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474 ss.

LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

LUZZATI C., *Teoria del diritto e "scienza della legislazione". Un contributo del gruppo di Milano,* in Di Lucia P. (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 87 ss.

LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.

LUZZATI C., *Ricominciando dal sorite, Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, 2005.

MACCANICO A., *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 53 ss.

MACCARI A.L., *Art. 2637,* in Giunta F. (a cura di), I *nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61,* Torino, 2002, p. 200 ss.

MAGGIO P., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata,* in AA.VV., *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparata*, Padova, 2002, p. 199 ss.

MAGGIO P., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, in *La Corte d'Assise*, 2010, p. 366 ss.

MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in Fiandaca G.-Visconti C. (a cura di), *Scenari di mafia,* Torino, 2010, p. 491 ss.

MAGGIO P., *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 9/2016, p. 3432 ss.

MAGRO B., *Manipolazione di mercato e strumenti derivati. Una critica al modello di razionalità economica,* Milano, 2012.

MAIELLO V., *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente, Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali,* a cura di Fornasari G. – Melchionda A. – Picotti L. – Viganò F., Padova 2005, p. 105 ss.

MAIELLO V., *Luci ed ombre sulla cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 265 ss.

MAIELLO V., *La Consulta e la Corte Edu attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno,* in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1019 ss.

MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, Raccolta di scritti,* Torino, 2014, p. 41 ss.

MANNA A., *L'ammissibilità del concorso esterno nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1189 ss.

MANNA A., *Il bene giuridico protetto*, in Ghia L. – Piccininni C. – Severini F. (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali, vol. VI, I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali,* Torino, 2012, p. 11 ss.

MANES V., *La pervicace resistenza dei "reati di sospetto"*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2539 ss.

MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3/2017, p. 955 ss.

MANNOZZI G., *Le parole del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1462 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1984.

MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale vol.*1. *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III, 2001.

MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1256 ss.

MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G. L., *Manuale di diritto penale,* Milano, 2022.

MARTINO A., *Le definizioni legislative*, Torino, 1975.

MARZADURI E., *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in Danovi F. (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Torino, 2015, p. 165 ss.

MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia, Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in Galgano F., *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1995, p. 179 ss.

MAZZACUVA N., *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione dei principi fondamentali,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 437 ss.

MAZZACUVA N. – AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020.

MELCHIONDA A., *Aggiotaggio e manipolazione del mercato*, in Lanzi A. – Cadoppi A., *I reati societari,* Padova, 2007.

MENARDO N., Il *ne bis in idem negli abusi di mercato interferenze tra illecito penale e illecito amministrativo nei reati di market abuse*, in *Giur. Pen.*, 2018, p. 68 ss.

MERLO A., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, Torino 2020.

MOCCIA S., *La promessa non mantenuta*, Napoli, 2001.

MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia 2012*, p. 299 ss.

MORGANTE G., *"Quel che resta" del divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro dopo la "Riforma Biagi"*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2006, p. 736 ss.

MORGANTE G., *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche,* in *Giur. it.,* 7/2018, p. 1703 ss.

MOROSINI P.G., *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2012, p. 261 ss.

MUCCIARELLI F., *Aggiotaggio*, in Alessandri A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 427 ss.

MUCCIARELLI F., *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc*., 2005, p. 1465 ss.

MUSCATIELLO V. B., *Profili giurisprudenziali e verifiche dommatiche del concorso eventuale in fattispecie associative*, in *Studi in memoria di Renato Dell'Andro*, II, 1994, 589 ss.

MUSCATIELLO V., *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, p. 184 ss.

MYLONOPOULOS C., *Komparative un Dispositionsbegriffe im Stafecht*, Frankfurt 1998,

NEPPI MODONA G., *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 4/1983, p. 49 ss.

NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale, in Crit. dir., 1995,* p. 265 ss.

NUVOLONE P., *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942.

NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Milano, 1972.

ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'*inquisitio generalis*?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1996, p. 569 ss.

ORLANDI R., *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 534 ss.

ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale,* in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, p. 9 ss.

ORSI L., *Gli "artifici" costitutivi dell'elemento oggettivo dei delitti di aggiotaggio (art. 2637 c.c.) e di manipolazione del mercato (art. 185 tuf*), *in Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, p. 93 ss.

PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1989, p. 919.

PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.,* 1999, p. 539 ss.

PADOVANI T.- STORTONI L.*, Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006.

PADOVANI T., *Il concorso esterno: alla ricerca del "bandolo" di un'intricata questione*, in *Leg. pen.*, 3/2012, p. 730 ss.

PAGLIARO A., *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 420 ss.

PAGLIARO A., *Bene giuridico e interpretazione penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 389 ss.

PALAZZO F., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979.

PALAZZO F., T*ecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.,* 1987, p. 231 ss.

PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali, ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale,* Napoli, 1991, p. 27 ss.

PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, p. 346 ss.

PALAZZO F., *Sulle funzioni delle norme definitorie,* in Cadoppi A. (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Ominis definitio in iure periculosa?*, Torino, 1996, p. 381 ss.

PALAZZO F., *"Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico",* in AA.VV., *L'interpretazione e il giurista* Padova, 2003, pp. 520 ss.

PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Milano, 2005, p. 90 ss.

PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzio*nale, a cura di Vassalli G., Napoli, 2006, p. 52 ss.

PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 515 ss.

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale',* in *Quad. fiorentini,* 2007, p. 1281 ss.

PALAZZO F., *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in *Quad. fiorentini*, 2013, p. 178 ss.

PALAZZO F., *Diritto penale*, spec. VII ed., 2018, p. 59 ss.

PALAZZO F., *Introduzione*, in Stile A.M. – Manacorda S. – Mongillo V. (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale*?, Napoli, 2018.

PALIERO C.E., *Le fattispecie "causalmente orientate" sono davvero "a forma libera"? (Tipicità e accertamento del nesso di causalità),* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1977, p. 1499 ss.

PALIERO C. E., La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale, in Stortoni L. – Foffani L., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo, L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 239 ss.

PALIERO C.E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano: lezioni del Corso di Diritto penale progredito* (a cura di Perini C. - Consulich F.), Milano, 2006.

PALIERO C.E., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?,* in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, *Atti del Convegno a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* (Courmayeur, 25 settembre 2009), Milano 2010, p. 64 ss.

PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2014, p. 1099 ss.

PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019.

PAPA M., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in Cocco G. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale,* Padova, 2016, p. 149 ss.

PASTORE B., *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, Torino, 2013, p. VIII.

PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.

PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del convegno Arel, del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, p. 34 ss.

PEDRAZZI C., Art. 216, in Galgano F. (a cura di), *Commentario Scialoja – Branca. Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, p. 3 ss.

PEDRAZZI C., *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Digesto pen.,* XIII, Torino, 1997, p. 411 ss.

PEDRAZZI C., *Turbativa dei mercati*, in *Digesto pen.,* XIV*,* Torino, 1999, p. 421 ss.

PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 265, ora in ID., *Diritto penale, vol. III, Scritti di diritto penale dell'economia: problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 649 ss.

PEDRAZZI C., *Problemi del delitto di aggiotaggio*, 1958, ora in ID., *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia, problemi generali, diritto penale societario*, Milano, 2003, p. 50 s.

PENNISI G. A., *Legislative Provisions in Context: A Linguistic Approach*, in *Statute Law Review*, 37/2016, p. 101 ss.

PICINALI F., *Le narrazioni della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.,* 15 ottobre 2013.

PIGNATONE G. -PRESTIPINO M., *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi, Roma-Bari*, 2019.

PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 19 ss.

PISANI N., *Crisi d'impresa e diritto penale*, Bologna, 2018.

PISANI N., *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale,* in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali,* Torino, 2010, p. 9 ss.

PISAPIA G. D., *I delitti contro la famiglia*, Torino, 1952.

PIZZORUSSO A., *Il "Renton Report" e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese,* in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.,* 1984, p. 760 ss.

POMANTI P., *La "riconoscibilità" della norma penale. Tra conformità al tipo e prevedibilità*, Napoli, 2019.

PREZIOSI S., *L'aggiotaggio (art. 2637),* in Rossi A. (a cura di), *Reati societari,* Torino,
2005, p. 459 ss.

PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. costituzionali*, 1982, p. 93 ss.

PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686.

PULITANÒ D., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in Foffani L. – Orlandi R. (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di, Bologna, 2016, p. 103 ss.

PULITANÒ D., *La Requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 257 ss.

PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 46 ss.

RAMACCI F., *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970.

RAMPIONI R., *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e cd. Giurisprudenza "creativa"*, Milano, 2007.

RAPACCIUOLO A. – BONGIOVANNI G., *Illecita interposizione, somministrazione fraudolenta e reazione degli organi ispettivi*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, 42/2019, p. 2582 ss.

RISICATO L., *Elementi normativi della fattispecie penale,* Milano, 2004.

ROMANO M., "*Repressione della condotta antisindacale*", Milano, 1974.

ROMANO M., *Il diritto penale e la borsa,* in *Giur. comm.*, 1978, p. 700 s.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004.

RONCO M. *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 694 ss.

RONCO M., *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in Romano B. - Tinebra G. (a cura di)*, Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 72

ROSS A., *Diritto e giustizia,* Torino, 1964.

ROSSI A., *Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione del mercato art. 2637 cod. civ. e 185 d. lgs. 58/98: problemi e prospettive,* in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 694 ss.

RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale, I, Lineamenti generali*, Napoli, 1965.

SALES P., *A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998*, in *Journal Article Law Quarterly Review*, L.Q.R. 2009, 125(Oct), pp. 598 ss.

SANTORO M. (a cura di), *Riconoscere le mafie: cosa sono, come funzionano, come si muovono*, Torino, 2015.

SCARANO A., *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 149 ss.

SCARPELLI U., *Semantica giuridica*, in *Nov. dig. it.*, Vol. XVI, Torino, 1969, p. 983 ss.

SCARPELLI U., *La definizione del diritto*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 187 ss.

SCARPELLI U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico,* in Di Lucia P. (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 5 ss.

SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959.

SCOLETTA M., *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato, in Corr. merito*, 2011, p. 844 ss.

SCORZA E., *Le novità rilevanti per il diritto penale nelle recenti manovre "anti-crisi",* in *Leg. pen.* 2012, p. 7 ss.

SELVAGGI N., *Estraneità dell'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione,* in AA. VV., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali,* Torino, 2010, p. 97 ss.

SEMINARA S., *L'aggiotaggio* (art. 2637), in Giarda A. – Seminara S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 556 ss.

SERRAINO F., *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 264 ss.

SIRACUSANO F., *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1872 ss.

SIRACUSANO P., *Principio di precisione e definizioni legislative di parte speciale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 739 ss.

SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padova 1993.

SPARAGNA R., *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2015.

STELLA F., *Fatti di bancarotta e intervento del magistero punitivo,* in AA. VV., *La crisi dell'impresa e l'intervento del giudice,* Milano, 1978, pp. 121 ss.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale,* Milano, 2000.

STYCHIN C. - MULCAHY L., *Legal Methods and Systems: Text and Materials*, London, 2010.

SOTIS C., *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte Costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco),* in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017.

SOTIS C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2017, p. 1346 *ss.*

TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi,* Bologna, 1974.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

TRAPANI M., voce *Legge penale, I) Fonti*, in *Enc. giur*., XVII, Roma, 1990, p. 2 ss.

TROVATORE F., *Aggiotaggio su strumenti finanziari*, in Rabitti Bedogni C. (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, Milano, 1998, p. 1001.

TURONE G., Il delitto di associazione mafiosa, Milano, 2015.

VARESE F., *Mafie in movimento. Percorsi e geografie del crimine organizzato*, Torino, 2011.

VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 158 ss.

VASSALLI G., *Tipicità, diritto penale,* in *Enc. dir.,* Milano, 1992, XLIV, p. 535 ss.

VASSALLI G., *voce "Nullum crimen, nulla poena, sine lege"*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 278 ss.

VELLUZZI V., *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia 2012*, p. 305 ss.

VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, *Criminalia* 2008, p. 493 ss.

VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 299 ss.

VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, in Picotti L.-Fornasari G. -Viganò F. -Melchionda A. (a cura di), Padova, 2005, p. 280 ss.

VIGANÒ F. *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale,* Torino, 2021.

VISCONTI C., *Imprenditori e camorra: l'«ineluttabile coartazione» come criterio discretivo tra complici e vittime?,* in *Foro it.,* 1999, p. 631 ss.

VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, p. 233 ss.

VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Riv. trim. dir. pen. cont*., 2012, p. 247 ss.

VISCONTI C., *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord: una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?,* in *Riv. trim. dir. pen. cont.,* 1/2015, p. 367 ss.

VISCONTI C., I *giudici di legittimità ancora alle prese con la mafia silente al nord: dicono di pensarla allo stesso modo ma non è così,* in *Dir. pen. cont.,* 5 ottobre 2015.

VISCONTI C., *Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord, in Libro dell'anno del diritto 2016*, in www.treccani.it.

VISCONTI C., *Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di dell'Utri*, in *Dir. pen. cont.,* 18 ottobre 2016.

VISCONTI C. – MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2019.

VITARELLI F., *Commento agli artt. 603.bis c.p., 603.bis 1 c.p., 603.bis 2 c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, p. 4130 ss.

VITARELLI F., *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, in *Leg. Pen.,* 2020.

VITARELLI F., *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, in *Le soc.*, 1/2023, p. 83 ss.

VOGLIOTTI M.*, Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011.

VOGLIOTTI M., "*Risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea",* in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2015, p. 89 ss.

VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2013, p. 378 ss.;

VOLK K., *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998.

VOLK K., *Diritto penale ed economia*, in ID., *Sistema penale e criminalità economica,* Napoli, 1998, p. 203 ss.

VON LISZT F., Dochow, *An Unsere Leser, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1881.

XANTHAKI H., *Drafting manuals and quality in legislation: positive contribution towards certainty in the law or impediment to the necessity for dynamism of rules*?, in *Legisprudence*, n. 4, 2010, p. 111 ss.

XANTHAKI H., *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Oxford, 2014.

XANTHAKI H. – PENNISI G. A., *"Legislative Drafting e lingua: ipotesi di semplificazione del testo normativo"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2014, p. 41 ss.

WITTGENSTEIN L., *Ricerche filosofiche*, Torino, 1999.

ZACCARIA R., (a cura di), *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, Camera dei Deputati, Roma, 2012, p. 9 ss.

ZAGREBELSKY G., *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *AA. VV., Giurisprudenza sistematica di diritto penale, diretta* da Bricola F.- Zagrebelsky V., vol. IV, Torino 1996, p. 559 ss.

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2017, p. 406.

ZANON N.*, Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale,* in *Criminalia 2012, p.* 305 ss.

INDICE CRONOLOGICO DELLE SENTENZE

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost. 3 marzo 1972, n. 42.

Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96.

Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085.

Corte cost. 18 gennaio 1989, n. 11.

Corte cost. 7 luglio 2005, n. 265.

Corte cost. 20 giugno 2008, n. 225.

Corte cost. 1° agosto 2008, n. 327.

Corte cost. 11 giugno 2014, n. 172.

Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24

Corte cost. 24 gennaio 2019 n. 25.

Corte cost. 7 giugno 2019 n. 141.

Corte cost. 20 dicembre 2019, n. 278.

Corte cost. 14 maggio 2021, n. 98.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTO DELL'UOMO

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna.*

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia.*

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia.*

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. pen., sez. II, 24 marzo 1972, Balsamo

Cass. pen., sez. I, 5 novembre 1979, Mannolo.

Cass. pen., sez. I, 13 giugno 1987, n. 3492, Altivalle.

Cass. pen., sez. I, 6 aprile 1987, n. 13070, Aruta.

Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 1985, Scarabaggio.

Cass. pen., sez. I, 30 settembre 1986, Amerato.

Cass. pen., sez I, 1 luglio 1987, Ingemi.

Cass. pen., sez. I, 6 aprile 1987, Aruta.

Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 1989, Teardo e altri.

Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1991, n. 6203, Grassonelli

Cass. pen., sez. I, 19 marzo 1992, D'Alessandro.

Cass. pen., sez. I, 20 novembre 1992, De Feo.

Cass. pen., sez. I, 23 marzo 1994, Pulito.

Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 1994, De Tommasi.

Cass. pen., sez. II, 15 aprile 1994, n. 5386, Matrone.

Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry.

Cass. pen., sez. VI, 10 marzo 1995, Monaco.

Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 1997, n. 4307, Magnelli.

Cass. pen., sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib.

Cass. pen., sez. V, 9 marzo 1999, n. 4424.

Cass. pen., sez. V, 16 marzo 2000, Frasca.

Cass. pen., sez. un., 30 ottobre 2002 n. 22327, Carnevale.

Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 9604, Marinaro.

Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2003, n. 45711, Peluso.

Cass. pen., sez. V, 25 giugno 2003, n. 38412, Di Donna.

Cass., sez. V, 3 ottobre 2003, n. 37565.

Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2004, Foriglio.

Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino.

Cass. pen., sez. I, 10 luglio 2007, Brusca.

Cass. pen., sez. V, 15 luglio 2008, n. 39546.

Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2008, n. 2063.

Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 35882.

Cass. pen., sez. I, 16 maggio 2011, Baratto, n. 25242.

Cass. pen., sez. II, 3 maggio 2012, D'Ambrogio e altri.

Cass. pen., sez. II, 16 aprile 2013, Avallone.

Cass. pen., sez. II, 30 aprile 2013, Gioffrè.

Cass. pen., sez. II, 12 settembre 2013, n. 44315, Cicero.

Cass. pen., sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14591, Stoican.

Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2014, n.21846.

Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077.

Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 2014, n. 20532.

Cass. pen., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548.

Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 2015, n. 29099.

Cass. pen., sez. V, 19 febbraio 2015, 33527.

Cass. pen., sez. V, 3 marzo 2015 n. 31666.

Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535.

Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535.

Cass. pen. sez. II, 21 aprile 2015 n. 34147, Infinito.

Cass. pen. sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino.

Cass., Sez. VI, 20 maggio 2015, Cataldo e altri.

Cass. pen., sez. V, 17 giugno 2015, n. 30988.

Cass. pen., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774.

Cass. pen. sez. II, n. 18132, 13 aprile 2016, Trematerra.

Cass. pen., sez. V, 6 maggio 2016, n. 18980.

Cass. pen., Sez. V, 23 novembre 2016, n. 6788 Vecchio ed altri.

Cass. pen. sez. II, n. 22447 del 18 maggio 2016, Spinoccia.

Cass. pen, 17 giugno 2016, n. 55359, Pesce.

Cass. pen., sez, V, 14 settembre 2016, n. 42996/16.

Cass. pen., 1 marzo 2017, n. 27094, Milite.

Cass. pen., 28 marzo 2017 n. 24850, Cataldo.

Cass. pen., sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396.

Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17936, Svolazzo

Cass. pen., sez. IV, 9 ottobre 2019, n. 49781.

Cass. pen., sez. VI, 22 ottobre 2019 n. 18125, Buzzi e altri.

Cass. pen., sez. II, 29 novembre 2019, n. 10255, Fasciani.

Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2020, n. 11546, Sarker.

Cass. pen, sez. IV, 16 settembre 2020, n. 27582, Savoia.

Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2020, n. 37525.

Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2021, n. 24441, Sanitrasport.

Cass. Pen., sez. un., 27 maggio 2021, n.36958.

Cass. pen., sez. un., 11 ottobre 2021, n. 36958.

Cass. pen., sez. IV, sent. 11 novembre 2021, n. 45615

Cass. pen., sez. IV, sent. 11 novembre 2021, n. 7861

Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2022, n. 29850.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Trib. Monza, 11 luglio 2001.

Trib. Milano, 11 novembre 2002, Mensi.

Trib. Milano, sez. gip/gup, 14 novembre 2005.

Trib. Milano, sez. II, 14 novembre 2005, Rossi.

Trib. Milano, 27 marzo 2006, Crovetto.

Trib. Milano, sez. II, 12 agosto 2008.

C. Assise Lecce, 13 luglio 2017, n. 2.

Trib. Ascoli Piceno, 12 marzo 2020, n. 156.

Trib. Milano, sez. gip/gup, 15 ottobre 2021.