☆

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione
Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,
Marco Nicola Miletti, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore
Fausto Giunta

Comitato di redazione
Alessandro Corda, Claudia Mazzucato,
Dario Micheletti, Daniele Negri, Caterina Paonessa
Antonio Vallini, Vito Velluzzi

Coordinatore
Dario Micheletti

Direttore responsabile
Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2 0 1 6

Edizioni ETS

www.edizioniets.com

© Copyright 2017
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675106-5
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

STUART P. GREEN
L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum 15

TULLIO PADOVANI
Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente 27

FREDERICK SCHAUER
Lie-Detection, *Neuroscienze e diritto delle prove* 33

I grandi temi *Welfare e diritto penale*

DAVID GARLAND
Welfare State *sotto assedio* 63

DOMENICO PULITANÒ
Welfare *e diritto penale. Variazioni su un tema di Garland* 77

Tavola rotonda

Colpa informativa e cautele autoprotettive nelle zone ad alto rischio sismico (a proposito della sentenza "Grandi Rischi". – Cassazione penale, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478)
Nota introduttiva 95

Ne discutono:
ALESSANDRO AMATO
DAVIDE AMATO
ROBERTO CALCINARI
DOMENICO NOTARO

Dibattito *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*
Nota introduttiva di Fausto Giunta 157

Sezione I – *L'insostenibile leggerezza del testo*

DARIO MICHELETTI
Jus contra lex. *Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità* 161

Sezione II – *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*

COSTANZA BERNASCONI
Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale 193

Sezione III – *Il giudice legislatore: verso il crepuscolo della distinzione tra* jus facere *e* jus dicere*?*

DOMENICO PULITANÒ
Tra jus facere *e* jus dicere 205

GIOVANNI TARLI BARBIERI
Il diritto, oggi: tra il dire e il fare 215

VITO VELLUZZI
Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni 229

Sezione IV – *Saranno magistrati: l'anacronistica immutabilità dell'ordinamento giudiziario*

CARLO GUARNIERI
Ruolo della giurisdizione e modelli di reclutamento della magistratura 235

LUCIANO VIOLANTE
Verso un giudice di common law*?* 239

LORENZO ZILLETTI
La giurisprudenza oggi: tra tracimazioni ermeneutiche e legittimazione 243

Il punto su… *Il caso Provenzano*

FRANCO CORLEONE
*41-*bis*, un regime detentivo senza fine ma con un fine* 247

LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE
*Abolire il "carcere duro". Legittimità e limiti del 41-*bis *alla luce della sua applicazione* 263

Il punto su… *Partecipazione democratica alle scelte politico criminali e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo*

LUCIANO EUSEBI
Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice»? 285

ALBERTO GARGANI
Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva *del processo* 303

OLIVIERO MAZZA
Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo 329

LUCIANO VIOLANTE
La produzione del penale tra Governo e Parlamento maggioritario 339

Antologia

LUIGI CORNACCHIA
Lex imperfecta: *ciò che sopravvive della* Normentheorie *di Binding nella dommatica penale* 347

CRISTINA DE MAGLIE
Alla ricerca di un "effective compliance program":*venticinque anni di esperienza statunitense* 375

GIUSEPPE DI VETTA
L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno» 399

MARIA NOVELLA MASULLO
Dietro le quinte: *la riemersione della punibilità del falso qualitativo. Un confronto sulle possibili* controindicazioni *desumibili dal tipo* 425

EDOARDO MAZZANTI
Violazione di diritti umani e responsabilità dello Stato. La prevenzione dei disastri come "alternativa" al diritto penale 447

GHERARDO MINICUCCI
Contributo allo studio del dolo di bancarotta patrimoniale 481

PIERPAOLO RIVELLO
Il ruolo attribuito alla vittima del reato dalla normativa processuale italiana in rapporto a quello ad essa spettante innanzi alle Corti penali internazionali 507

ANA LUCIA SABADELL
Forme di "patriarcalismo" giuridico-penale in Brasile. Il caso delle molestie sessuali e della violenza sessuale 563

ALESSANDRO SPENA
La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech 577

Letture

GAETANO CARLIZZI
Le nuove frontiere della teoria del diritto. Riflessioni sul libro di Giorgio Pino, Teoria analitica del diritto I 611

TABLE OF CONTENTS

On the front page

STUART P. GREEN
The conceptual utility of malum prohibitum 15

TULLIO PADOVANI
Torture: an apparently late compliance, an actually persistent failure to comply 27

FREDERICK SCHAUER
Lie-Detection, *Neuroscience and evidence law* 33

Big themes *Welfare e diritto penale*

DAVID GARLAND
Welfare State under siege 63

DOMENICO PULITANÒ
Welfare and the criminal law. Variations on a theme put forward by Garland 77

Roundtable

Informative fault and self-protective cautions in areas of high seismic risk (on the "Grandi Rischi" judgment. – Cassazione penale, sez. IV, 24 March 2016, No. 12478)
Introductory remarks 95

Discussants:
ALESSANDRO AMATO
DAVIDE AMATO
ROBERTO CALCINARI
DOMENICO NOTARO

Exchange of views *The creative bureaucrat. The increasing interpretative enterprise of criminal case law*
Introductory remarks by Fausto Giunta 157

Section I –*The unbearable lightness of the text*

DARIO MICHELETTI
Jus contra lex. *A sampling of the uncontrollable aversion of criminal courts to the principle of legality of crimes* 161

Section II – *From the unpredictability of the law to the unpredictability of the judgment*

COSTANZA BERNASCONI
At the roots of the unpredictability of judicial law 193

Section III – *The lawmaking judge: towards the twilight of the distinction between* jus facere *and* jus dicere*?*

DOMENICO PULITANÒ
Between jus facere *and* jus dicere 205

GIOVANNI TARLI BARBIERI
The law, today: between saying and doing 215

VITO VELLUZZI
Interpretation, interpreters, and the criminal law. Brief reflections 229

Section IV – *"They will be judges and prosecutors": the anachronistic Immutability the judiciary*

CARLO GUARNIERI
The role of judicial jurisdiction and recruiting models 235

LUCIANO VIOLANTE
Towards a common law judge*?* 239

LORENZO ZILLETTI
The case law, today: between hermeneutics overflows and legitimation 243

Focus on… *The Provenzano case*

FRANCO CORLEONE
Article 41-bis*, an endless prison regime with a goal* 247

LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE
"Abolish extreme prison regimes". Legitimacy and limits of Article 41-bis *in light of its applications* 263

Focus on… *Democratic participation to penal policy-making and individual rights in the era of a technocratic criminal law: an appraisal at the beginning of the century*

LUCIANO EUSEBI
Prevention and guarantees: broken promises of the criminal law or paradigms of a "humanizing" penal reform? 285

ALBERTO GARGANI
The crisis of substantive criminal law and the expansive force of the trial 303

OLIVIERO MAZZA
The twilight of procedural legality at the time of due process 329

LUCIANO VIOLANTE
Penal law-making between the Executive and a majoritarian Parliament 339

Anthology

LUIGI CORNACCHIA
Lex imperfecta: *what is still alive of Binding's* Normentheorie *in criminal law theory* 347

CRISTINA DE MAGLIE
In search of an "effective compliance program": *twenty-five years of American experience* 375

GIUSEPPE DI VETTA
Abuse of office: chronicle of a "comeback" 399

MARIA NOVELLA MASULLO
Behind the scenes: the reemergence of the criminalization of 'qualitative' false accounting. A discussion on possible contraindications inferable from the Actus Reus 425

EDOARDO MAZZANTI
Human rights violation and State liability. Prevention of disasters as an "alternative" to the criminal law 447

GHERARDO MINICUCCI
Contribution to the study of the Mens Rea requirement for bankruptcy offenses involving asset insolvency 481

PIERPAOLO RIVELLO
The role assigned to the victim by Italian rules of criminal procedure vis-à-vis the role assigned to the victim before International Criminal Courts 507

ANA LUCIA SABADELL
Forms of "patriarchal" criminal law in Brazil. The case of sexual harassment and sexual violence 563

ALESSANDRO SPENA
The word "hate". Overexposure, criminalization and interpretation of hate speech 577

Book Review

GAETANO CARLIZZI
The new frontiers of legal theory. Reflections on Giorgio Pino's Analytical Theory of Law I 611

Dibattito

Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale (*)

Sezione I

L'insostenibile leggerezza del testo

Sezione II

Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio

Sezione III

Il giudice legislatore: verso il crepuscolo della distinzione tra jus facere *e* jus dicere*?*

Sezione IV

Saranno magistrati: l'anacronistica immutabilità dell'ordinamento giudiziario

(*) Nel "Dibattito" sono raccolti i testi di alcuni degli interventi al Convegno "*Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*", che si è svolto a Firenze il 16 settembre 2016.

DARIO MICHELETTI

JUS CONTRA LEX. UN CAMPIONARIO DELL'INCONTENIBILE AVVERSIONE DEL GIUDICE PENALE PER LA LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Le specificità funzionali della legalità penale. – 2. La deriva illegalistica del diritto penale vivente. – 3. Uno stucchevole inganno: l'analogia mascherata da interpretazione estensiva. – 4. Esempi di libertinaggio ermeneutico. – 5. L'esplicita correzione sfavorevole della disposizione incriminatrice. – 6. L'*interpretatio abrogans in malam partem.* – 7. Il procedimento normativo-giurisdizionale: analogie smentite, analogie approvate, analogie ribaltate. – 8. La *turris eburnea* della Cassazione e l'aberrante interpretazione dell'art. 7 CEDU.

1. *Le specificità funzionali della legalità penale*

V'era un tempo in cui s'insegnava il diritto penale a partire dalla legalità[1]. Demarcata la materia coi caratteri della sanzione criminale, era l'art. 25, comma 2, Cost. che s'indicava quale fonte germinale dei principi di contenimento della pena. Dal *nullum crimen sine lege* – questo era il leitmotiv didattico – dipende il carattere democratico dell'opzione punitiva; il parametro legale è il mezzo più sicuro per circoscrivere l'area di rilevanza penale; prescindendo da una legge mancherebbe lo strumento tecnico tramite il quale veicolare i vari principi che devono conformare il sistema punitivo, tant'è che persino la colpevolezza, senza la possibilità di una precisa conoscenza del precetto e della sanzione, non sarebbe autenticamente tale[2].

Da qui – si precisava – la *specificità funzionalistica* della legalità penale: che non è semplice predeterminazione generale e astratta della regola di diritto, bensì prima ogni altra cosa "*forma di tutela*"[3]. A differenza di quanto accade negli altri rami dell'ordinamento, dove l'affidamento alla legge è funzionale alla fluidità e

[1] In modo paradigmatico F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 338 ss.

[2] «*Sulla subordinazione del diritto penale alla legge*» quale «*conquista civile di grandiosa portata*» v., anche per gli ulteriori richiami, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, *Art. 1-84*, Milano, 2004, n. 1/2.

[3] F. PALAZZO, *Introduzione ai princìpi del diritto penale*, Torino, 1999, 199 ss.

calcolabilità del traffico giuridico[4], la legalità penale è eminentemente strumento di garanzia del cittadino: e in particolare strumento di garanzia del singolo imputato di fronte alle molteplici pulsioni punitive che il giudice potrebbe altrimenti veicolare. Per questo solo nel penale vige il divieto di analogia. Per questo solo nel penale la regola dell'irretroattività non può essere derogata. Perché il *nullum crimen sine lege* non ambisce solo a predeterminare il giudizio neutralizzandone la variabile soggettiva, ma si prefigge innanzitutto di proteggere l'accusato dall'applicazione di un ideale, indefinito e alternativo parametro di valutazione.

È quindi una giuridicità eminentemente "contenitiva" quella espressa dalla legge penale. La quale, diversamente dalle regole di diritto operanti negli altri rami dell'ordinamento, non crea in positivo la fattispecie giuridica, ma la genera piuttosto per restrizione. È benvero infatti che non esiste *crimen sine lege*: ma solo perché quest'ultima, eliminando parte di ciò che altrimenti si considererebbe comunque illecito, ne lascia residuale solo il nucleo essenziale. Lo evidenzia in modo quanto mai eloquente l'art. 25, comma 2 Cost., che al pari delle omologhe norme costituzionali e internazionali[5], fa coincidere l'enunciazione della legalità penale con la sua "funzione di argine". Con immutata efficacia icastica, tale formulazione rivela il compito precipuo della legge penale: che è quello di respingere un condizionamento esterno, una sollecitazione assiologica che la precede, assedia la giurisdizione punitiva e ambisce a condizionarne gli esiti. Una propulsione condizionante che nel tempo ha assunto diverse nature – la volontà del sovrano, gli interessi della classe dominante, un'etica religiosa, un'ideologia massimalista, una concezione morale, assiologica e da ultimo populistica – ma sempre e comunque una potenzialità negativa che la legge regolatrice della materia penale è chiamata a fronteggiare.

Altro dunque che *dura lex*: il vero è che il cittadino-imputato anela alla legge, non disponendo che di essa quale strumento di difesa da un giudizio immanente e – oggi quanto non mai – da una sommaria aspettativa sociale che qualunque giudice penale, per funzione, è incline a soddisfare.

[4] Cfr. per tutti, M. WEBER, *Economia e* società (1922), Milano, 1961, nonché in argomento, da ultimo, N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.

[5] Tutte immancabilmente incentrate sull'irretroattività: a partire dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, sino ai moderni atti internazionali come l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, l'art. 15 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966, l'art. 49 della Carta fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea del 2000. Ma lo stesso dicasi per le vigenti carte costituzionali: v., per esempio, gli artt. 103, comma 2, Cost. tedesca; 25, comma 1, Cost. spagnola; 54, comma 1, Costituzione russa; art. 18 Cost. argentina; 5, par. XXXIX Cost. brasiliana; 11, lett. g, Cost. canadese; 42, § 1, Cost. polacca; 28 Cost. slovena. Fra le rare eccezioni si veda l'art. 14 Cost. belga, il quale si limita a prevedere che «*Nessuna pena può essere stabilita né applicata se non in forza della legge*».

Né ci si deve illudere che esista un "tollerabile" parametro di giustizia cui si potrebbe vantaggiosamente cedere (ad es. la maggior tutela della vittima)[6], da contrapporre a un superiore modello di giustizia "cattivo" e dal quale bisognerebbe guardarsi (come ad es. il sano sentimento del popolo, o un codice etico di matrice religiosa). Ogni referente valoriale svincolato da un parametro conoscibile a priori è di per sé stesso sempre pernicioso nella misura in cui, stante la sua indefinitezza, sacrifica la legittima aspettativa di libertà esponendo l'imputato a un possibile arbitrio. Di qui il vincolo testuale imposto dalla Costituzione come autolimite della potestà punitiva esercitata da un ordinamento che anteponga il bene della persona rispetto agli interessi del gruppo, preservando così chi è chiamato a rispondere delle proprie azioni dalle molteplici sollecitazioni assiologiche che il giudice potrebbe altrimenti coltivare.

L'evidente costo di questa garanzia – perché ogni garanzia, s'insegnava un tempo, ha un costo implicito – è che non si potrà punire il fatto trascurato dalla legge incriminatrice malgrado sia riprovevole, offensivo al pari del comportamento incriminato o persino più grave. Se non è tipico non può essere punito perché l'opposta soluzione finirebbe per attribuire al giudice un potere che nessun uomo può avere: quello di limitare i diritti fondamentali di un altro uomo in forza di un'ideale misura di giustizia di cui ci si erga a latori.

Ecco dunque qual è il fondamento precipuo della legalità penale: una soluzione pragmatica storicamente impostasi nei fatti prim'ancora che nella filosofia del diritto, proprio come reazione all'abnorme «*protagonismo degli organi giusdicenti*», come «*strategia di attacco a un ordine gerarchico-cetuale che aveva trovato nella discrezionalità dell'interpretazione giudiziale e nel recondito sapere del giurista uno specchio nel quale riflettersi e un sostegno del quale avvalersi*»[7]. Né vi sono ragioni per limitare tale giudizio al solo periodo dell'*ancien régime* cui più direttamente l'illuminismo si frappose. È tutta la storia dello *ius criminale* a rivelare l'innata vocazione strumentalizzante della dinamica punitiva di matrice assiologica[8], e quindi la tendenza di qualunque autarchico apparato giudicante a sopraffare, involontariamente o meno, le prerogative del singolo in vista del raggiungimento degli interessi collettivi di cui il giudice si faccia interprete.

Per questo – s'insegnava – la legalità è da considerarsi la chiave di volta del sistema penale moderno: perché essa serve ad impedire che la punizione si fondi su

[6] Cfr. in tale prospettiva F. IACOVIELLO, *Tra diritto e giustizia il giudice deve scegliere il diritto (Schema della requisitoria pronunciata avanti alla Sezione I penale della Corte di cassazione nel processo Eternit)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 novembre 2014.

[7] P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, 7 s., 18.

[8] A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte generale*, I, Torino 2012, 7 ss.

un parametro vago e opinabile in quanto privo di un'antecedente, puntuale, controllabile e democratica formalizzazione.

2. *La deriva illegalistica del diritto penale vivente*

Ingenuo, se non disonesto, sarebbe continuare a insegnare oggi cotanta idealità. Un approccio necessariamente realistico impone di aggiornare in profondità, pure a Costituzione invariata, l'illustrazione della meccanica punitiva operante nel nostro ordinamento.

Non che si siano dissolte le ragioni che avevano imposto l'adozione di un testo di legge tra il fatto e la punizione. Anzi, più che mai il diritto penale contemporaneo avrebbe un disperato bisogno di legalità. Il fatto è che chiunque si sia allontanato dalla cattedra per entrare in un'aula di giustizia non ha tardato a percepire quanto la *littera legis* sia un vincolo evanescente, se non sistematicamente eluso in favore dell'adozione del parametro opposto (la giustizia immanente, *rectius* "interiore" al giudicante) che il testo dovrebbe arginare[9]. Con la conseguenza che nell'alternativa tra legge e senso di giustizia – di cui, guarda caso, ogni togato si sente depositario – è quest'ultimo ad essere percepito quale faro della giurisdizione punitiva.

Una constatazione tanto drastica non è smentita dalle tuttora maggioritarie pronunce che, valutando fatti pacificamente sussumibili nella disposizione incriminatrice ne fanno una scontata applicazione. La funzione garantistica della legalità si coglie sul "confine" della tipicità penale, ossia nei casi in cui la fattispecie concreta stenta a sussumersi in quella astratta. È in queste ipotesi più particolari ma per nulla infrequenti, allorché la punizione può dipendere dall'interpretazione di un unico dato semantico, che la cultura della legalità dovrebbe imporsi: che il si-

[9] Sull'erosione del principio di legalità innescato dal crescente protagonismo giurisprudenziale v., in un quadro dottrinale oramai vastissimo, fra gli altri, G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 403 ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 3, 13 ss.; F. PALAZZO, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 3, 4 ss.; Diffusamente sul tema si veda il dibattito *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?* in questa *Rivista* 2011, 77 ss. con interventi di F. GIUNTA, G. FIANDACA, A. GARGANI, C.F. GROSSO; il punto *La legge del giudice penale: a proposito di fonti e interpretazione*, con interventi di R. BRICCHETTI, O. DI GIOVINE, G. INSOLERA, S. MOCCIA, V. VELLUZZI, N. ZANON, in questa *Rivista*, 2012, 261 ss.; nonché la Tavola rotonda dal titolo *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?* con interventi di C. DE MAGLIE, F. FIANDANESE, S. RIONDATO, V. MAIELLO, A. VALLINI, in questa *Rivista* 2013, 205 ss.

gnificato più stringente assunto nell'idioma dei parlanti dai termini presi in prestito dal legislatore dovrebbe ergersi a muro invalicabile. Viceversa, è proprio in questi contesti, quando la rigidità della disposizione incriminatrice si ribella alle aspirazioni punitive, che il testo viene vissuto dal giudice come una stolta camicia di forza tale da impedirgli di "fare finalmente giustizia", di perseguire quel "mandato sociale" di cui, soprattutto a partire dai primi anni '90, si sente investito. Si spiega così il crescente ricorso a stratagemmi argomentativi – dei quali l'interpretazione estensivo-teleologica è solo uno degli ultimi ritrovati[10] – che consentano di aggirare il vincolo normativo senza svelare la natura sostanzialmente assiologica del giudizio. Il tutto con la crescente complicità della più avanzata e moderna dottrina, pronta ad offrire all'osannato formante giurisprudenziale una variegata gamma di teorie atte a camuffare l'illegalità plateale, ammantandola di un'*allure* scientifico-filosofica naturalmente incompresa dagli ottusi veterolegalisti.

È così che nelle aule di giustizia è andata svaporando la cultura della legge, sino ad attribuire alla disposizione incriminatrice un valore nulla più che esemplificativo: da applicare scontatamente al fatto tipico; da modellare alla bisogna là dove il fatto – che il giudice ritenga comunque meritevole di pena o di misura cautelare – non corrisponda in pieno alla descrizione legislativa[11]. Ed è benvero che nessuna giurisprudenza, anche quella d'un tempo più ossequiosa allo spirito dell'art. 25, comma 2, Cost., è mai rimasta immune da un simile inconveniente; così come nessuno potrebbe seriamente contestare che un certo grado di duttilità è insito nel linguaggio che dà forma alla norma penale. È altrettanto vero però che, da vent'anni a questa parte, il rapporto tra regola (la legge) ed eccezione (la giustizia sostanziale) si è talmente ribaltato da potersi affermare, in modo neppure troppo provocatorio, che non sarebbe il "principio di tipicità" a reggere la meccanica punitiva[12]. Siamo oramai all'apologia del "giudice ultore sociale" – epigono dei quattro che frapposero nottetempo la loro *auctoritas* al potere legislativo costringendolo a ritardare l'adozione di una norma viceversa sacrosanta[13] – pronto a ribellarsi al testo di legge il cui rispetto lo dovrebbe legittimare in nome di una superiore, ma in realtà intima idea di giustizia cui la giurisdizione non potrebbe sottrarsi senza frustrare le aspettative sociali.

[10] Il riferimento è a quella giurisprudenza secondo cui potrebbero interpretarsi estensivamente non solo i termini di legge ma anche gli effetti complessivi di una disciplina pure in mancanza di agganci testuali: cfr. Cass. III, 16 ottobre 2013, n. 2856, rv. 258583.

[11] Per una compiuta teorizzazione in tal senso v. R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1769 ss.

[12] Così F. IACOVIELLO, intervento al convegno *Il burocrate creativo* del 16 settembre 2016, riascoltabile al sito *https://www.youtube.com/watch?v=mzUw_uyRAr8.*

[13] Uno stralcio della storica scena può essere rivista al sito *https://www.youtube.com/watch?v=A9DYTsI180E.*

Né v'è da ritenere che un simile atteggiamento sia esclusivo delle corti di merito. Di certo qui la situazione è oramai endemica sino al punto che una difesa incentrata sul tenore letterale della disposizione incriminatrice può essere vissuta dall'interlocutore con viva irritazione, come se costituisse un affronto alle prerogative del "giudicante". E tuttavia, un'eguale e ancor più grave deriva si ritrova nella giurisprudenza della Corte di cassazione, oramai trasformatasi col tempo – grazie al metodo di reclutamento dei suoi membri – da baluardo di legalità in un'alternativa fonte di produzione normativa (v. *infra* § 8), impegnata nella messa a punto e nella strenua difesa nomofilattica di un'ermeneutica di lotta[14]. Tant'è che la Corte Suprema non si limita più ad avvalorare e consolidare la più intraprendente giurisprudenza creativa, ma si spinge sino a plasmare nuove figure di reato (v. *infra* § 4 ss.) per poi riprendere i giudici di merito riottosamente garantisti che osino disapplicarle avendo addirittura l'ardire d'invocare il divieto dell'art. 14 disp. prel.[15].

3. *Uno stucchevole inganno: l'analogia mascherata da interpretazione estensiva*

Del resto, stando alla Corte di Cassazione, l'applicazione analogica della legge penale non sembrerebbe neppure esistere. O meglio può esistere, ed è vietatissima, solo quando pretenda di superare un limite strutturale della disposizione. Si pensi per esempio a una norma eterointegrata, che non può essere all'evidenza protesa dal giudice oltre la portata del richiamo[16]. Ma lo stesso dicasi per i precetti c.d. imperfetti perché sguarniti di una clausola sanzionatoria *ad hoc* che non

[14] Emblematiche le ipotesi del disastro innominato e del concorso esterno in associazione mafiosa, per il cui carattere preterlegale si veda per tutti M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 24 s.

[15] Quale emblematico esempio di annullamento in sede di legittimità di una sentenza assolutoria imposta, per il giudice di merito, dal divieto di applicazione analogica viceversa riqualificato dalla Corte di cassazione come legittima interpretazione estensiva, v. Cass. sez. II, sentenza 23 settembre 2016, n. 47848, in *Diritto&Giustizia* on line, 14 novembre 2016.

[16] Così fra le tante Cass. sez. V, 30 gennaio 2015, n. 9696, rv. 262611, stando alla quale «*L'atto con il quale il Pubblico Ministero modifica la imputazione ex artt. 516-517 c.p.p., non ha efficacia interruttiva della prescrizione, poiché esso non è compreso nell'elenco degli atti espressamente previsti dall'art. 160, comma 2, c.p., i quali costituiscono un* numerus clausus *e sono insuscettibili di ampliamento per via interpretativa, stante il divieto di analogia* in malam partem *in materia penale*». Analogamente Cass. sez. VI, 3 giugno 2015, n. 29145, rv. 264103, secondo la quale «*Non integra il reato di cui all'art. 334 c.p. la sottrazione di beni sottoposti a fermo amministrativo a norma dell'art. 214 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, ostandovi il principio di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali, che, per il divieto di analogia* in malam partem*, esclude la riconducibilità del fermo amministrativo alla nozione di sequestro amministrativo*».

può essere chiaramente inventata dal giudice[17]. Qui sì che per la giurisprudenza di legittimità ci si deve arrestare di fronte al vincolo legale, non foss'altro per il fatto che, altrimenti, la sostituzione del giudice al legislatore sarebbe così clamorosa da non potersi dissimulare.

Di contro, ogni qual volta si tratti di impiegare una disposizione incriminatrice oltre il suo significato semantico, talché dovrebbe essere l'idioma dei parlanti anziché un vincolo strutturale a frenarne l'ampliamento, l'analogia diviene un'ipotesi irriconoscibile, ovvero costantemente camuffata, grazie a una fin troppo facile retorica argomentativa, da interpretazione estensiva. Come se la Cassazione non fosse solo l'organo di vertice del nostro sistema giudiziario, ma il depositario ultimo della lingua italiana, il significato della quale le sarebbe, pertanto, consentito plasmare.

Beninteso: queste considerazioni non muovono dalla idealistica premessa che il linguaggio sia così univoco da poter innescare una meccanica applicazione del diritto. Sulla scorta di una ricorrente metafora, la disposizione incriminatrice può al contrario paragonarsi a un fascio di luce che illumina una stanza buia, di talché, senza interpretazione, non si sarebbe in grado di stabilire, nella zona dell'alone, dove l'oscurità ceda il passo alla luce e viceversa[18]. Ciò non toglie tuttavia che vi siano zone indiscutibilmente al buio, con la conseguenza che giudicarle all'opposto rischiarate altro non sottende che un'autentica applicazione analogica. Il che significa – fuor di metafora – che una violazione dell'art. 14 disp. prel. andrebbe sicuramente riconosciuta ogni qual volta si possa affermare, con obiettività, che il significato attribuito dal giudice ai termini che formano la disposizione non è quello conferitogli dal legislatore, vuoi perché non trova conferma in un corrispondente uso linguistico dei parlanti, vuoi perché il legislatore ha esplicitamente escluso una siffatta soluzione esegetica.

Si consideri, quale primo esempio di scuola, il caso della disposizione di cui all'art. 437 c.p., che incrimina la rimozione ed omissione dolosa di cautele contro gli infortuni. Ebbene, non potendosi seriamente dubitare che il concetto di «*infortunio*» (quale evento traumatico) sia ontologicamente e semanticamente diver-

[17] Si pensi, per esempio, all'obbligo di formazione del soggetto incaricato della prevenzione incendi e della prestazione del primo soccorso (obbligo previsto art. 18, comma 1, lett. l, T.U. n. 81 del 2008) la violazione del quale non è penalmente rilevante in quanto il legislatore si è scordato di inserire la norma impositiva di tale obbligo tra quelle richiamate dalla clausola sanzionatoria di cui all'art. 55. d.lgs. 81/2008: donde l'impossibilità per il giudice di superare questo difetto di raccordo stante il divieto di cui all'art. 14 disp. prel.: così Cass sez. III, 11 dicembre 2013, n. 3145, rv. 258382.

[18] Peraltro, in un ordinamento pienamente congruente all'istanza di garanzia sottesa al principio di legalità penale, il *nullun crime sine lege* dovrebbe essere affiancato dal divieto d'interpretazione estensiva – come previsto, per lo meno formalmente, dall'art. 111-4 c.p. francese – così da imporre nel dubbio la soluzione semantica più favorevole al reo.

so da quello di «*malattia professionale*» (quale epilogo non violento di una patologia latente) – tant'è che l'art. 590 c.p. e tutta la disciplina prevenzionistica considerano separatamente questi due eventi – occorrerebbe giocoforza ritenere che l'art. 14 disp. prel. impedisce al giudice penale di ricorrere all'art. 437 c.p. per punire la rimozione od omissione di cautele contro *le malattie professionali*[19]. L'esistenza di una siffatta lacuna trova del resto conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, chiamata specificamente a valutare l'esistenza di una disparità di trattamento tra imprenditori esercenti le lavorazioni esposte al rischio infortuni (in quanto tali soggetti all'art. 437 c.p.) e gli esercenti delle lavorazioni esposte al rischio di malattie professionali (in quanto tali estranei all'ambito operativo della norma penale), ha dichiarato inammissibile la questione sottopostale stante per l'appunto l'impossibilità di introdurre una nuova fattispecie incriminatrice al di fuori dei circuiti parlamentari e quindi in violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.[20].

Eppure tutto ciò non ha impedito alla Corte di cassazione di dilatare oltremisura l'art. 437 c.p. sino a ricondurvi anche l'omessa installazione di cautele contro le malattie professionali. È bastato il solito artificio retorico, composto da un'iniziale *concessio* in cui ci si professa devoti alla legalità[21], e da una successiva *inventio*[22], così scoperta, però, da scadere stavolta nell'ossimoro. Il riferimento è all'ideazione del concetto di "malattia-infortunio", che pur non trovando riscontro in alcuna classificazione medico-legale[23] e ancor meno nella lingua parlata, si

[19] E così in effetti si era pronunciata la più risalente giurisprudenza di merito (Trib. Bolzano 31 dicembre 1979, in *Giur. merito*, 1982, 171; Trib. Padova 3 novembre 1984, in *Riv. pen.*, 1984, 932) nonché ovviamente la dottrina compatta: cfr. V. ZAGREBELSKY, *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, 7; A. ALESSANDRI, *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, 153; S. PANAGIA, *Profili di tutela penale dell'ambiente di lavoro: il nesso di causalità nelle malattie professionali*, in AA.VV., *Tutela della salute negli ambienti di lavoro e malattie professionali*, 1988, Padova, 1989, 523; S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*. Tomo I, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Padova, 2003, 750 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, 560 ss.

[20] Corte cost. 15 luglio 1983, n. 232.

[21] «*Non può esservi dubbio alcuno sul fatto che nel concetto di "infortunio sul lavoro" (…) non rientrino le "malattie professionali*"»: così inizia il proprio ragionamento la sentenza che per prima ha colmato in via analogica lacuna dell'art. 437 c.p.: Cass. sez. I, 9 luglio 1990, n. 12367, rv. 185325.

[22] Stante la diversa funzione della legalità nel diritto penale rispetto al civile (v. *supra* § 1), v'è da ritenere che la "funzione inventiva del giurista" sia nel primo contesto sempre nefasta, laddove al di fuori del diritto punitivo può essere considerata una "dote": in quest'ultima prospettiva v. P. GROSSI, *Ordine, compattezza, complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, Napoli, 2012, poi in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2015, 95 ss.; ID., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1135 ss.

[23] Sulla insostenibilità di tale distinzione alla luce della disciplina di settore v., puntualmente, F. PONTRANDOLFI, *La pretesa figura della "malattia infortunio" e l'asserita rilevanza dell'agente*

distinguerebbe dalla malattia *tout court* – questa solo esclusa per la Cassazione dall'ambito applicativo dell'art. 437 c.p. – in ragione del fatto che non consisterebbe in una semplice manifestazioni morbosa contratta nell'esercizio e a causa di lavoro[24], ma sarebbe prodotta da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica) evitabili con determinati accorgimenti. Ragione per cui l'omissione o la volontaria rimozione di questi ultimi ben potrebbe essere sanzionata in forza di un'interpretazione semplicemente estensiva dell'art. 437 c.p. resa ancor più indispensabile dal fatto che occorre «*evitare una irrazionale disparità di trattamento tra situazioni omogenee*»[25]. E poco importa che tale disparità di trattamento sia la stessa di fronte alla quale i giudici della Consulta hanno eccepito di non poter invadere le prerogative parlamentari. Al cospetto di un legislatore ottusamente inattivo, la Corte di cassazione, a differenza della Corte costituzionale, non si ritiene evidentemente soggetta al limite dell'art. 25, comma 2, Cost.

4. *Esempi di libertinaggio ermeneutico*

Non si tratta purtroppo di un esempio isolato, né del più scoperto e deformante. Anzi, l'applicazione analogica, spacciata per estensiva, si rivela quasi sempre così pervasiva da deturpare la fattispecie originaria creandone una nuova completamente fuori controllo[26].

Si pensi, per tutti, al reato di "*molestie olfattive*" – questa la rubrica ideata *ad hoc* dall'Ufficio del Massimario della Cassazione – che difficilmente sarebbe in grado di individuare nel codice penale un qualunque inesperto giurista pur conoscitore della lingua italiana. Né varrebbe cercarlo nei pressi dell'art. 660 c.p. o nella Sezione dedicata alle contravvenzioni concernenti la tranquillità pubblica come ci si dovrebbe per coerenza attendere. La molestia olfattiva altro non è infatti che una delle varie gemmazioni interpretative dall'art. 674 c.p. – già notoriamente esteso sempre in via analogica alla "propagazione di onde elettromagnetiche"[27] – il quale, a rigore, sarebbe chiamato a presidiare l'*incolumità* delle persone, incriminando chi getta cose in luogo pubblico o, tutt'al più, chi «*provoca*

esterno ai fini della configurazione del delitto di cui all'art. 437 c.p., in *Riv. infort. mal. prof.*, 1999, II, 77 ss.

[24] Cass. sez. I, 20 novembre 1998, n. 350, rv. 212203.

[25] Cass. sez. I, 6 febbraio 2002, n. 11894, rv. 221072.

[26] Per una magistrale analisi critica G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.

[27] Cass. sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, rv. 240769. Per questa ulteriore e chiarissima applicazione analogica si veda per tutti A. SCARCELLA, *Getto di campi elettromagnetici: un reato di pericolo concreto per il principio di legalità*, in questa *Rivista*, 2011, 493 ss.

emissioni di gas, di vapori o di fumo» stante la loro potenziale nocività. Di qui la scontata conclusione d'un tempo secondo la quale, sebbene le emissioni possano puzzare, la propagazione di odori molesti sarebbe estranea all'ambito applicativo dell'art. 674 c.p. giacché il semplice odore, per definizione, non può mai risultare nocivo all'incolumità. A tacer d'altro – come osservavano alcuni magistrati del secolo scorso – «*il principio di tassatività posto dall'art. 1 c.p. non consente di comprendere nel divieto di emissioni (…) le emanazioni e le esalazioni maleodoranti (…). È di tutta evidenza* [o almeno, un tempo lo era] *che l'assimilazione delle esalazioni maleodoranti alle emissioni di gas e vapore non regge all'esegesi lessicale del dato normativo per le notorie ed evidenti differenze ontologiche e chimiche*»[28].

Sarà una coincidenza temporale, ma di lì a qualche anno sono improvvisamente sfiorite le scontate considerazioni appena riportate. Il giudice – si è detto – non può essere relegato ai "lavori forzati dell'esegesi"[29] ed ogni concetto logico o lessicale ben può essere riplasmato per adeguarlo ai tempi che cambiano: sicché una «cosa» ben può diventare un'onda elettromagnetica; «gettare» ben può equivalere a "produrre, far nascere" come c'insegna del resto anche il Sommo Poeta nella sua Commedia[30]; e nulla impedisce che i gas, i vapori e i fumi siano intesi come circonlocuzione di una loro comune proprietà, l'odore, così da consentire di ricondurre all'art. 674 c.p. anche le semplici esalazioni olfattive seppure non accompagnate dalla concreta emanazione di gas, vapori o fumo[31]. E poco importa che di questo passo l'art. 674 c.p. finisca per sovrapporsi all'illecito civile di cui all'art. 844 c.c. Non può essere certo un ammennicolo teorico, qual è la sussidiarietà, ad arrestare l'imperante supremazia della giustizia. La quale, in preda a un'insaziabile deriva, può spingersi anche oltre, così da punire un'immissione completamente irrilevante ai sensi dell'art. 844 c.c., giacché solo l'illecito civile assumerebbe come soglia di tipicità la "normale" tolleranza mentre la norma penale s'ispirerebbe a un parametro ancor più stringente[32]. E da qui poi – come capita a chi si abitua a spingersi oltre il limite – l'ulteriore conseguenza che rientrerebbero nell'area di rilevanza penale dell'art. 674 c.p. anche gli effetti collaterali

[28] Così Cass. Sez. I, 29 gennaio 1991, n. 4539 in *Giust. pen.*, 1991, II, 617 ss. che conclude quindi coerentemente per la rilevanza puramente civilistica dell'immissione odorosa ai sensi dell'art. 844 c.c.

[29] P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, ora in ID., *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 277.

[30] Non è una *boutade*, ma il cruciale argomento esegetico utilizzato da Cass. sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, cit., § 6.1 dell'originale.

[31] Così fra le altre Cass. sez. III, 3 luglio 2014, n. 45230, rv. 260980 relativa all'odore proveniente da un recinto di cani.

[32] In spregio ad ogni logica di sussidiarietà, tale principio è stato enunciato Cass. sez. III, 21 febbraio 2006, n. 11556, rv. 233565.

olfattivi di un comportamento autorizzato in sede amministrativa a prescindere dal superamento di un qualunque limite[33]. Come a dire che l'immissione ben può essere lecita in termini amministrativi, tollerabile in sede civile, e ciò nondimeno punita dal giudice penale, che evidentemente tutto può.

Non si tratta di "colpi di sole", né di singolari bizzarrie. Al contrario, è quanto mai ricorrente che l'applicazione analogica della legge penale, anziché riequilibrare una norma imperfetta come suppongono i suoi estimatori, induca a conseguenze così assurde da tradursi in autentiche aberrazioni tecnico-giuridiche[34].

Si consideri, quale ulteriore esempio, quell'inflessibile giurisprudenza che per oltre quindici anni ha continuato a punire come furto in abitazione anche quello commesso dal cliente di un esercizio commerciale durante l'orario di apertura[35]. E a nulla valeva osservare che l'art. 624-*bis* c.p. punisce chi si «*introduce*» nel *locus commisi delicti* mentre il cliente semplicemente "entra". Né giovava obiettare che nella parte dei locali aperti al pubblico non si svolgono per definizione attività di «*privata dimora*»; e ancor meno interessava alla giurisprudenza che il furto in abitazione sia un reato necessariamente complesso e plurioffensivo sicché non potrebbe configurarsi senza una violazione di domicilio e una corrispondente lesione della sicurezza domestica. Prima del recente intervento delle Sezioni Unite, l'applicabilità dell'art. 624-*bis* c.p. era fatta dipendere unicamente dal fatto che il furto fosse stato commesso in un luogo in cui le persone potevano «*intrattenersi per compiere, anche in modo transitorio e contingente, atti della loro vita privata*»: con la conseguenza che si è chiamato per esempio a rispondere di furto in abitazione anche il cliente di una tabaccheria che durante l'orario di apertura si era appropriato di alcuni valori «*mentre la proprietaria del negozio era intenta a servire altri clienti*»[36]. Se così è, non v'è allora da sorprendersi che una siffatta interpretazione analogica – già fomite di rilevanti conseguenze sanzionatorie e non

[33] Così fra le molte Cass. sez. III, 9 ottobre 2007, n. 2475, rv. 238447; Cass. sez. III, 18 giugno 2015, n. 36905, rv. 265188.

[34] Forse insuperabile rimane il caso dell'applicazione analogica che ha finito inavvertitamente per configurare un tentativo di contravvenzione in spregio all'art. 56 c.p. Il riferimento è all'interpretazione dell'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 313/1991 che puniva all'epoca con l'ammenta «*chiunque immette in commercio, vende o distribuisce gratuitamente al pubblico giocattoli privi della marcatura CE*» ed è stato applicato dalla giurisprudenza di legittimità anche ai casi di semplice «*detenzione*» di tali beni prodromica alla messa in commercio: ne dà notizia con tono comprensibilmente critico rispetto alla tenuta della legalità penale S. CORBETTA, *Giocattoli sprovvisti della marcatura CE*, in *Il Quotidiano giuridico*, on line del 16 marzo 2011.

[35] Fortunatamente la tesi pare sia stata di recente superata da Cass. sez. un., 23 marzo 2017, n. 31345, rv. 270076, intervenuta nelle more della pubblicazione del presente lavoro, cui si rinvia per una compiuta illustrazione dell'imponente giurisprudenza di segno contrario.

[36] Lo sottolinea con incomprensibile acribia descrittiva Cass. sez. V, 19 febbraio 2014, n. 32026, rv. 261672.

minori distorsioni nella fase esecutiva in forza dell'art. 656, comma 9, lett. a, c.p.p. – abbia contagiato la fattispecie di rapina in seguito all'introduzione della nuova aggravante di cui all'art. 628, comma 3, n. 3-*bis* c.p.: la quale, in un climax d'irragionevolezza è stata così applicata, tanto alle rapine nei supermercati aperti al pubblico[37], quanto ai fatti commessi nella dimora del reo[38]. Ed è benvero che quest'ultima interpretazione non sottende un'analogia; non v'è dubbio, tuttavia, che la ricorrente trasgressione dell'art. 14 disp. prel. alimenta una cultura dell'illegalità così pervasiva da finire per avallare anche le più astruse pulsioni giustizialistiche.

Valga considerare quanto accade ogni qual volta il diritto penale lambisce la morale sessuale. Il riferimento non è solo alla fattispecie di Violenza sessuale notoriamente bersagliata da molteplici applicazioni analogiche che hanno finito per deformare la nozione di atto sessuale[39], il concetto di abuso di autorità[40] e l'ipotesi della sostituzione di persona[41]. Il vero è che ogni qual volta affiora un'immoralità licenziosa la giurisprudenza cede a soluzioni così divergenti dalla struttura della fattispecie e talmente dissonanti dal materiale semantico utilizzato dal legislatore da apparire incredibile a priori che ci si possa spingere a tanto. Si pensi, solo per proporre qualche esempio, al caso del partner che millanta di amare l'altro al solo fine di arricchirsi spillandogli denari e averi: perché non sfruttare la fattispecie dell'art. 640 c.p. per ipotizzare l'esistenza di una "truffa sentimentale"[42]. E il marito fedifrago che si finge divorziato per carpire nuove

[37] Così Cass. sez. II, 12 maggio 2015, n. 24761, rv. 264384, secondo la quale «*È configurabile l'aggravante dell'introdursi in un luogo di "privata dimora", prevista dall'art. 628, comma 3, n. 3*-bis*, c.p., quando l'autore della rapina pone in essere la condotta delittuosa all'interno di un supermercato durante l'orario di apertura dello stesso, in quanto tale luogo è adibito dai dipendenti anche per atti della loro vita privata, seppur in modo transitorio e contingente*».

[38] Cass. sez. II, 20 luglio 2016, n. 30959, rv. 267575, con riguardo al fatto di reato commesso dal nipote ai danni della nonna con la quale conviveva.

[39] Cfr. fra le varie rassegne critiche F. MACRÌ, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia* in malam partem, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 109 e ss.

[40] Un tempo correttamente interpretata con riferimento alla sola sfera pubblicistica (così, per esempio Cass. sez. III, 24 marzo 2015, n. 16107, rv. 263333), l'ipotesi è stata da ultimo riconosciuta anche nell'ambito dei rapporti di supremazia di natura privatistica: cfr. Cass. pen. III, 8 marzo 2016, n. 33042, rv. 267453.

[41] Cass. sez. II, 23 settembre 2016, n. 47848, cit.; Cass. sez. III 1 giugno 2010, n. 20578, in *Cass. pen.*, 2011, 574 ss. con nota di G. ANDREAZZA, *L'espansione del concetto di sostituzione di persona nella lettura giurisprudenziale del reato di induzione ad atti sessuali mediante inganno.*

[42] E poco importa che nel caso concreto l'imputato sia stato poi assolto in quanto la semplice menzogna non integrerebbe un raggiro e non v'era prova né del dolo iniziale né del nesso causale tra la menzogna e l'atto di disposizione patrimoniale (così Trib. Milano, sez. III, 14 luglio 2015, con nota di S. FINOCCHIARO, *Sulla rilevanza penale della truffa "sentimentale": una recente pronuncia del Tribunale di Milano*, in *www.penalecontemporaneo.it.* on line del 16 settembre 2015). Il fatto preoccupante è che vi siano Procure della Repubblica pronte ad avallare una così macroscopica distor-

conquiste? Non è quella scontata "bugia da balera" cui ricorrono da decenni torme di cinquantenni impenitenti, ma un vera e propria sostituzione di persona[43].

L'istruttore di nuoto riprende con telecamere nascose le ragazze all'interno delle docce? O un volontario della croce rossa denuda la paziente incosciente durante il trasporto in ambulanza per fotografarla col cellulare? A nulla varrebbe osservare che non vi può essere in questi casi condotta violenta né evento coercitivo ai sensi dell'art. 610 c.p. stante la mancata percezione della vittima dell'altrui condotta invasiva[44]. Il concetto di violenza, in senso indiretto, può essere talmente snaturato dal giudice penale da ricomprendere anche l'approfittamento dello stato d'incapacitazione[45]; e persino i casi in cui «*la percezione della coazione psichica della persona offesa sopravvenga all'esaurimento della condotta intrusiva*» ancorché questo momento sia posteriore alla verificazione del fatto tollerato[46].

E ancora. Il lavoratore licenziato si vendica del proprio datore inserendo il numero di cellulare di quest'ultimo in una chat erotica con un *alias* di fantasia? Non è un caso da relegare a moderna rivisitazione degli scurrili falsi avvisi che tappezzavano un tempo le pareti dei bagni pubblici. Né la fattispecie contravvenzionale di molestie in via mediata (*ex* artt. 48 e 660 c.p.) può ritenersi una risposta adeguata alla gravità del fatto. Per la giurisprudenza si tratterebbe di un'autentica "sostituzione *virtuale* di persona" (*rectius*: di "*nickname*") rilevante ai sensi dell'art. 494 c.p.[47]. Ma come superare il fatto che l'agente non ha in questo caso sostituito sé stesso all'altro; né tanto meno gli ha attribuito un falso nome, un falso stato o una qualità cui la legge attribuisce effetti giuridici, perché in

sione del reato di truffa da renderlo ipoteticamente applicabile a fattispecie concrete rispetto alle quali non sarebbe neppure configurabile il dolo negoziale ai sensi dell'art. 1439 c.c. Non dissimile è del resto quella giurisprudenza che ritiene possibile ambientare l'art. 640 c.p. anche in ambito processuale: fra le più recenti Tribunale di Asti, 26 febbraio 2016, n. 428, in *Giur. pen.* on line del 25 maggio 2016, nonché per un'esplicitazione delle premesse sistemico-culturali di questa giurisprudenza, viste dalla prospettiva di un titolare dell'azione penale, E. INFANTE, *Il ruolo del giudice e le funzioni del processo: dalla truffa processuale alle questioni c.d. eticamente sensibili*, in *Leg. pen.* on line, dell'8 febbraio 2016.

[43] Così Cass. sez. V, 10 agosto 2016 n. 34800, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 37, 41 che è incorsa quanto meno un'*interpretatio abrogans* del dolo specifico di profitto che caratterizzerebbe in termini restrittivi tale fattispecie: in relazione a una siffatta tecnica esegetica fomite di autentiche applicazioni analogiche v. *infra* § 6.

[44] In tal senso si sarebbero peraltro espresse anche le Sezioni Unite nella nota sentenza Giulini: Cass. sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, rv. 241752.

[45] Così relativamente al caso del volontario della croce rossa, Cass. sez. V, 7 marzo 2013, n. 28280, in *Foro it.*, 2013, II, 523 ss.

[46] Così relativamente al caso dell'istruttore di nuoto: Cass. sez. V, 14 maggio 2015, n. 28174, in *Diritto&Giustizia* on line 3 luglio 2015.

[47] Cass. Sez. V, 28 novembre 2012, n. 18826, in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 23, 61 ss., con nota di D. MINOTTI, *Uno sforzo interpretativo di grande portata per applicare vecchie norme alla tecnologia*.

realtà tutto questo lo ha attribuito a un *avatar immaginario*? Sottigliezze da legulei: l'«*attività di interpretazione estensiva della norma penale* (…) *lungi dall'essere vietata, è invece lecita e, anzi, doverosa, quando sia dato stabilire – attraverso un corretto uso della logica e della tecnica giuridica – che il precetto legislativo abbia un contenuto più ampio di quello che appare dalle espressioni letterali adottate dal legislatore. In tal caso, non si dà luogo ad alcuna violazione dell'art. 14 disp. gen. (che vieta, invece, l'applicazione analogica di una norma al di fuori dell'area di operatività che le è propria), in quanto non ne risulta ampliato il contenuto effettivo della disposizione, ma si impedisce che fattispecie a essa soggette si sottraggano alla sua disciplina per un ingiustificato rispetto di manchevoli espressioni letterali, che non potevano essere previste dal legislatore nel momento storico in cui la disposizione venne emanata*»[48].

5. *L'esplicita correzione sfavorevole della disposizione incriminatrice*

Come ben si evince da quest'ultima citazione – che s'invita a rileggere con attenzione – l'applicazione analogica non è l'unica strada percorsa dalla giurisprudenza della Cassazione per far prevalere la giustizia sostanziale al testo di legge. Sempre più frequenti sono i casi in cui la giurisprudenza procede a un'esplicita correzione del testo di legge allorché sia ritenuto deficitario rispetto agli obiettivi politico-criminali che – essa ritiene – sarebbe stato doveroso perseguire.

Non che ciò non possa accadere. Il fatto è che, nel nostro sistema, spetterebbe alla Corte costituzionale eliminare una norma incriminatrice sovra- o sotto-dimensionata rispetto allo scopo, stante l'indeterminatezza o l'intrinseca disparità di trattamento che una siffatta asimmetria può ingenerare. Di contro, poiché tale soluzione comporterebbe nel frattempo un deficit punitivo sgradito alla Suprema Corte, quest'ultima preferisce correggere da sola la disposizione illegittima, manipolandone il significato. Il tutto, beninteso, sempre sotto le mentite spoglie dell'interpretazione estensiva ovvero, da ultimo e come si preciserà in seguito, in forza dei poteri asseritamente conferiti al diritto vivente dall'art. 7 CEDU (v. *infra* § 8).

Uno dei primi storici esempi di tale *modus operandi* è del tutto marginale, ma ha costituito una pietra miliare della successiva giurisprudenza che ne ha replicato il metodo in contesti ben più rilevanti. Il riferimento è alla correzione della norma incriminatrice del Testo Unico sulla pesca che puniva lo scarico senza autorizzazione, o in violazione di essa, proveniente da stabilimenti industriali (art. 9

[48] Così Cass. sez. V, 28 novembre 2012, n. 18826, cit., § 1 della motivazione.

e 36 r.d. 1604/1931). Incorrendo in un'oggettiva carenza redazionale, il legislatore dell'epoca incriminava infatti all'art. 36 cit. solamente i «*contravventori delle disposizioni prefettizie di cui all'art. 9*», dimenticandosi così che quest'ultima norma assegnava al Prefetto solo il controllo degli sversamenti nelle acque pubbliche "interne", mentre lo scarico nelle "zone marine" era affidato al controllo autorizzativo delle Capitanerie, tralasciate però dalla disposizione sanzionatoria. La discrasia era tale che restava priva di rilevanza penale l'ipotesi ritenuta più grave: motivo per cui, a rigore, la disposizione dell'art. 36 cit. non sarebbe potuta sfuggire a una dichiarazione d'illegittimità per deteriore disparità di trattamento dei casi in essa sussumibili. Ma perché darsi la briga di instaurare una procedura tanto complessa quanto scontata negli esiti, che per di più avrebbe finito per ingenerare un temporaneo vuoto di tutela? Meglio lasciare alla Corte di cassazione la possibilità di correggere il dispositivo consentendo di ricondurre alla fattispecie penale anche l'ipotesi trascurata[49]. Né varrebbe eccepire, candidamente, che il combinato disposto degli artt. 25, comma 2, Cost e 14 disp. prel. impedirebbe quest'ultima forma di rettifica: «*quando il contenuto effettivo delle singole disposizioni, accertato correttamente attraverso i mezzi consentiti dalla logica e dalla tecnica giuridica, è più ampio di quello che appare dalle espressioni letterali che compongono la disposizione stessa*», per la Corte di cassazione «*non già di analogia si tratterebbe ma di semplice interpretazione estensiva*»[50].

D'altronde – eccepiscono con sorpresa i giudici coinvolti nei dibattiti sul tema di queste pagine – che male c'è? Nel sistema legislativo era presente un errore: errore che avrebbe comportato l'oneroso intervento coordinato della Corte costituzionale (che avrebbe dovuto eliminare la norma illegittima) e del legislatore (che avrebbe dovuto poi sostituirla con una nuova disposizione finalmente corretta), con l'ulteriore inconveniente di non poter punire i fatti commessi prima del varo della nuova e finalmente più precisa disposizione incriminatrice; ed allora perché non lasciare che l'inconveniente sia rimediato direttamente dalla Corte di cassazione, la cui ingerenza avrebbe peraltro il merito di evitare temporanei vuoti di tutela, che peraltro la "gente" non capirebbe? Quale sarebbe il problema?

Il problema, invece, esiste. E non ci si riferisce solo all'illegale punizione dell'imputato nel processo in cui per la prima volta è maturata la correzione del precetto penale, il quale si trova ad essere sanzionato pure in mancanza di una previa legge penale o di un antecedente orientamento interpretativo che incriminasse il comportamento per cui a posteriori è stato punito. Il problema principale, perché sistemico, sta in quel concetto suadente ma in realtà letale per la democraticità del diritto penale secondo cui può esservi un "*contenuto effettivo delle*

[49] Così in effetti si premurò di fare Cass. sez. III, 29 aprile 1974, n. 1041, rv. 129192.
[50] Cass. sez. III, 29 aprile 1974, n. 1041, cit.

disposizioni incriminatrici più ampio delle espressioni letterali". Inoculando nell'ordinamento questo fatale concetto si decreta la fine della rigidità dell'art. 25, comma 2, Cost. e, con ciò, la capitolazione dell'unico baluardo previsto dall'ordinamento avverso il dispotismo assiologico (v. *supra* § 1), con l'evidente rischio che l'inversione del rapporto di supremazia tra la legge e il giudice consenta a quest'ultimo di forgiare in modo autonomo nuove fattispecie incriminatrici.

Si pensi, a riprova, all'autentica invenzione del reato di lottizzazione abusiva tramite illegittima modificazione della destinazione d'uso di un immobile.

In termini letterali, nessuno potrebbe dubitare che l'art. 30 T.U.E. qualifichi come lottizzazione abusiva solo le condotte che abbiano per oggetto *terreni*[51]: con la conseguenza che la trasformazione d'uso di un manufatto già costruito (come nella classica ipotesi del frazionamento in difformità dagli strumenti urbanistici di un albergo in più unità abitative) non potrebbe considerarsi un'autentica "lottizzazione abusiva". E tuttavia, poiché anche nel caso di illegittima trasformazione d'uso la giurisprudenza scorge un'offesa al regolare assetto del territorio, anzi un'offesa più grave malgrado la zona fosse già per definizione antropizzata, essa ritiene che non vi sia violazione del principio di tassatività nell'applicare l'art. 30 T.U.E. anche a quest'ultima ipotesi, senza che – va da sé – «*tale interpretazione* [possa considerarsi] *elusiva del divieto di analogia in materia penale* (…) *trattandosi invece di un'interpretazione logica del tutto coerente con lo scopo di tutela della fattispecie incriminatrice, che risulterebbe, al contrario, irrazionalmente limitata da un'interpretazione basata sul mero dato letterale*»[52].

È scritto proprio così: «*fattispecie incriminatrice irrazionalmente limitata dal dato letterale*». Come a enunciare in modo manifesto che al di sopra della legge sta il giudice, ovvero un parametro di giustizia che può consentire a quest'ultimo,

[51] Per convincersene è sufficiente leggere la norma definitoria, nella quale l'oggetto materiale della condotta è ripetutamente e univocamente esplicitato: «Si ha lottizzazione abusiva di *terreni* a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei *terreni* stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del *terreno* in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio».

[52] Il passaggio è estrapolato da Cass. sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865, rv. 243748, 5 s. dell'originale, ma la rilevanza di questa fattispecie preterlegale di reato è confermata fra le altre da Cass. sez. III, 6 giugno 2012, n. 27289, rv. 253147; Cass. sez. III, 16 settembre 2015, n. 38799, rv. 264717. Del resto, un'identica interpretazione analogica era proposta dalle Sezioni Unite con riferimento al reato di lottizzazione abusiva delineato dal combinato disposto degli artt. 28 l. 17 agosto 1942, n. 1150 e 17, lett. b) l. 28 gennaio 1977, n. 10: cfr. Cass. sez. un., 28 novembre 1981, n. 1200, rv. 152055.

suo unico depositario e latore, di dilatare l'area di rilevanza penale. E se non basta una correzione, se ne possono apportare anche due, o tre, fino a quando la fattispecie assume la conformazione desiderata. Emblematico il caso del delitto di scambio elettorale politico-mafioso introdotto dal legislatore del '92: il quale si era concentrato solo sullo scambio di voti *versus* denaro (omettendo il riferimento alle altre "utilità"), richiedendo per di più che il denaro fosse effettivamente "erogato" (anziché semplicemente promesso) e lasciando infine impunito il mafioso che prometteva voti[53]. Poco male: ci ha pensato la Cassazione a introdurre la punibilità dello scambio illecito che abbia ad oggetto anche le altre utilità economicamente quantificabili[54], anticipando la soglia di rilevanza penale del fatto alla semplice "promessa"[55] e punendo per lo scambio oltre al politico anche il mafioso[56].

E a chi pensa che tutto ciò sia in fondo tollerabile, specie quando le garanzie calpestate siano quelle dei "mafiosi", viene da domandare cosa protegga oramai il cittadino comune dall'adozione di un parametro di giustizia che tale non sia, e cosa impedisca a questo punto alla giurisprudenza di creare una norma completamente inversa rispetto alle opzioni di libertà perseguite dal legislatore in termini di frammentarietà. La dottrina che avalla tale soluzione ritiene che il rischio di un assolutismo giudiziario sarebbe frenato dalla necessaria coerenza teleologica tra la nuova fattispecie giurisprudenziale e quella legislativa[57]. E tuttavia, quand'anche si sorvolasse sul fatto che il principio di offensività e la categoria del bene giuridico vengono così impiegati in senso opposto alle finalità delimitative per cui furono ideati[58], v'è seriamente da dubitare che l'uniformità teleologica costituisca un argine effettivo capace di frenare le più disparate pulsioni giustizialistiche. Del resto, l'idea del bene giuridico tutelato, se lo emancipa dal riferimento a una disposizione ben precisa, altro non è che sinonimo di mera opzione politica.

[53] Il riferimento è all'originario 416-*ter* c.p. secondo il quale «*La pena stabilita dal primo comma dell'art. 416*-bis *si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo art. 416*-bis *in cambio della erogazione di denaro*»: in argomento v. per tutti G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, 216 ss.

[54] Cfr. Cass. sez. II, 30 novembre 2011, n. 46922, rv. 251374; Cass. sez. VI, 11 aprile 2012, n. 20924, rv. 252788.

[55] Cfr. Cass. sez. I, 2 marzo 2012, n. 32820, rv. 253740.

[56] Cfr. Cass. IV, 28 maggio 2013, n. 23005, citata da G. AMARELLI, *La contiguità*, cit., 252.

[57] Così sostanzialmente R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo*, cit. Per una premonitrice teorizzazione di un'analoga impostazione poi praticata dallo stesso Autore una volta pervenuto alla Suprema Corte v. L. RAMACCI, *I reati ambientali ed il principio di offensività*, in *Giur. merito*, 2003, 1048 ss.

[58] Cfr. anche per gli ulteriori riferimenti V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

Se ne rinviene una dimostrazione quanto mai eloquente nella recente sentenza della Corte di cassazione che ha esplicitamente corretto in termini teleologici l'art. 600-*quater1* c.p. per sanzionare il soggetto trovato in possesso di cartoni animati *hard* raffiguranti *avatar* dai tratti infantili coinvolti in attività sessuali[59]. A ben vedere, la definizione letterale di pedo-pornografia virtuale non lascerebbe dubbi in merito alla piena liceità di tale condotta: se infatti «*per immagini virtuali si intendono immagini* (…) *la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali*», è scontato che le animazioni grafiche riconoscibili come tali, che quindi non possono essere confuse come reali, non costituiscano pornografia minorile virtuale[60]. Del resto, già l'art. 600-*quater1* c.p. rappresenta una marcata deroga al principio di offensività; dilatarlo oltremisura significherebbe scadere nel diritto penale dell'atteggiamento interiore. E tuttavia, ricorrendo proprio a quella interpretazione teleologica cui una parte della dottrina suggerisce di affidarsi per controllare le pulsioni sanzionatorie della giurisprudenza, la Terza Sezione della Corte di cassazione ha ritenuto di annullare la doppia conforme pronuncia di assoluzione, per "imporre" che anche le ricostruzioni interamente grafiche, essendo ritenute offensive del bene giuridico che il legislatore avrebbe dovuto presidiare, debbano ricondursi al concetto di pedo-pornografia virtuale di cui all'art. 600-*quater1* c.p.. Pare superfluo, a questo punto, sforzarsi di spiegare perché si tratti di un'assurdità. Non resta, piuttosto, che precipitarsi a nascondere le collezioni di Crepax e di Milo Manara, nelle quali non poche tavole raffigurano protagoniste dalle sembianze "criminosamente" adolescenziali, nell'attesa – va da sé – che la giurisprudenza-legislativa s'inventi una "scriminante artistica".

6. *L'*interpretatio abrogans in malam partem

Tra le soluzioni esegetiche contrastanti con l'art. 25, comma 2, Cost., quella più praticata e perniciosa, ma al tempo stesso chissà perché meno contrastata nelle aule di giustizia, è l'*interpretatio abrogans in malam partem*. Eppure, che si tratti di una plateale ed esiziale violazione della legalità, non è difficile da intuire.

Se infatti compito della disposizione incriminatrice è quello di circoscrivere l'area di rilevanza penale (v. *supra* § 1), occorrerebbe giocoforza ritenere che tutte le condizioni di tipicità previste dal legislatore debbono ricorrere nel fatto storico perché lo si possa punire. Depotenziare o peggio eliminare un elemento struttu-

[59] Cass. sez. III, 13 gennaio 2017, n. 22265, in *Guida al dir.* 2017, fasc. 26, 98.

[60] Così infatti si erano espressi entrambi i giudici di merito in linea con la conforme e pacifica opinione della dottrina: cfr. per tutti A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 276.

rale, perché ritenuto sgradito, incoerente o semplicemente disagevole da provare in ambito processuale, equivale a un arbitrario rimodellamento della tipicità contrastante con l'art. 25, comma 2, Cost. Il testo può essere tradito, infatti, non solo quando lo si applica oltre il suo significato semantico (v. *supra* § 3 ss.) o lo si corregge (v. *supra* § 5), ma anche quando lo si amputa, conferendogli così una portata applicativa diversa da quella che avrebbe ove fosse inteso nella sua completezza.

Paradigmatica, a tal riguardo, è la nota vicenda che ha interessato la fattispecie di corruzione impropria di cui all'art. 318 c.p.

Così come anche la rubrica attestava («*Corruzione per un atto d'ufficio*»), l'identità di tale fattispecie si sarebbe dovuta incentrare, a rigore, sull'illecito mercimonio di un atto rientrante nella competenza funzionale del pubblico ufficiale: atto la prova del quale si sarebbe quindi dovuto necessariamente fornire onde potersi procedere alla punizione del fatto. E tuttavia, poiché la determinazione processuale dell'oggetto di corruttela risultava non sempre agevole da raggiungere, la giurisprudenza ha proceduto a un'interpretazione vieppiù recessiva di tale elemento cardine finendo da ultimo per concedere alla pubblica accusa di provare la corruzione sulla base del solo passaggio di denaro o di utilità[61]. Il risultato è stata la creazione di una fattispecie completamente diversa da quella legale, una sorta di accettazione di retribuzione non dovuta, che guarda caso è stata poi ratificata dal legislatore con la recente riformulazione dell'art. 318 c.p. in corruzione funzionale.

D'altronde, l'*interpretatio abrogans in malam partem*, ancor più dell'applicazione analogica, consente di camuffare in modo retorico la sostituzione del giudice al legislatore. Per sottrarsi da ogni rilievo è sufficiente per esempio conservare un significato minimale dell'elemento che si vuole depotenziare, così da potersi eccepire che non se ne sta completamente svuotando il significato. Valga, a tal proposito, il riferimento all'*interpretatio abrogans in malam partem* del "fine di profitto": chi mai può credere ancora che siano realmente a dolo specifico i reati che per legge dovrebbero essere circoscritti da tale prospettiva teleologica se la giurisprudenza interpreta il profitto, non già in termini economici come sarebbe doveroso specie nei reati contri il patrimonio, ma come "semplice utilità anche di natura morale", o addirittura come "semplice soddisfazione o godimento che l'agente si riprometta di ritrarre, anche non immediatamente, dalla propria azione". A questo punto, un qualche profitto si è in grado di ritrovarlo in ogni azione: con la conseguenza che risulta estremamente agevole trasformare – per esempio – una violenza privata in una rapina, così da punire *ex* art. 628 c.p. il ragazzo che

[61] Sul processo di svuotamento della fattispecie così ottenuto si veda, con ampiezza di riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, C. BENUSSI, *sub art. 318 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 3024 ss.

strappi dalle mani il telefono dall'ex fidanzata onde poter mostrare al padre di quest'ultima i messaggi ricevuti dalla figlia come prove del suo tradimento[62], ovvero l'ubriaco che s'impossessi dell'arma di una guardia giurata con l'intento di umiliarla[63], o ancora l'amante respinto che sottragga un monile alla vittima al fine di ottenere un bacio per la sua restituzione[64]. Né l'*interpretatio abrogans* del dolo specifico è scongiurata dal fatto che la giurisprudenza, ogni trent'anni, grazi un allegrone che abbia commesso il fatto "per scherzo" ritenendo che ciò non persegua un profitto[65]. Al di là del fatto che non si tratterebbe neppure di una soluzione coerente – visto che anche il divertimento implica pur sempre un "godimento morale" – tale ipotesi altro non è che un "minuscola retorico" escogitato a mo' da alibi. Come a dire che si è capziosamente optato per una microscopica portata applicativa dell'elemento costitutivo da depotenziare al solo fine di poter nascondere il sostanziale azzeramento della sua portata selettiva.

Ma l'*interpretatio abrogans in malam partem* può seguire i percorsi più diversi, in funzione del risultato da ottenere. Così, per esempio, volendosi aggirare i limiti di tipicità di un reato a condotta vincolata, trasformandolo in un reato a condotta libera, è sufficiente ricorrere alla logica dell'"improprio", del "tacito" o dell'"ambientale": vale a dire affiancare al concetto tipico, come per esempio quello di «violenza», un omologo e corrispondete concetto depotenziato però delle sue caratteristiche precipue – è il caso per l'appunto della «*violenza impropria*» – così da poter punire, per esempio, *ex* art. 610 c.p. qualsiasi limitazione della libertà altrui ancorché non realizzata tramite autentica violenza o minaccia[66].

Oppure, volendosi trasformare un reato di evento in reato di pura condotta, è sufficiente optare per un modello di accertamento dell'elemento costitutivo finale così evanescente e apodittico da risultare impossibile provarne l'inesistenza nel processo. È il caso, come s'intuisce, del reato di *Atti persecutori* di cui all'art. 612-*bis* c.p. palesemente amputato dal diritto vivente tramite l'adozione di un criterio probatorio del «*perdurante stato di ansia e di paura*», non già di carattere medico-legale, come doverosamente ritiene la dottrina, anche togata[67], bensì appiattito sulle mere dichiarazioni della persona offesa[68] non di rado imboccata dalle do-

[62] Cass. sez. II, 10 marzo 2015, n. 11467, rv. 263163.

[63] Cass. sez. II, 6 marzo 2009, n. 12800, rv. 243953.

[64] Cass. sez. II, 7 dicembre 2012, n. 49265, rv. 253848.

[65] Cass. sez. II, 25 giugno 1991, n. 11027, rv. 188495.

[66] Oltre ai casi già rammentati al termine del § 4, si veda quale ulteriore criticabilissima ipotesi G. COCO, *La sosta in seconda fila diventa violenza privata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1019 ss.

[67] R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Entra nel codice la molestia iterata,* in *Guida dir.*, 2009, fasc. 10, 59 e 62.

[68] Cfr. anche per i puntuali richiami F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2738 ss.

mande suggestive del giudice perché – si è sentito anche questo – la "vittima va aiutata ad esprimersi". Se poi a ciò si aggiunge che lo stesso reato patisce anche un'*interpretatio abrogans* strutturale – posto che per la giurisprudenza basterebbero due sole azioni sgradite[69], ancorché realizzate nella stessa giornata[70], per integrare quelle «*condotte reiterate*» viceversa richieste dall'art. 612-*bis* c.p. – ne viene, come ben sa chiunque abbia assistito un imputato di stalking, che i confini di tipicità tracciati dall'art. 612-*bis* c.p. finiscono per dipendere dai desiderata del Giudice il quale è così in grado di conferire alla norma incriminatrice la più varia portata applicativa[71].

D'altronde, oggetto di *interpretatio abrogans in malam partem* ben può essere anche un'intera norma incriminatrice "sgradita". L'ipotesi più nota e controversa, sino al punto da avere indotto comprensibili moti di reazione nell'ambito della stessa Corte di cassazione[72], è quella riguardante il delitto di *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone*. Poiché infatti tale fattispecie è caratterizzata, sia dalla procedibilità a querela (la cui non infrequente mancanza comporterebbe la necessità di prosciogliere l'imputato), sia da un regime sanzionatorio così blando da frustrare le risposte sanzionatorie offerte dagli artt. 628 e 629 c.p., onde evitare che il primo prevalga su queste ultime in forza dell'art. 15 c.p. è bastato alla Corte di cassazione inventarsi che il delitto di Ragion fattasi di cui all'art. 393 c.p. esigerebbe una "proporzionalità" tra la condotta violenta o minacciosa e il diritto da soddisfare, così da svuotare la norma speciale più favorevole di ogni capacità applicativa[73].

Ovviamente nella lettera della legge non v'è traccia di tale stravagante requisito restrittivo. Anzi, se è vero che il legislatore «*nella sua insindacabile sovranità*»[74], qualifica come *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni* anche quello realizzato

[69] V. per esempio, Cass. sez. V, 5 giugno 2013, n. 46331, in rv. 257560.

[70] Cass. sez. V, 13 giugno 2016, n. 38306, rv. 267954.

[71] Si veda fra le più recenti e astruse applicazioni Cass. sez. V, 24 novembre 2016, n. 50057 secondo la quale «*Commette il reato di* stalking *il padre che mette ossessivamente in discussione le scelte della madre nei confronti della figlia minore, sottoponendo quest'ultima a controlli medici continui. Per la Corte, la contestazione eccessiva del ruolo dell'altro genitore e la cura "maniacale" dimostrata verso la propria figlia, fino a comprometterne il suo normale sviluppo psico-fisico, fanno scattare il reato previsto dall'articolo 612-bis c.p.*». Singolare anche l'inquadramento come stalking operato dal Tribunale di Salerno nel procedimento conclusosi in Cassazione con la dichiarazione di assoluta inoffensività del fatto, riguardante l'inquilino che aveva reiteratamente minacciato i bambini mentre giocavano nel cortile condominiale, arrivando persino a tagliare con un coltello il pallone utilizzato dai fanciulli: Cass. sez. V, 20 settembre 2016, n. 1786.

[72] Il riferimento è Cass. sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, rv. 257375 da cui sono estrapolate le notazioni critiche riportate di seguito nel testo.

[73] Cfr. per esempio Cass. sez. V, 6 marzo 2013, n. 19230, rv. 256249.

[74] Quest'espressione d'altri tempi compare nella sentenza comprensibilmente critica rispetto all'orientamento prevalente: cfr. Cass. sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, cit., § 2.7 delle motivazioni.

con armi (così il comma 3 dell'art. 393 c.p.), se ne deve desumere che la proporzione è un requisito non solo distonico ma completamente avulso dalla struttura, dalla *ratio* e ancor prima dalla storia dell'illecito[75]: così avulso – va aggiunto – che può essere venuto in mente solo a chi si prefigge con pervicacia l'azzeramento applicativo di tale fattispecie. Sennonché – osserva una parte contraria della magistratura con sorprendente consapevolezza del proprio ruolo – «*non è consentito all'interprete, in ossequio al principio cardine di legalità, procedere ad un'interpretazione* in malam partem *della suddetta normativa e ritenere che ogniqualvolta l'agente abbia posto in essere minacce e violenze particolarmente gravi, il suddetto comportamento trasmodi nel reato di estorsione*»[76].

Parole sacrosante quanto inutili. Malgrado l'ovvietà delle suddette considerazioni, la prevalente giurisprudenza della Seconda Sezione, ormai adusa a considerare flessibile il limite dell'art. 25, comma 2, Cost., non è affatto mutata, continuando a esigere la proporzione quale requisito implicito della fattispecie di cui all'art. 393 c.p.[77]. Anzi, non paga, la più recente giurisprudenza ha finito addirittura per rimodellare *in malam partem* la stessa tipicità soggettiva del delitto di ragion fattasi, inventandosi che esso dovrebbe cedere il passo all'estorsione per il semplice fatto che l'adempimento del credito sia ottenuto, con violenza o minaccia, non già dal creditore ma da un terzo estraneo al rapporto obbligatorio[78]: come a dire che l'art. 393 c.p. delineerebbe un reato proprio necessariamente di mano propria dell'*intraneus*[79].

Puro arbitrio.

7. *Il procedimento normativo-giurisdizionale: analogie smentite, analogie approvate, analogie ribaltate*

La vicenda dell'art. 393 c.p. richiama l'attenzione sul modo in cui si forma e si consolida una nuova norma nel diritto vivente. Ci si potrebbe chiedere infatti co-

[75] In tal senso, coma ampiezza di argomentazioni Cass. sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, § 2.4 ss.

[76] Così nuovamente Cass. sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, cit., periodo finale del § 2.7.

[77] V. per esempio in modo eclatante Cass. sez. II, 26 novembre 2015, n. 2999, in *Diritto&giustizia* on line, con nota redazionale dal titolo *La gravità della condotta lesiva è un nuovo parametro per il reato di estorsione.*

[78] Così Cass. sez. II, 15 marzo 2016, n. 12302, in *Diritto&giustizia on line* con nota di G. PELLICCIOLI. Nel caso affrontato – si badi bene – l'esattore non era nemmeno un appartenente ad associazioni criminose che, prestando i propri servizi, intendeva garantirsi un sovrappiù rispetto al credito vantato: si trattava semplicemente di un soggetto che vantava a sua volta una somma di denaro dal creditore e si prefiggeva così di ottenere in via mediata quanto necessario a soddisfarsi.

[79] Così esplicitamente Cass. sez. II, 28 giugno 2016, n. 46288, rv. 268360.

sa realmente distingua, per la giurisprudenza, il riconoscimento di una violazione dall'art. 14 disp. prel. rispetto a un'interpretazione estensiva viceversa tollerabile.

A tal riguardo, sarebbe superfluo richiamare i numerosi ed approfonditi studi di filosofia del diritto che ciclicamente si sforzano di chiarire la questione[80]. Con maggiore realismo si deve invece riconoscere che la creazione di una nuova norma giurisprudenziale è solo il riflesso di un'opzione corporativa, o meglio il prodotto di un'arcana democrazia giudiziale. Il vero è infatti che nelle sentenze di legittimità non si riscontra una differenza sostanziale tra interpretazione analogica vietata e interpretazione semplicemente estensiva della legge penale; tutto dipende dal consenso raccolto e, ancor più, dall'autorevolezza dei sostenitori di una linea d'azione. Talché si possono verificare tre diverse situazioni: (a) interpretazioni estensive smentite dalla maggioranza e quindi considerate in contrasto con l'art. 14 disp. prel.; (b) analogie contrastate ma infine approvate e in quanto tali spacciate come semplici interpretazioni correttive (c); e da ultimo analogie così eversive da sollecitare un moto di reazione del potere normativo finalmente indotto a riaffermare le proprie prerogative costituzionali.

Tre esempi varranno a chiarire le diverse dinamiche.

a) Si consideri anzitutto, quale emblematico caso di analogia abortita, il tentativo operato dalla Corte di cassazione di estendere il sistema della responsabilità da reato previsto dal d.lgs. 231/01 a tutte le realtà imprenditoriali indipendentemente dalla loro natura societaria. Ebbene, nel leggere la dotta sentenza che avanzò tale ipotesi, non vi si riscontra nulla di eccezionale o differente rispetto alle solite sentenze sull'interpretazione estensiva[81]. In essa si taccia d'interpretazione formalistica la tesi che vorrebbe relegare alle sole società la disciplina prevista dal d.lgs. 231/2001; si sottolinea come le società commerciali possano essere anche unipersonali e non di rado di dimensioni più ridotte delle imprese individuali; e si conclude infine, sulla scorta della consueta interpretazione «*costituzionalmente orientata*», per la necessità di conferire una più ampia portata all'art. 2, comma 1, d.lgs. 231/01 tale da ricomprendervi tutte le imprese dotate di personalità giuridica. Nulla di straordinario, quindi, in punto di tecnica argomentativa. Eppure una siffatta tesi è stata repentinamente abbandonata dalla Suprema Corte, non già sulla scorta di sofisticate ragioni tecnico-filosofiche ma verosimilmente perché – si è costretti a supporre visto che, a differenza di quello

[80] Stante la vastità della letteratura in materia ci si limita a richiamare il quadro tracciato da V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, spec. 91 ss.; nonché nell'ambito di questa *Rivista* G. CARCATERRA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA, V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, 2010 347 ss.

[81] Cass. sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657, rv. 249320.

parlamentare, il procedimento normativo-giurisprudenziale non è pubblico – avrebbe fatto "saltare il sistema" della 231/01. Da qui la contrarietà espressa da alcuni dei più autorevoli esponenti della Corte di cassazione, sia in note di commento volte a segnalare il carattere analogico del ragionamento prospettato dalla Terza Sezione[82], sia e soprattutto in una posteriore sentenza di segno opposto[83] che è molto istruttivo rileggere per esteso onde apprezzare come operi il procedimento di formazione giudiziale delle norme penali. Nel rileggere quest'ultima pronuncia ben ci si avvede infatti che l'unica massima ufficiale che ne è stata estrapolata non riguarda il merito della decisione, ma un passaggio incidentale del tutto inessenziale: nel quale l'autorevole estensore ha tenuto a precisare che «*la normativa sulla responsabilità da reato degli enti prevista dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 non si applica alle imprese individuali*»[84]. Si è trattato in sostanza nulla più che della formalizzazione di un voto contrario: un pesantissimo voto contrario tale da consentire all'Ufficio del massimario, impossibilitato a sopprimere la massima n. 249320, di segnalare alla corporazione che non se ne deve tenere conto, essendo stata smentita da un più ponderato principio (quello contenuto nella massima n. 252995) che ha implicitamente sancito il carattere analogico del ragionamento seguito dalla precedente pronuncia. Il che significa, con altre parole mutuate dalla terminologia parlamentare, che il progetto di legge avanzato dalla Terza Sezione della cassazione, ed affidato ai relatori Grillo-Ferrua, non è stato infine approvato dalla Camera di Piazza Cavour.

b) In altri casi, il procedimento di formazione giudiziale delle norme penali ha esito inverso: talché l'usurpazione delle prerogative legislative, sebbene contrastata da una parte della stessa magistratura, finisce per essere approvata dalla Corte di cassazione così da ergersi a nuovo diritto vivente. Emblematica al riguardo è la vicenda che ha interessato la riformulazione giudiziale della fattispecie aggravante speciale dell'ingente quantità di stupefacenti prevista dall'art. 80, comma 2, d.P.R. 309/1990[85]. Come noto, infatti, a dispetto della sua enorme rilevanza sanzionatoria e processuale, tale clausola generale risulta affetta da un'esiziale inde-

[82] Cfr. L. PISTORELLI, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali*, in *Cass. pen.*, 2011, 2556 ss.

[83] Il riferimento è a Cass. sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085, rv. 252995.

[84] Sulla funzione normativa esercitata dell'Ufficio Massimario della Cassazione v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in questa *Rivista*, 2012, 619 ss.

[85] Per un'ampia ricapitolazione v. A. CHIBELLI, *La "ingente quantità" di stupefacenti: la "storia senza fine" di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

terminatezza[86], tanto da avere già richiesto un primo intervento correttivo da parte dalle Sezioni Unite nel 2000[87]. Non risultando però risolutivo, la circostanza è divenuta oggetto di un ulteriore vivace contrasto tra i giudici della Quarta e quelli della Sesta Sezione della Cassazione.

Questi ultimi, nel tentativo di scongiurare la doverosa dichiarazione d'illegittimità della norma, hanno proposto, a partire dal 2010, di «*meglio definire l'ambito di apprezzamento rimesso al giudice di merito*» individuando quale «*ingente quantità il valore ponderale superiore a 2 Kg per le droghe pesanti e 50 kg per le droghe leggere*»[88]. *Non possumus*, hanno però eccepito i giudici della Quarta Sezione ricordando di esercitare una funzione giurisdizionale: «*la fissazione di un predeterminato indice quantitativo, che oggettivamente segni il confine tra la quantità ingente e quella non ingente – finendo col proporsi, in sostanza, come dato avente valenza normativa – non potrebbe che essere prerogativa del legislatore, che tetti quantitativi all'uopo rilevanti, invece, non ha affatto prefissato*»[89]. «*Se il legislatore si è limitato a individuare un criterio di carattere generale (la quantità "ingente") le conclusioni non possono che essere due: o effettivamente la descrizione del fatto tipico è priva del richiesto carattere di determinatezza e allora la conseguenza non può che essere quella di ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale; o la norma è sufficientemente determinata e dunque l'autorità giudiziaria ha il compito di individuare i criteri e i parametri necessari per consentirne l'applicazione ma non può svolgere una funzione normativa trasformando parametri interpretativi elastici in limiti quantitativi predeterminati*»[90].

Ineccepibile e confortante che alcuni magistrati rammentino ancora quali siano i limiti della loro funzione. L'epilogo della vicenda è stato tuttavia di segno opposto. Rimessa nuovamente la questione alle Sezioni Unite ed affidata la relazione a un giudice della Quarta Sezione, quest'ultimo è stato verosimilmente messo in minoranza – lo si desume, stante la già rilevata segretezza del procedi-

[86] In termini generali, sulle criticità rispetto al principio di legalità derivanti dal ricorso a simili clausole generali v., per tutti. D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it.* (14 novembre 2012).

[87] Cfr. Cass. sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, in *Cass. pen.*, 2001, 69, che aveva stabilito doversi ritenere sussistente l'aggravante di cui all'art. 80 cit. quando «*la quantità di stupefacente sia tale da creare condizioni di agevolazione del consumo nei riguardi di un rilevante numero di tossicofili, secondo l'apprezzamento del giudice di merito che vivendo la realtà sociale del comprensorio territoriale nel quale opera, è da ritenersi in grado di apprezzare specificamente la ricorrenza di tale circostanza*».

[88] Così fra le prime Cass. sez. VI, 2 marzo 2010, n. 20119, rv. 243374, nonché a seguire, fra le altre, Cass. sez. VI, 14 gennaio 2011, n. 12404, rv. 249635; Cass. sez. VI, 19 maggio 2011, n. 31351, rv. 250545; Cass. sez. VI, 25 maggio 2011, n. 27128, rv. 250736; Cass. sez. I, 8 giugno 2011, n. 30288, rv. 250798.

[89] Cass. sez. IV, 3 giugno 2010, n. 24571, rv. 247823.

[90] Cass. sez. IV, 1 febbraio 2011, n. 9927, rv. 249076.

mento normativo giurisdizionale, dalla circostanza che la redazione della sentenza venne affidata, per garbo istituzionale, ad altro consigliere – così da potersi approvare l'emendamento all'art. 80, comma 2, d.P.R. 309/90 che lo vuole delimitato da un quantitativo limite ponderale[91]. Si è trattato – come alcuni autorevoli magistrati non hanno mancato di riconoscere – di una plateale usurpazione del potere legislativo[92], la cui gravità non può essere ridimensionata sostenendo che tale soluzione costituirebbe, in fondo, un'integrazione *in bonam partem*[93]. L'alternativa all'adozione in via pretoria del criterio ponderale non sarebbe stato infatti il mantenimento dell'*arbitrio iudicis* dovuto alla totale incertezza normativa, bensì l'eliminazione – finalmente – di tale indecorosa norma per mano della Corte costituzionale. Come che sia, alla fine, la Camera di Piazza Cavour ha approvato la modifica.

c) Infine, può accadere che l'intemperanza della giurisprudenza sia rimediata, come sarebbe fisiologico, direttamente dal legislatore. Stante l'ultraventennale asservimento della politica al potere giudiziario, l'ipotesi è divenuta sempre più rara. Ciò malgrado non mancano esempi di una siffatta dinamica anche nella storia recente. Il riferimento va, in particolare, all'esplicita incriminazione dell'elusione fiscale da parte della giurisprudenza, che è stata successivamente smentita dal legislatore con una norma volta a ripristinare lo *status quo ante*.

La vicenda è nota, ma merita di essere brevemente riepilogata perché rivela il grado di temerarietà raggiunto dal diritto vivente nel sovvertire le soluzioni politico criminali, peraltro ineccepibili, prescelte con chiarezza dal legislatore. Come è risaputo, infatti, il nostro ordinamento non contempla alcuna disposizione che punisca fatti di elusione fiscale o, comunque, ipotesi di abuso del diritto nel settore tributario. Esisteva all'epoca soltanto la norma dell'art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973, che, tipizzando l'elusione fiscale, sanciva l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria degli atti, fatti e negozi giuridici, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. Si spiega così la ragione per cui, al pari della dottrina[94], anche la giurisprudenza

[91] Cass. sez. un., 24 maggio 2012, n. 36258, Rv. 253150.

[92] Così G. AMATO, *La scelta quantitativa operata con il moltiplicatore finisce per attribuire ai giudici poteri del legislatore*, in *Guida al dir.*, 2012, fasc. 40, 40 s.

[93] Così G. PIFFER intervento al convegno *Il burocrate creativo* del 16 settembre 2016, riascoltabile al sito *https://www.youtube.com/watch?v=fZVdmAOsxUM*. Sul punto, cfr. altresì G. AMARELLI, *Le Sezioni unite e la indeterminata aggravante dell'ingente quantità di stupefacenti: una ricognizione di significato valida solo* in bonam partem, in *Gazz. for.*, 2012, 82 ss.

[94] Sull'irrilevanza penale dell'elusione fiscale v., per tutti, A. ALESSANDRI, *L'elusione fiscale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1075 ss.; A. DI AMATO, *I reati tributari*, in A. DI AMATO, R. PISANO, *Trattato di diritto penale dell'impresa*, VII, Padova, 2002, 249 ss.; F. MUCCIARELLI, *Abuso del dirit-*

d'un tempo pacificamente escludesse la rilevanza penale dell'elusione fiscale[95]. Del resto, che essa fosse «*priva di ogni riflesso penale*» era stato chiarito dallo stesso legislatore nella *Relazione di accompagnamento* alla legge di riforma dei reati tributari (d.lgs. 74/2000): la quale, in tale prospettiva, si era persino premurata di scongiurare una interpretazione *in malam partem* dell'art. 16 d.lgs. 74/2000 (che dichiara non punibile l'adeguamento ai indicazioni ministeriali in seguito alla procedura di interpello) stabilendo che «*la disposizione di cui all'articolo 16 è unicamente di favore per il contribuente, e non può in alcun modo esser letta, per così dire, "*a rovescio*", ossia come diretta a sancire la rilevanza penalistica delle fattispecie* lato sensu *elusive non rimesse alla preventiva valutazione dell'organo consultivo*» (§ 4.3 della relazione).

Sennonché: colmando l'assenza di un'apposita norma incriminatrice; sovvertendo la propria precedente giurisprudenza, e ponendosi in frontale contrasto con le esplicite indicazioni del legislatore, la Corte di cassazione ha proceduto, con tre pronunce dei primi anni di quest'ultimo decennio[96], a introdurre dapprima e tipizzare poi il «*delitto di elusione fiscale*» quale reato a forma libera soggettivisticamente orientato[97]. Il tutto – si badi bene – facendo leva proprio su quella interpretazione "a rovescio" dell'art. 16 d.lgs. 74/2000 che il § 4.3 della Relazione di accompagnamento aveva puntualmente prescritto all'interprete di non praticare[98].

Fu troppo anche per un legislatore da vent'anni ostaggio della magistratura qual è il nostro. Non si è quindi atteso che la giurisprudenza completasse una doverosa catarsi[99]. Il Parlamento è intervenuto direttamente nel 2015, ribadendo al

to, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione e abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, 402 ss.

[95] Cass. sez. III, 26 novembre 2008, n. 14486, rv. 244071; Cass. sez. V, 18 maggio 2006, n. 23730, in *Dir. prat. soc.*, 2007, 62 con nota di I. CARACCIOLI.

[96] Cfr. Cass. sez. III, 18 marzo 2011, n. 26723, in *Corr. trib.*, 2011, 2937, con nota di P. CORSO, *Abuso del diritto in materia penale verso il tramonto del principio di legalità?*; Cass. sez. II, 22 novembre 2011, n. 7739, rv. 252019; Cass. sez. III, 6 marzo 2013, n. 19100, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 81 ss. con nota di A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*.

[97] L'espressione, qui pienamente condivisa, è tratta da G. FLORA, *Perché l'«elusione fiscale» non può costituire reato (a proposito del «caso Dolce & Gabbana»)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 869 ss., cui si rinvia per una compiuta illustrazione della ragioni per cui sussiste un irrimediabile contrasto tra la punizione dell'elusione fiscale ed il principio di tipicità dell'illecito penale. Analogamente critici su tale innovativa giurisprudenza v., fra gli altri, G.M. FLICK, *Abuso del potere ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, in *Giur. comm.*, 2011, 483 ss.; A. LANZI, *I riflessi penali dell'elusione fiscale, il* transfer pricing *e il CFC*, in *Ind. pen.*, 2012, 7 ss.; A. PERINI, *La tipicità inafferrabile, ovvero elusione fiscale, «abuso del diritto» e norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 737 ss.; C. PIERGALLINI, *Civile e penale a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1299.

[98] Cass. sez. II, 22 novembre 2011, n. 7739, cit., 57 ss. dell'originale.

[99] Avviata, con la solita tecnica dell'incidentale, da Cass. sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 788 ss., con nota di P.M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto: un auspicato ritorno alla legalità in attesa del l'attuazione della delega fiscale*.

comma 13, del nuovo art. 10-*bis* che «*Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*», potendo essere sanzionate solo in via amministrativa. Una norma, questa, che sarebbe stata a ben vedere del tutto inutile se la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. fosse effettivamente osservata nel nostro ordinamento, dato che nessuna disposizione incriminatrice ha mai punito l'elusione tributaria. La necessità di promanarla dà però il senso del punto di torsione raggiunto dal nostro sistema penale, nell'ambito del quale il legislatore penale è costretto ad attivarsi, non già per legittimare ma per arrestare un potere giudiziario autoreferenziale e dispotico.

8. *La* turris eburnea *della Cassazione e l'aberrante interpretazione dell'art. 7 CEDU*

Nel più nobile contesto accademico circola l'idea che il superamento del tecnicismo giuridico avrebbe, fra i molti benefici effetti, anche quello di rilanciare il ruolo della dottrina[100]: come se l'affrancamento del giudice dal testo di legge in favore della ricerca di una razionalità regolativa immanente, che può essere colta con avvedutezza specialmente da «*coloro che – unici – sanno di diritto per averne fatto oggetto della propria vita di studio e di ricerca*»[101], non possa che portare a un recupero di centralità del giurista; se non addirittura alla rinascita della figura del giureconsulto esperto conoscitore di quell'empireo di valori e dogmi cui anche il giudice dovrebbe rifarsi per "scoprire" la *regola iuris*.

Si tratta, senza dubbio, di una prospettiva affascinante; anche se – a ben vedere – l'idea che la giurisprudenza avverta nel *logos* dogmatico una vincolatività maggiore della legge lascia perplessi. Ciò che però smentisce vistosamente una siffatta previsione è la realtà dei fatti, ossia il modo in cui, in concreto, i giudici italiani percepiscono la dottrina. Non che manchino gli esponenti della magistratura ferrati conoscitori della letteratura giuridica. Certo è che la considerazione riservata dalla giurisprudenza alla dogmatica – anche in ragione del suo progressivo e forse inarrestabile scadimento – è praticamente nulla. Mentre, infatti, in altri ordinamenti, come quello tedesco o austriaco, le sentenze imbastiscono un fitto dialogo con la teoria, con tanto di espliciti riferimenti critici alle tesi espres-

[100] Così fra i pensatori più autorevoli P. GROSSI, *La formazione del giurista*, cit., che non ha mancato di riproporre tale posizione in interventi cursori nel campo penale: ID., *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quad. fiorentini*, 2006, II, 1043 ss.

[101] Così P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 1053 alludendo alla «*comunità dei giuristi*».

se[102], le sentenze della nostra Corte di cassazione – anche grazie a una singolare interpretazione estensiva del divieto di citazione posto dall'art. 118, c. 3, disp. att. c.p.c.[103] – sono non solo prive di richiami dottrinali ma oramai apertamente alternative, se non antagonistiche, alla cultura giuridica accademica. Tant'è che in qualunque contesto penalistico ci si muova, dalla preterintenzione alla teoria della colpa, dal concorso di persone al reato omissivo, siamo ormai alla "dogmatica togata"[104], resa esplicita dalla crescente produzione di "sentenze-manuali", talvolta redatte a quattro mani proprio per soddisfare al meglio una siffatta esigenza didattica, nelle quali la Suprema Corte indottrina i nuovi MOT, e non solo, sulla reale struttura concettuale di un istituto. Come a dire, il libro di testo universitario vi serviva per laurearvi e superare il concorso in magistratura; ora studiate e applicate seriamente le seguenti regole.

Beninteso: è del tutto comprensibile che la Corte di cassazione trascuri gli scritti delle più recenti leve universitarie – ivi incluso chi scrive – in bilico tra le più astruse e vacue esigenze concorsuali e inclinazioni giustizialistiche ancor più prorompenti di quelle manifestate dal potere che si desidera blandire. Ciò che sorprende, invece, è il sussiego riservato dalla giurisprudenza alla più autorevole dottrina – quella vera – pure quando essa ha assolto il compito di chiarire con precisione e completezza le ragioni di una determinata soluzione applicativa.

Emblematico l'atteggiamento mostrato dalla Corte di cassazione nella "secolare contesa" sulla definizione del limiti di tipicità del tentativo di rapina impropria[105]. Sono decenni che la dottrina si sforza di chiarire le ragioni per cui è contrario alla lettera dell'art. 628, comma 2, c.p. – che incentra la rapina impropria sulla condotta del soggetto che «*immediatamente dopo la sottrazione*» adopera

[102] Diffusamente sul punto, F. PALERMO, M. TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo «vivente» in Germania e Austria*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, 285 ss.; R. FAVALLE, *La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza tedesca*, in AA.VV., *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori nelle sentenze*, Vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016, 21 ss.

[103] Cfr. per esempio L. LANZA, *La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare*, intervento all'Incontro di studio organizzato dal C.S.M. *La motivazione della sentenza penale*, 14-16 novembre 2009, secondo il quale è ben vero che tale norma riguarda solo il giudice civile, ma si tratterebbe «*però, all'evidenza, di una banale omissione la cui carenza non legittima certo l'estensore di motivazioni penali al richiamo nominativo di accreditati od ignoti "autori giuridici"*». In una diversa prospettiva v. invece F. RINALDI, *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto comparato con particolare riferimento al "processo" costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it* (23 settembre 2015).

[104] Sulla dogmatica di fonte giurisprudenziale cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 101 s.; D. PULITANÒ, *Dommatica e giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2015, 4277 ss.

[105] Rileva come la questione si trascini da un secolo all'altro, così da «*essere discussa alla stregua di un modo perenne del diritto penale*» T. PADOVANI, *Tentativo di sottrazione e tentativo di rapina impropria*, in *Giur. it.*, 1977, II, 229.

violenza o minaccia per assicurare il possesso della cosa sottratta o per procurare a sé o ad altri l'impunità – il tetragono orientamento della Seconda Sezione della Cassazione secondo cui sarebbe punibile ai sensi degli artt. 56 e 628 c.p. il comportamento del reo che usi violenza o minaccia senza essere prima riuscito a sottrarre la cosa[106]. E tuttavia, malgrado il numero e l'autorevolezza dei giuristi cimentatisi nel compito[107], e l'abbondanza delle argomentazioni utilizzate, la chiusura nuovamente operata di recente dalle Sezioni Unite – dopo che la dottrina era finalmente riuscita a fra breccia per lo meno nelle Sezioni diverse dalla Seconda competente per i reati contro il patrimonio[108] – rende bene l'idea di quanto velleitaria sia l'idea che, nel nostro ordinamento, il diritto vivente possa scaturire da una corale collaborazione tra giudici e giuristi accademici[109].

D'altronde, ancor più degli esiti, frustranti si rivelano le argomentazioni utilizzate in tal caso dalle Sezioni Unite. Il riferimento non è tanto agli aspetti tecnici della specifica questione, come quello in cui si attribuisce all'art. 56 c.p. la capacità di sanzionare una qualunque combinazione parziale del fatto tipico descritto dal legislatore[110]. Né si vuole alludere alla sufficienza con cui la Corte si rivolge

[106] Cass. sez. II, 13 gennaio 2011, n. 6479, rv. 249390; Cass. sez. II, 26 novembre 2010, n. 44365, rv. 249185; Cass. sez. II, 18 novembre 2010, n. 42961, rv. 249123; Cass. sez. II, 23 settembre 2010, n. 36723, rv. 248616; Cass. sez. II, 19 maggio 2010, n. 22661, rv. 247431; Cass. sez. II, 12 marzo 2010, n. 23610, rv. 247292; Cass. sez. II, 8 aprile 2008, n. 19645, rv. 240408; Cass. sez. II, 26 marzo 2008, n. 20258, rv. 240104; Cass. sez. II, 29 febbraio 2008, n. 29477, rv. 240640; Cass. sez. II, 25 settembre 2007, n. 38586, rv. 238017; Cass. sez. II, 10 novembre 2006, n. 40156, rv. 235448.

[107] Oltre al già citato lavoro di PADOVANI si veda, solo per citarne alcuni, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1981, 321; C. FIORE, *I limiti della configurabilità del tentativo di rapina impropria*, in *Foro pen.*, 1963, 109 ss.; S. LOSANA, *Rapina impropria e tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 610; V. ZAGREBELSKY, *Rapina*, in *Noviss. dig.*, vol. XIV, 1976, 778; S. TASCONE, *Rapina propria, rapina impropria e tentativo di rapina impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1616 ss.; G. PIZZUTI, *Rapina*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, 281; F. MANTOVANI, *Rapina*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXV, 1991, 6; D. BRUNELLI, *Rapina*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, 1996, 14 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, Tomo 2, 136, 2008, 136.

[108] Cfr., per prima Cass. sez. V, 12 luglio 1999, n. 3796, rv. 215102; seguita da Cass. sez. V, 14 dicembre 2009, n. 16952, rv. 246860; Cass. sez. VI, 10 dicembre 2008, n. 4264, rv. 243057; Cass. sez. VI, 27 novembre 2008, n. 10984, rv. 243683; Cass. sez. VI, 30 ottobre 2008, n. 43773, rv. 241919; Cass. sez. V, 13 aprile 2007, n. 32551, rv. 236969.

[109] Del resto, l'armonia fa difetto anche alle stesse Sezioni Unite se è vero che nella redazione della sentenza che ha risolto il contrasto sul tentativo di rapina impropria (Cass. sez. un, 19 aprile 2012, n. 34952, rv. 253153) si è proceduto a sostituire il relatore con il Presidente della Seconda Sezione, seguendo una prassi, sintomatica di una spaccatura interna al collegio, già segnalata in precedenza: v. *supra* § 7.

[110] Come noto, invece, l'incompletezza del tentativo può riguardare solo la parte finale del fatto tipico (l'art. 56 c.p. precisa infatti, che il tentativo si configura quando «l'azione non si *compie* o l'*evento* non si verifica») senza potersi tradurre nella rinuncia a una precondizione di tipicità, qual è per l'appunto la previa sottrazione nella rapina impropria: cfr., per tutti D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 138 ss.

alla dottrina, ritenendo che quest'ultima, evidenziando un *vulnus* di legalità nella tradizionale posizione della giurisprudenza, sarebbe incorsa in «*suggestive argomentazioni*»[111]. A sconcertare è soprattutto il punto centrale della sentenza nel quale le Sezioni Unite mirano a sostenere che l'art. 7 CEDU finirebbe per attribuire al "diritto vivente", che ripeta con insistenza una determinata interpretazione, anche il potere di modificare *in peius* una soluzione legislativa[112]: quasi che l'invocata norma convenzionale abbia implicitamente scardinato l'art. 25, comma 2, Cost. e, con ciò, la rigida soggezione del giudice penale alla legge.

Una siffatta convinzione tende peraltro a circolare con sempre maggiore insistenza tra gli esponenti della magistratura, tanto che – a dispetto della sua infondatezza – la si considera oramai quasi scontata. Eppure essa scaturisce da una così grossolana incomprensione della natura della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e soprattutto dalla assoluta inconsapevolezza del significato dell'art. 53 CEDU (secondo il quale nessuna disposizione della Convenzione «*può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare (…) le libertà fondamentali*» riconosciute dagli ordinamenti nazionali), da sorprendere che la nostra Corte di cassazione continui a incorrervi[113].

Vero è infatti che l'art. 7 CEDU, rivolgendosi tanto a sistemi di *civil law* quanto a quelli di *common law*, assimila sotto il concetto di «*legge*» sia la norma legislativa che quella di origine giurisprudenziale. È altrettanto vero, però, che tale assimilazione può operare solo in *bonam partem*[114] e giammai per ridurre le garanzie individuali sovvertendo per esempio in termini illiberali il sistema delle fonti di un ordinamento nazionale. Lo impone, per l'appunto, l'art. 53 CEDU, il quale attribuisce alla Convenzione l'unica e precipua funzione di ampliare le garanzie operanti negli ordinamenti che vi aderiscono, non potendo prestarsi a restringerle – come invece ipotizzano le Sezioni Unite – tramite una malcelata sovversione della riserva di legge e del divieto di applicazione analogica in essi operanti. Ecco dunque perché risulta aberrante ritenere che l'art. 7 CEDU consenti-

[111] Cass. sez. un, 19 aprile 2012, n. 34952, cit., § 5.

[112] Cass. sez. un, 19 aprile 2012, n. 34952, cit., § 5. Ha prontamente segnalato l'erroneità di una siffatta impostazione G.L. GATTA, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della* res, in *www.penalecontemporaneo.it* (16 settembre 2012).

[113] Purtroppo, infatti, il travisamento della funzione esclusivamente garantista della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non è un fatto isolato nella nostra giurisprudenza: si veda per un identico equivoco Cass. sez. IV, 6 febbraio 2003, n. 20031, in *Cass. pen.*, 2003, 3834 ss., con nota di A. TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto di vita*.

[114] Per una corretta assimilazione *in bonam partem* del diritto vivente alla legge in forza dell'art. 7 CEDU v., per esempio, Cass. sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 27, 70 ss., con nota di A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il "diritto vivente" e impone di rivalutare la posizione del condannato*.

rebbe al diritto vivente, ossessivamente ripetuto *in malam partem*, di ampliare l'area di rilevanza penale in uno Stato retto dalla riserva di legge, giacché ciò equivarrebbe ad attribuire alla Convenzione la capacità di ridurre anziché ampliare le libertà fondamentali del cittadino, in palese contrasto con la natura e la funzione consustanziale di quest'atto.

Se così è, non può allora che ritenersi meritoria l'iniziativa di quei difensori che hanno eccepito, sotto vari profili, la contrarietà all'art. 25, comma 2, Cost. del diritto vivente concernente il tentativo di rapina impropria non preceduta dalla previa sottrazione del bene[115]. Se, infatti, è stata la giurisprudenza, a forza di ripeterne l'applicazione, ad introdurre tale ipotesi, modificando *in malam partem* la porta applicativa degli artt. 56 e 628 c.p., appare del tutto giustificato il sospetto che tale *modus procedendi* non coincida con quello previsto dalla Costituzione per la formazione delle norme penali.

L'eccezione, va da sé, non ha avuto successo. Se non altro, è però servita a suscitare una risposta dalla Seconda Sezione della Corte di cassazione – per mano di uno dei suoi più autorevoli e rappresentativi esponenti – così perentoria e inconferente[116] da rivelare ancor meglio l'atteggiamento di chiusura che l'ispira, sgombrando l'illusione che la giurisprudenza sia disposta a condividere con altri il margine decisionale liberatosi dall'attenuazione del principio di legalità.

[115] Il riferimento è alla eccezione di costituzionalità sollevata in Cass. sez. II, 16 aprile 2015, n. 17827, rv. 263584.

[116] Per comodità, conviene riportare la massima ufficiale n. 263584 – che è poi identica al passaggio della motivazione – onde consentire di apprezzare al meglio il grado di incongruenza tra la questione di costituzionalità sollevata e la risposta offerta dalla Corte di cassazione: «*È manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale degli artt. 56 e 628, comma 2, c.p. per violazione degli artt. 3 e 25 Cost., in relazione alla configurabilità della fattispecie di tentata rapina impropria siccome in contrasto con il principio di legalità e il divieto di analogia, in quanto il delitto di rapina ha carattere plurioffensivo e natura complessa, essendo integrato da una condotta di sottrazione e impossessamento tipica del furto, cui si aggiunge l'elemento della violenza alla persona o della minaccia*».

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

Alessandro Amato – Geologo, dirigente di ricerca dell'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia (INGV)

Davide Amato – Assegnista di ricerca nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Stefano Anastasia – Ricercatore nell'Università di Perugia

Costanza Bernasconi – Professore associato nell'Università di Ferrara

Roberto Calcinari – Avvocato del Foro di Fermo

Valentina Calderone – Direttore dell'associazione "A buon diritto"

Gaetano Carlizzi – Giudice del Tribunale Militare di Roma

Adolfo Ceretti – Professore ordinario nell'Università di Milano-Bicocca

Alessandro Corda – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

Luigi Cornacchia – Professore associato nell'Università del Salento

Franco Corleone – Garante regionale delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale della Regione Toscana e Coordinatore dei Garanti territoriali per i diritti dei detenuti – Commissario unico del Governo per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari ed il completamento delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza

Cristina de Maglie – Professore ordinario nell'Università di Pavia – Institute for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

Dimitri Dimoulis – Professore associato presso la Fondazione Getùlio Vargas di San Paolo, Brasile

Giuseppe Di Vetta – Avvocato del Foro di Pisa

Luciano Eusebi – Professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell'Università di Pisa
DAVID GARLAND – Professore presso la New York University (USA)
FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell'Università di Firenze
STUART P. GREEN – Professore presso la Rutgers Law School, Newark (USA)
CARLO GUARNIERI – Professore ordinario nell'Università di Bologna
LUIGI MANCONI – Senatore della Repubblica
MARIA NOVELLA MASULLO – Ricercatore nell'Università di Roma Tor Vergata
OLIVIERO MAZZA – Professore ordinario nell'Università di Milano-Bicocca
EDOARDO MAZZANTI – Perfezionato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa
DARIO MICHELETTI – Professore associato nell'Università di Siena
GHERARDO MINICUCCI – Dottore di ricerca nell'Università di Firenze
FABIO NICOLICCHIA – Assegnista di ricerca nell'Università di Ferrara
DOMENICO NOTARO – Professore associato nell'Università di Pisa
TULLIO PADOVANI – Professore ordinario nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa
DOMENICO PULITANÒ – Professore emerito nell'Università di Milano-Bicocca
PIERPAOLO RIVELLO – Procuratore Generale Militare presso la Corte di Cassazione
ANA LUCIA SABADELL – Professore presso la Faculdade Nacional de Direito della Universidade Federal di Rio de Janeiro (Brasile)
FREDERICK SCHAUER – David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law presso la University of Virginia (USA)
ALESSANDRO SPENA – Professore ordinario nell'Università di Palermo
GIOVANNI TARLI BARBIERI – Professore ordinario nell'Università di Firenze
VITO VELLUZZI – Professore ordinario nell'Università Statale di Milano
LUCIANO VIOLANTE – Professore ordinario nell'Università di Camerino
LORENZO ZILLETTI – Avvocato del Foro di Firenze, Responsabile del Centro Studi giuridici e sociali «Aldo Marongiu» dell'Unione delle Camere Penali Italiane

Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori riceveranno, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.
   La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Elio R. Belfiore
Marta Bertolino
Alberto Cadoppi
Giampaolo Demuro
Giulio De Simone
Alberto De Vita
Alberto di Martino
Vittorio Fanchiotti
Giovanni Fiandaca
Giovanni Flora
Luigi Foffani
Désirée Fondaroli
Gabriele Fornasari
Roberto Guerrini
Giulio Illuminati
Gaetano Insolera
Sergio Lorusso
Ferrando Mantovani
Luca Marafioti
Enrico Marzaduri
Oliviero Mazza
Nicola Mazzacuva
Alessandro Melchionda
Sergio Moccia
Vito Mormando
Vania Patanè
Paolo Patrono
Davide Petrini
Tommaso Rafaraci
Lucia Risicato
Placido Siracusano
Luigi Stortoni
Paolo Veneziani

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di novembre 2017

Edizioni ETS
www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore
Fausto Giunta

Comitato di direzione
Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,
Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletti,
Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia