

PARTE I

**L'ELUSIONE (DALLE REGOLE
AI PRINCIPI)**

CAPITOLO I

L'ELUSIONE NEL CODICE PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa: l'elusione, l'ostacolo e la struttura del lavoro. – 2. L'elusione come evento normativo negli artt. 378 e 452 *septies* c.p. – 3. Elusione come condotta “libera e omissiva” nell'art. 388 c.p. – 4. Elusione come parametro di illiceità speciale “mobile” nell'art. 391 *bis* c.p. – 5. Elusione come elemento del dolo specifico e “logiche” di diritto penale d'autore (art. 512 *bis* c.p.). – 6. L'elusione come elemento del precetto: primi risultati dell'indagine.

1. Premessa: l'elusione, l'ostacolo e la struttura del lavoro.

*D'altronde, occorre considerare che gli asserti sui significati hanno un carattere empirico dubbio e piuttosto elusivo*¹

“Se il legislatore non sbaglia mai, e ciononostante permangono delle scappatoie, perché tali scappatoie esistono? Per essere sfruttate in caso di necessità”: è la risposta di un rabbino, preposto all'elaborazione di congegni che riconcilino le esigenze della vita quotidiana con i divieti della religione ebraica, alla provocazione rivoltagli da un comico americano, che aveva definito il suo lavoro un tentativo di raggirare Dio².

¹ C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, Torino, 2016. p. 181.

² Lo *Zomet Institute* è un ente che lavora costantemente per trovare innovativi congegni utili a riconciliare i precetti della *Halakhab* con le esigenze della vita quotidiana. La sua attività concerne l'articolato divieto previsto nei testi sacri riguardo le attività da fare il giorno di Sabato, notoriamente dedicato dalla religione ebraica al riposo. Tale divieto si estende a 39 attività (le 39 *melakhòt* e le relative *gbezeròt* – divieti rabbinici), che esemplificano tutte le attività produttive umane: tramite l'astensione dalle manifestazioni della potenza umana – ad es. accendere un fuoco, legare o slegare un nodo e molte altre – il credente celebra silenzio-

Il problema dell'elusione e quello – come si vedrà, ad essa strettamente legato – dell'abuso, sono immanenti all'esperienza giuridica, perché evocano il tema dei limiti del diritto; del diritto scritto, in particolare.

Non appena, infatti, si evoca l'*aggiramento*, emergono due approcci fra loro opposti: il primo ritiene i suddetti limiti inviolabili e che l'elusione serva, a tutto concedere, a indicare una negligenza del legislatore; l'altra è l'idea che muove dalla constatazione dell'impossibilità di pensare un legislatore onnisciente e onnipotente e che traduce, perciò, l'elusione in termini di *violazione* di un piano normativo superiore, *fondativo* del diritto scritto. Seguendo quest'ultima impostazione, si arriva necessariamente all'evocazione di forme di pericolosità sociale *colte e intellettuali*³.

Emergono, così, i *bad men*, gli uomini cattivi, che non intendono la legge come un insieme di buone o cattive ragioni (in senso morale) per agire o astenersi dall'azione, ma solo come un insieme di "*material consequences*"; essi ambiscono a predire e calcolare il diritto, le conseguenze della sua violazione, essendo privi delle "*vague [...] sanctions of conscience*"⁴.

samente il Creatore. Gli istituti citati hanno sviluppato diversi congegni (ad esempio telefoni, frigoriferi ...) che funzionano in modo tale da soddisfare un bisogno quotidiano senza violare *direttamente* tale divieto. L'intervista citata nel testo è tratta da Bill Maher, *Religulous*, 2008, min. 52 e ss. – B.M.: "It does seem ... that you are, to a degree, trying to outsmart God" – Rabbi Shmuel Strauss: "If the lawmaker never makes a mistake, and still there is a loophole there, why is that loophole there? To be used in a situation of need"; si veda anche C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., p. 271, nota 179, sull'interpretazione orale della Torah.

³ "Qui la condotta ha connotati «intellettuali», è «colta»: la lesione al patrimonio altrui è recata mediante il gioco delle norme, delle regole, dei diritti (è per questo che parliamo di condotta «giuridico-normativa»), conoscendo, sfruttando, piegando, a (illecito) profitto dell'autore la fitta trama di quelle norme, di quelle regole, di quelle relazioni di diritti poteri ed obblighi che governano il rapporto giuridico fra il soggetto attivo ed il soggetto passivo del fatto di reato (parliamo di condotta «intellettuale», «colta») [...] In queste condotte non c'è nulla di fattuale, nulla di naturalistico, nulla di «manuale» [...] Questi comportamenti rivelano una pericolosità soggettiva, una *pericolosità d'autore minima o, addirittura, nulla*"; così F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, p. 172, nel contesto di un discorso riguardante, fra gli altri, il ricorso al termine abuso e frode nella legge penale.

⁴ Le parole in corsivo sono di Oliver Wendell HOLMES, cui si deve appunto l'enucleazione del famoso *bad man approach*, nell'opera *The Path of the law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1987, p. 457 ss.; cfr. M. JIMENEZ, *Findind the good in Holmes' Bad Man*, in *Fordham Law Review*, 79, 2011, p. 2069 ss.; C. LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, in part. p. 362 ss. Holmes non estende l'immagine del *bad man* al diritto penale, *in primis* perché nella sua visione il *bad man* è disposto a violare il diritto, e ragionevolmente non può vedere la prospettiva del carcere come

Fra tutti i nemici della società, l'elusore potrebbe apparire come il più pericoloso, perché dispone di un'arma sconosciuta ai *trasgressori*, agli *evasori* e ai *delinquenti*: egli ha la capacità e le conoscenze necessarie per sottrarsi alle disposizioni, soprattutto a quelle che dovrebbero imbrigliarlo tramite una definizione del suo comportamento (*don't break the law, when you break the law*). È un paradosso: sembra che di queste figure si possa parlare solo al di fuori del mondo delle regole e che l'argomento possa essere trattato solo tramite metafore⁵.

Il presente lavoro si propone di affrontare queste specifiche problematiche, concentrando l'attenzione non sul *fenomeno* elusione (che attiene, più genericamente, alla tenuta ed efficacia del diritto scritto, a seconda del settore in cui è invocato), quanto sui concetti di elusione ed abuso come *criteri di ascrizione di responsabilità penale*.

Considerando dapprima l'elusione, tale strada si rivela fin da subito particolarmente accidentata, basti considerare l'ampiezza dello spettro

una mera "tassa" da pagare per ottenere i suoi risultati. Deve però essere evidenziato, lo ha sottolineato la letteratura americana, che Holmes tradisce una (imbarazzante) visione innata del criminale; cfr. D. LUBAN, *The bad man and the good lawyer: a centennial essay on holmes's the path of the law*, in *New York University Law Review*, 1997, vol. 72, p. 1566; U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962, p. 42 ss., sulla dimensione non riducibile al significato emotivo delle norme e delle valutazioni; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certeza del derecho*, Granada, 2007, p. 70, sul rapporto fra certezza del diritto e individualità; per una riflessione sull'abuso, sullo sfondo di una contrapposizione fra individualismo e solidarismo, A. DI ROBILANT, *Abuse of rights: the Continental Drug and the Common Law*, disponibile www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/2014.html.

⁵ Sulla catacresi (da kathàkresis, che significa abuso), estensione dell'uso di una parola che serve all'economia linguistica; B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Torino, 2011, p. 7, in part. nota 7; altro modo di chiamare la catacresi è "abusione", come ricorda L. SATTA, *Come si dice. Uso e abuso della lingua italiana*, Firenze, 1974, p. 6, il quale più oltre (*ivi*, p. 218), ricorda che delle metafore si può abusare, nella quantità e nel modo; v. anche C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., p. 134 ss. (il quale più avanti – p. 142, nota 164 – sottolinea come le metafore non siano, in quanto tali, argomenti: "le analogie da esse mostrate – o create – devono [...] essere sorrette da robuste prove"); cfr. anche R. KÖLBEL, *Das Rechtsmissbrauchs-Argument in Strafrecht*, in *GA*, 2005, p. 49; sulle altre metafore *giuridiche*, come "fonti del diritto", "volontà del legislatore", "ponderazione dei principi", "aggiramento di una norma" o "bilanciamento di principi" si veda F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010, *passim*; G. PINO (in *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 2007) apre il proprio lavoro con una citazione di B. Cardozo (1926), secondo cui "Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it"; parla di "ossessivo potere della metafora", J. BRUNER, *La fabbrica delle storie*, Roma-Bari, 2002, p. 29, v. anche *ivi*, p. 38 ss.; v. anche M. VERSIGLIONI, *Abuso del diritto. Logica e Costituzione*, 2016, p. 42; abuso, metafora tanto potente da poter essere rivolta su sé stessa, cfr. G. ZIZZO, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *GT-Riv. giur. trib.*, 2008, p. 465.

semantico del termine⁶: eludere, etimologicamente, significa “prendersi

⁶Valorizzando l’idea che l’uso ordinario del linguaggio sia una prima garanzia di non arbitrarietà; in questo senso O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 107, riprendendo A. GIULIANI, voce *Logica (teoria dell’argomentazione)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 27. Sulla recente “riscoperta” del significato letterale (nella giurisprudenza costituzionale) V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale*, in E. AMATI-L. FOFFANI-T. GUERINI (a cura di), *Studi in onore di Nicola Mazzacava*, Pisa, 2023, p. 179. Sui limiti di una concezione essenzialistica del linguaggio (la metafora è ora quella del dizionario), in cui l’interprete dovrebbe limitarsi a *constatare* il significato di un’espressione legislativa per poi sussumervi il caso concreto; cfr. P. COMANDUCCI, *Conoscere il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 419; J. CUELLO CONTRERAS, *Sobre la posibilidad y necesidad de distinguir entre conocimiento ontológico y conocimiento normológico*, in F. J. ÁLVAREZ GARCÍA-M.A. COBOS GÓMEZ DE LINARES-P. GOMEZ PAVÓN-A. MANJÓN CABEZA OLMEDA-A. MARTÍNEZ GUERRA, *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, p. 75; D. CANALE, *La precomprensione dell’interprete è arbitraria?*, in *Etica & Politica*, 2006, p. 1; B. CELANO, *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa (non) può fare la filosofia al riguardo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2006, p. 83; L. FERRAJOLI, *La pragmatica della teoria del diritto*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, 2004, p. 351; P. COMANDUCCI, *Note a margine di Aurelio Gentili, Il diritto come discorso*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, p. 233; v. anche i saggi contenuti in V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, 2000, *passim*; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 693; P. VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden, 2002, in part. p. 77 ss.; H. P. LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970, in part. p. 56 ss.; F. POGGI, *Significado literal: una noción problemática*, in *Doxa*, 2007, p. 617; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l’interpretazione. Un’introduzione critica*, Pisa, 2013, pp. 35-37; C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., *Prefazione*, p. XIII, pp. 184-185, p. 244 ss., p. 267 ss.; è comunque difficile pensare che il formalismo, così come il suo opposto, lo scetticismo, siano mai stati sostenuti nelle loro versioni più radicali, in questo senso V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all’interpretazione*, Pisa, 2012, p. 25. Nella sua versione più radicale, infatti, il formalismo non prende atto dell’intrinseca vaghezza dei significati e dell’ambiguità degli enunciati, e ammette un’unica interpretazione corretta, ovvero quella che coincide con il significato “univoco”, “proprio”, “letterale” delle parole che compongono la disposizione; lo scettico estremo, invece, finisce per frustrare la stessa domanda sui criteri di correttezza dell’interpretazione giuridica, se non addirittura l’utilità dei suoi scritti (cfr. ID., *op. ult. cit.*, p. 22); J. WALDRON, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in *California Law Review*, 1994, p. 509; M. KLATT, *Making the law explicit.*, Oxford-Portland, 2008, in part. p. 211 ss. La constatazione, non poco tormentosa, che i confini semantici sono irrimediabilmente sfocati (v. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino, 2011, p. 136 e 138), ha portato inevitabilmente a un graduale distacco dalla concezione essenzialistica del linguaggio nell’interpretazione, e poi all’abbandono definitivo di una concezione cognitivista della medesima; cfr. le conclusioni di F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 277 ss., (non ci si avvicina al vero senza tormento); è il linguaggio a essere elusivo, v. D. MCBARNET-C. WHELAN, *The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control*, in *The Modern Law Review*, 54:6 Nov. 1991, p. 848.

gioco di”, “prendere in giro”, quindi “aggirare”; si avrà modo di osservare, nel corso del lavoro, che alla parola viene spesso assegnata una cornice amplissima, che si estende dal concetto di violazione/non applicazione di una norma a quello di inganno vero e proprio⁷.

Non solo, ma si vedrà anche che nel rincorrere una definizione giuridica della condotta di elusione si rischia inevitabilmente di finire su aspetti dell'animo o del carattere del soggetto, oppure di puntare a un diritto che sta altrove rispetto al precetto, nell'universo dei principi: portando questa “apertura di prospettiva” alle estreme conseguenze, si potrebbe persino finire per avere un'impressione di inservibilità del concetto: forse, a ben vedere, tutti eludono⁸.

Proprio dall'invocazione dei principi, come si vedrà, emerge la seconda figura oggetto del lavoro: l'abuso.

La presente analisi ha preso le mosse dalla vicenda della rilevanza penale dell'elusione fiscale, una vicenda senza precedenti, nell'ambito della quale il concetto di elusione si è progressivamente liberato della figura della frode, per trasformarsi in abuso (del diritto tributario) – prima nell'*argomento* e poi nell'*istituto* dell'abuso, come definito dall'art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente – divenendo espressamente incompatibile con la materia penale⁹.

⁷Un esempio fra i moltissimi possibili: è ricorrente in tutta l'opera di P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, l'utilizzo del termine “elusione” al posto di “violazione”; cfr., ad es., *ivi*, p. 666-667, ove si sostiene che il dolo specifico richiesto dall'art. 260 TUA “consiste nel fine di conseguire un ingiusto profitto ravvisabile [...] nei vantaggi patrimoniali [...] derivanti dall'*elusione* delle regole amministrative” (corsivo aggiunto); sulla metafora kelseniana della cornice dei significati v. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Milano, 2000, pp. 120-121 “In tutti i casi, la norma che deve essere eseguita costituisce solo uno schema [cornice: *Rahmen*] entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione e ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un senso possibile qualsiasi, è conforme alla norma”; cfr. C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., in part. pp. 167-169; L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 1023, nota 9.

⁸A volte l'elusore è il consociato (cfr. G. MARINUCCI, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254), a volte i tribunali (H. STÖCKEL, *Gesetzesumgebung und Umgebungsgesetze im Strafrecht*, Neuwied-Berlin, 1966, p. 18, laddove applichino “una norma in modo corrispondente al suo dettato, ma contro la sua *ratio*”) altre volte il legislatore (cfr. F. SGUBBI, *Meccanismo di “aggiramento” della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *La questione criminale*, 1981, p. 319 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 206-207, “l'aggiramento della presunzione di innocenza [come] dato costante del sistema”); altre volte ancora sono tesi dottrinali a offrire lo spunto per elaborare “tecniche di aggiramento” (del principio di offensività); cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 80.

⁹La questione della rilevanza penale dell'elusione fiscale ha impegnato per molti anni il

È accaduto che, nel settore dell'ordinamento più “conservatore di tutti, il più vetero-illuministico, per definizione”¹⁰, uno *standard* di determinatezza del diritto positivo è progressivamente emerso dal diritto giurisprudenziale; il legislatore, prendendone atto, ha ritenuto che esistessero concetti giuridici che, ancorché *definibili*, non soddisfano lo *standard* di determinatezza della materia penale¹¹.

Tale vicenda pare allora candidarsi quale terreno d'elezione per apprezzare il cambio di paradigma che il diritto penale sta vivendo, in cui le esigenze tradizionalmente riferite alla determinatezza e alla tassatività del precetto rifluiscono sempre più decisamente – sotto la spinta delle fonti sovranazionali e quelle del c.d. diritto penale giurisprudenziale – nell'idea della prevedibilità¹²; del resto, è l'idea stessa di prevedibilità a

dibattito penalistico, culminando, come noto, nel 2015 (art. 1, d.lgs. n. 128/2015), nell'introduzione dell'art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente (L. 27 luglio 2000, n. 212, d'ora innanzi “S.d.c.”), il cui comma 13 prevede che le condotte di abuso del diritto tributario non possano “*dare luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*”; cfr. *infra*, Cap III; sulla distinzione fra argomentazione e interpretazione (e sul dibattito relativo alla loro distinzione) si veda V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, p. 37 ss.

¹⁰ Così M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3/2016, p. 7.

¹¹ Cfr. P. ALDROVANDI, *Elusione fiscale e diritto penale nella giurisprudenza: l'eterogenesi dei fini del legislatore nel “diritto vivente” e la crisi del principio di legalità nel diritto penale postmoderno*, in *Ind. pen.*, 2018, p. 147; v. *infra*, Cap. III.

¹² Di recente evidenzia A. NISCO, *Profili teorici e sviluppi recenti del principio di determinatezza*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Incertezze interpretative e insidie del linguaggio giuridico. Rapporti con la pubblica amministrazione e codice dei contratti*, Bari, 2019, p. 66 s., che il principio di determinatezza è caratterizzato dall'uso fungibile dei vocaboli “determinatezza” e “tassatività”, anche se si potrebbe distinguere la “precisione”, intesa come l'obbligo di disciplinare precisamente il reato e le sanzioni, la “determinatezza”, ossia l'esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati processualmente, e la “tassatività”, come sinonimo del divieto di analogia; ritiene (polemicamente) chiuse le stagioni della determinatezza e della tassatività (a favore del “nuovo idolo” del diritto vivente) e descrive la nuova accezione della certezza del diritto come coincidente con la prevedibilità G. INSOLEIRA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, in part. p. 2001 ss.; si veda anche F. PALAZZO, *Legalità penale vs. legalità giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, in part. p. 984; anche ID., *Testo contestato e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 57; ID., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, in part. p. 163 ss.; A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018, p. 79 ss.; per la nota distinzione rispetto alla “precisione” G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 119 e 163; sull'equivalenza tra certezza del diritto e prevedibilità F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, Roma, 2016, p. 250; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, *passim*; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (ristampa riveduta a cura di S. Zorzetto),

implicare necessariamente, quale contropartita, l'idea dell'elusione¹³: i *calcolatori* del diritto – i “gentiluomini equivoci”, i privati cittadini che abbiano acquistato una profonda conoscenza del Diritto-Statale – sono i primi ad avvalersi del diritto alla “calcolabilità” della decisione giudiziale di cui parlava già Beccaria¹⁴.

Come suggerito anche dalla sempre più spiccata centralità del (tradizionalmente periferico) diritto penale tributario¹⁵, è pertanto parso necessario verificare se il suddetto risultato possa avere implicazioni sistematiche sul resto dell'ordinamento penale, in quanto utile a indicare il segno oltre il quale la norma incriminatrice non permetta più al suo destinatario di avere una percezione sufficientemente chiara e immediata del relativo valore precettivo¹⁶.

Si sono prese le mosse dal dato positivo che, al di là del diritto pena-

Torino, 2018, p. 81 ss.; su questi problemi v. anche *infra*, in part. Cap. II, § 5.; da ultimo, sul punto, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, in part. p. 634 ss.

¹³ Perché prevedibilità implica rigidità; cfr. F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, Bologna, 2000, p. 223, che fra i “costi” della prevedibilità annovera la riduzione della capacità di adattamento del sistema; “In che modo il ristoro della prevedibilità può convivere con senza sforzo con gli stimoli della possibilità? La risposta è ovvia questa convivenza è difficile, addirittura precaria”, così J. BRUNER, *La fabbrica*, cit., p. 67.

¹⁴ Cfr. H. KANTOROWICZ, *Der kampf um Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, p. 13 “Un cassiere sorpreso dal suo principale a studiare il codice penale ne perderebbe la fiducia. L'usuraio, il criminale all'«apprentissage» nelle aule giudiziarie, il giornalista-revolver, l'industriale senza capitali che svaligia gli azionisti accalappiati, il camorrista, conoscono bene le prescrizioni che li riguardano” (trad. it. *La lotta per la scienza del diritto*, a cura di R. Majetti, Milano-Palermo-Napoli, 1908, rist. Bologna, 1988, p. 76); il passo è riportato in C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., p. 161, nota 204, che efficacemente sintetizza il passaggio di Kantorowicz con “le persone perbene [...] hanno solo notizie frammentarie del diritto statale”. Il riferimento alla calcolabilità è invece “in positivo” in Beccaria e si ritrova nel § 4 de *Dei delitti e delle pene*, nel punto in cui si dice “Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto” (ed. Einaudi a cura di Franco Venturi, Milano, 1994, p. 17, si tratta del noto paragrafo sull'interpretazione che contiene la difesa del “sillogismo perfetto”); v. V. VELLUZZI, *La preziosa ingenuità: Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, p. 687 ss.; A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa “... esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto”*, in *Ind. pen.*, 2015, p. 569 ss.; A. MASSARO, *Determinatezza della norma e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, in part. p. 16 ss.

¹⁵ Cfr. F. CONSULICH, *La lunga marcia del diritto penale tributario, dalla periferia al centro del sistema penale*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 3477 ss.

¹⁶ Cfr., per questo obiettivo, sotteso al principio di determinatezza, Corte cost. n. 327/2008; n. 5/2004; n. 34/1995; n. 122/1993; n. 247/1989; in particolare nel senso che la distinzione fra il lecito e l'illecito sia al centro dell'indicazione normativa che si deve veicolare ai consociati Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282, in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 297 (richiamando la sent. n. 364/1988); v. anche ordd. n. 395/2005; n. 302/2004; n. 80/2004.

le tributario, ha restituito subito un quadro articolato: tanto l'abuso, quanto l'elusione, sono termini che esistono anche altrove nella legge e nel diritto penale¹⁷.

Il lavoro consta di due parti – la prima dedicata all'elusione e la seconda all'abuso – e di quattro capitoli: la progressione muove dal codice penale, per poi estendersi, nei due capitoli centrali, a settori ad esso estranei e farvi poi ritorno nell'ultimo capitolo.

Si è infatti deciso di iniziare l'analisi muovendo dal diritto penale positivo e, più in particolare, dall'osservazione della vita interpretativa delle fattispecie incriminatrici codicistiche che direttamente ricorrono al termine elusione¹⁸, onde saggiarne la consistenza applicativa e la vo-

¹⁷ Ci si riferisce quindi a un'esistenza "verbale", legata agli atteggiamenti (del legislatore) e degli interpreti; cfr. C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., p. 188; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 493, parla di un «mondo immaginario chiamato con un inavvertito ossimoro "realtà" giuridica»; sulla contrapposizioni fra astrattezza giuridica e concretezza storica si vedano le riflessioni iniziali di M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 6 ss.; un invito ad approfondire i rapporti fra abuso del diritto e diritto penale in G.M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, in *Giur. com.*, 2011, p. 465.

¹⁸ Indipendentemente dalla concreta rilevanza pratica di tali fattispecie; cfr. B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Studi Antolisei*, III, Milano, 1965, pp. 12 e 13: "[...] se c'è un ramo del diritto nel quale la considerazione del momento astratto ha un suo particolare e netto rilievo questo è il diritto penale, in quanto (a differenza degli altri rami del diritto, le cui norme, regolando rapporti normali della vita, sono, per ciò stesso, destinate di regola a mettersi in movimento) la funzione di tutela che gli è propria si realizza in modo perfetto col rimanere nella fase normativa, cioè di mera indicazione astratta dei fatti punibili, senza mai giungere al concreto della sua applicazione"; il reato considerato nella sua astrattezza e generalità può sussistere anche senza mai tradursi in un fatto reale [...]; si veda anche A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Milano, 1997, p. 38: "la funzione di tutela penale può, cioè, realizzarsi allo stadio di mera indicazione dei fatti punibili, senza giungere mai al concreto della sua applicazione". Sull'approccio metagiurisprudenziale cfr. T. GRECO, *Può esistere una metagiurisprudenza descrittiva?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 791 ss.; V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica*, cit., p. 13; M. JORI, *A partire da un libro di Aurelio Gentili, osservazioni su interpretazione, metagiurisprudenza, argomentazione come discorso e su quello che fanno o dovrebbero fare i giuristi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, p. 261; nella dottrina penalistica, F. RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, p. 110. L'approccio metagiurisprudenziale della presente analisi, infatti, impone di prendere atto dei casi in cui l'elusione o l'abuso del diritto assumano la forma di "meri" *obiter dicta*; cfr. C. SARRA, *L'imposizione nell'era della positività pluritipica: la giustizia tributaria e la Filosofia del diritto contemporanea*, in R. BORSARI (a cura di), *Problemi critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013, p. 407, nota 89, secondo cui si deve assumere che tutto quanto sia contenuto nella sentenza sia rilevante, anche gli *obiter dicta*, rispondendo a G. FALSITTA, *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 378-379; è stato sostenuto che i principi di diritto enucleati nel contesto delle pronunce sulla rilevanza penale dell'elusione fiscale fossero degli *obiter dicta*; cfr. D. STEVANA-