

INTRODUZIONE

PRESENTAZIONE DEL METODO DI INDAGINE

«No sane person should believe that something is ‘subjective’
merely because it cannot be settled beyond controversy».

Hilary Putnam, *The Many Faces of Realism*, 1987, p. 71.

Nella scrittura della norma penale, il problema di fondo con cui il legislatore è chiamato a confrontarsi consiste nella formulazione di una *fattispecie capace di esprimere un Tipo criminoso omogeneo*¹, ossia, come da tempo chiarito in dottrina², un nucleo di disvalore che consenta di distinguere le azioni espressive del *Fatto tipico* da quelle che non lo sono.

¹ Sulla necessaria distinzione concettuale tra fattispecie e Tipo, v. G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, p. 91 ss., il quale rileva che, solitamente, per Tipo criminoso si intende il fatto di reato, ossia il modello di comportamento vietato ricavabile nei limiti dell'interpretazione letterale della disposizione incriminatrice, facendo così coincidere “tipo criminoso” e “fattispecie penale”, mentre solo pochi giuristi avvertono che intendere la fattispecie come tipo è ben diverso che intenderla alla maniera tradizionale, come concetto astratto. Nella presente trattazione si prende come riferimento l'impostazione di W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, trad. it. *Fattispecie e tipo: Indagini sull'ermeneutica penalistica*, E.S.I., Napoli, 2007, p. 183 s., con introduzione di G. CARLIZZI, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, spec. v. p. 27: l'A. individua nel tipo lo strumento di intermediazione tra fattispecie e fatto. Premesso che il linguaggio fornisce una determinata delimitazione della realtà, il tipo è la “designazione”, da parte della fattispecie, dei fatti da essa regolati. In questo senso, la verifica di corrispondenza tra una certa fattispecie e un certo fatto diventa possibile intendendo la prima come *selettiva* di un certo tipo di realtà e il secondo sua possibile “concrezione”. Cfr. *infra*, Cap. I, § 2.

² Sul Tipo criminoso nella dottrina penalistica italiana, per tutti, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Cedam, Padova, 1979 spec. pp. 279 ss. e 339 ss.; ID., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 231 ss.; ID., *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Utet, Torino, 1993, p. 346 ss.; ID., *Diritto penale*, spec. VII ed., 2018, p. 59 ss.; ID., *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2013, p. 178 ss.

A fronte di una tematica così ampia e complessa, la presente ricerca ha inteso soffermare l'attenzione sulle interazioni tra fattispecie e Tipo in presenza di condotte criminali, o – per meglio dire – *situazioni* criminali, rispetto alle quali il contesto assume un valore *strutturalmente* ‘costitutivo’, svolgendo un ruolo determinante non solo sotto il profilo *identificativo*, ossia al fine di ricondurre il fatto concreto alla fattispecie astratta, ma anche sotto il profilo *valoriale*, in quanto solo il confronto con il contesto consente di apprezzare il disvalore complessivo del fatto.

L'obiettivo che ci si pone è, a partire da un metodo induttivo, analizzare e ricondurre a sistema il disvalore di contesto³, come nuovo nucleo di *disvalore orientato sul Fatto*: [ds(Cs)]⁴.

L'indagine si articola in quattro capitoli, cui seguono alcune considerazioni conclusive.

Nel primo capitolo si tematizza il dibattito sul modello penale di scrittura della norma ‘tra fattispecie e Tipo’, evidenziando come la reciproca influenza tra testo e contesto nel processo ermeneutico non sia solo inevitabile ma anche – tendenzialmente – *fisiologica* nel corso del tempo⁵, qualunque sia il materiale linguistico utilizzato dal legislatore.

³Sul valore del contesto nella definizione del reato, in riferimento alla fattispecie di sfruttamento lavorativo, v. A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 3, 2018; ID., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, 1, 2019; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2019. Sul rapporto sussidiario tra disvalore di contesto e disvalore di condotta nella fattispecie di manipolazione del mercato mediante altri artifici, v. F. CONSULICH, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2024, p. 38 ss. e già ID., *La giustizia e il mercato, Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffrè, Milano, 2010 p. 282 ss. Sul contesto come elemento costitutivo *implicito* del tipo nel delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, v. S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Cedam, Padova, 2019, pp. 217 ss., 297 ss. Più in generale, sul ruolo giocato dagli elementi di contesto, tali da assumere un significato *decisivo* (sebbene *implicito*) per connotare l'ambito dei fenomeni rilevanti per la fattispecie, v. G. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 210.

⁴In base alla nota categorizzazione di C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano: lezioni del Corso di Diritto penale progredito* (a cura di C. Perini-F. Consulich), Milano, 2006, spec. p. 53 ss. e di recente ID. (a cura di), *Il sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 65, i ‘nuclei di disvalore’ *orientati sul Fatto* sono: (1) il *disvalore d'evento*, indicato come ds(E); (2) il *disvalore di condotta*, indicato come ds(C); (3) il *disvalore d'intenzione*, indicato come ds(I).

⁵Sul tema si rinvia alle riflessioni di L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 3, 1998, p. 636 ss., ma v. anche di recente M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2016, p. 7 ss., v. *infra*, Cap. I, § 3.

Dalle interazioni fisiologiche occorre però distinguere le interazioni *patologiche* che si manifestano sempre più di frequente nella prassi, laddove l'interprete esercita un vero e proprio potere di *risemantizzazione*⁶ dei termini contenuti nella norma, elaborando un Tipo criminoso giurisprudenziale che si discosta da quello legale⁷.

Una volta dato per acquisito che il dialogo tra testo e contesto è inevitabile e finanche fisiologico, allorché però il contesto prende addirittura il sopravvento sul testo occorre chiedersi se ciò avvenga per una forma di prevaricazione sociale e politica del formante giurisprudenziale (e, talvolta, dottrinale) oppure se le ragioni siano da ricercare, come si intende dimostrare, in una *intrinseca* povertà espressiva – descrittiva e assiologica – della fattispecie⁸.

Nel secondo capitolo, l'obiettivo è dunque quello di mettere in luce l'ineadeguatezza del modello tradizionale di fattispecie 'astratta' e 'statica', laddove il disvalore del fatto emerga solo *ex post*, attraverso il contesto. A tal fine, si analizzano alcuni casi di studio in cui la giurisprudenza ha elaborato un complesso di *indicatori*⁹, i c.d. *indici*, ossia circostanze di fatto

⁶ Sul punto M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali IX*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 378 ss.; G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1462 ss., per un approfondimento v. *infra*, Cap. I, § 4.

⁷ Cfr. R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. pen.*, 3 maggio 2020, per la distinzione tra tipo criminoso legale e tipo criminoso giurisprudenziale, spec. p. 157.

⁸ Sul tema F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 515-538.

⁹ Si tratta di un termine di per sé molto vago, che si riferisce a un'ampia gamma di tecniche quantitative e qualitative per 'ordinare la conoscenza'. Secondo la definizione standard di 'indicatore' accreditata nelle scienze sociali, si intende con tale espressione "la raccolta di dati organizzati in una classifica che si proponga di rappresentare le prestazioni passate o future di diverse unità". In particolare, nel 'campo' della *governance globale*, gli indicatori creano e definiscono i fenomeni sociali dando loro un nome e associandoli ai dati. I dati sono generati attraverso un processo che semplifica informazioni grezze riguardanti un fenomeno sociale complesso e, in questa loro forma semplificata e processata, sono suscettibili di essere usati per comparare particolari unità di analisi (come paesi, istituzioni o imprese), in chiave sincronica o diacronica, e per valutarne le *performance* con riferimento a uno o a più standard, così K.E. DAVIS-B. KINGSBURY-S.E. MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, in K.E. Davis and others (ed.), *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford Academic, Oxford, 2012, p. 6 ss.; S.E. MERRY, *Seductions of Quantification. Measuring human rights, gender violence, and sex trafficking*, The University of Chicago Press, Chicago, 2016, p. 12. Cfr. sul tema anche A.J. ROSGA-M.L. SATTERTHWAIT, *The trust in indicators: Measuring human rights*, in *Berkeley Journal of International Law* (BJIL), vol. 27, 2, 2009, p. 253 ss.; D. NELKEN, *The changing roles of social indicators: from explanation to governance* in P. Alldridge-L.

riconducibili a elementi oggettivi o soggettivi del tipo, che assumono rilevanza nel processo come materiale probatorio e/o massime di esperienza. Seppure gli indici vengano intesi come “ausili interpretativi” nel processo di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, a fronte di una *carezza di tipicità* del tipo legale e alla relativa indeterminatezza dell’oggetto di prova il contesto è in grado di manipolare e (ri-)determinare *ex post* il Tipo criminoso dando luogo al fenomeno della c.d. “processualizzazione del fatto tipico”. Con questa espressione si intende fare riferimento alla co-gestione della tipicità ad opera del formante giurisprudenziale, che modella il tipo legale sulla base delle precomprensioni socio-criminologiche e delle prove disponibili nel processo.

A riprova di una simile tendenza, i casi selezionati valgono a dimostrare come, a certe condizioni, gli indici non si limitino a svolgere una funzione di orientamento probatorio, ma assumano una funzione di fatto ‘costitutiva’. Il rischio sotteso a tale prassi è che la determinazione dei tratti di tipicità si sviluppi *caso per caso* in modo imprevedibile¹⁰, con evidente violazione del principio di legalità costituzionale e convenzionale.

Così il *Tatbestand*, pietra angolare del sistema penale continentale, nonché il paradigma della fattispecie ‘astratta’ e ‘statica’, intesa come elemento di massima caratterizzazione del sistema penale rispetto ad altri sistemi, entrano in crisi¹¹. Di conseguenza, si mette in discussione anche il rapporto tra

Cheliotis-V. Mitsilegas (ed.), *Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice: Theoretical, Comparative and Transnational Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 25 ss.; ID., *From pains-taking to pains-giving comparisons*, in *International J. of Law in Context*, 12, 2016, p. 390 ss.; D. NELKEN-M. SIEMS, *Global Social Indicators: Constructing Transnational Legitimacy*, in *International J. of Law in Context*, 3, 2017, p. 434 ss.; M. INFANTINO, *Global Indicators*, in S. Cassese (a cura di), *Research Handbook on Global Administrative Law*, EE, Cheltenham 2016, p. 347 ss.; ID., *Measuring (the Effects of) Measurements: Four Global Legal Indicators in Italy*, in *ItaLJ*, 2, 2020, p. 432 ss.

¹⁰ Il tema, su cui ritorneremo, *infra*, Cap. II, § 5., è stato sviluppato in riferimento a diversi ambiti dell’ordinamento penale, cfr. per una prospettiva generale T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 539, là dove osserva che: «quando l’oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l’oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all’esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono». Nello stesso senso, successivamente, A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 846 ss.

¹¹ In questi termini C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014, p. 1099.

fattispecie e *Tipo*¹² che ha sempre orientato il giurista di *civil law* e che permette la distinzione tra creazione e interpretazione del diritto.

Nel terzo capitolo, muovendo dalla 'prammatica' alla 'paradigmatica' del disvalore di contesto¹³, si intende ricercare a livello semantico il minimo comune denominatore tra i casi di studio esaminati, prendendo in prestito la categoria logico-filosofica, nota all'epistemologia generale, dei c.d. concetti disposizionali (*Dispositionsbegriff*)¹⁴. Si tratta di concetti non definibili *ontologicamente*, ma riconoscibili solo mediante indicatori esterni, che, a certe condizioni, possono svolgere una funzione tipizzante, per così dire, *integrativa*.

Come 'banco di prova' della doppia funzione, non solo *probatoria*, ma anche *costitutiva* che possono assumere gli indicatori nel diritto penale, si richiama l'istituto del dolo, rispetto al quale è stato

¹² W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, trad. it. *Fattispecie e tipo*, cit., con introduzione di G. Carlizzi, cit., spec. v. p. 23 e nota 81: secondo l'A. l'unità linguistica elementare, il *termine*, è legata *funzionalmente* a una serie di figure, che condizionano la possibilità di comprensione del termine nello stesso modo in cui esso influisce sulla loro possibile definizione. Donde la configurabilità di precise strutture funzionali, tra i cui elementi si attua una *reciproca codeterminazione di senso*. Ovviamente questa stessa funzionalità è riscontrabile in ambito penalistico.

¹³ In filosofia della scienza, un paradigma è un modello di riferimento universalmente riconosciuto che guida la ricerca scientifica in una certa area. È un complesso di principi, metodi e modelli teorici che la comunità scientifica accetta come base per le sue attività di ricerca. Secondo Kuhn, si innesca un cambio di paradigma quando: (a) vi è la percezione e la presa di coscienza che vi sono rompicapo irrisolti (anomalie) e (b) un'alternativa che spiega tali anomalie. Cfr. T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it. Einaudi, Torino, 1962, pp. 29-30 e 44.

¹⁴ Per un approfondimento del tema nell'epistemologia generale U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze, Torino, 1959 che importa tale nozione dalla filosofia della scienza di Carnap e di Hempel; in ambito penale v. K. VOLK, *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi, dattiloscritto presentato all'Associazione F. Bricola*, 2000, poi in lingua ted. K. VOLK, *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, in C. Canaris (ed.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Beck, München, 2000, p. 742 ss. La tesi è riferita puntualmente da G. DEMURO, *Il dolo*, vol. II, *L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 34 ss. Sul tema v. anche W. HASSEMER, *Kennzeichen des Vorsatzes*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, pp. 289-309, trad. it. *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 3, 1991, p. 497 ss.; ID., *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik*, in *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, Erster Teilband, Frankfurt a.M., 1980, pp. 229 ss. in particolare p. 243 ss. La più ampia introduzione al tema dei concetti disposizionali in ambito penalistico rimane quella di C. MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1998, 77 ss., p. 154 ss.

tradizionalmente approfondito il c.d. modello a due livelli (*Zwei Stufe Modell*)¹⁵ sulla struttura dei concetti disposizionali, funzionale ad associare concetti teorici a concetti osservabili attraverso definizioni ‘operazionali’ scomponibili in indicatori misurabili e osservabili (*operationale Definitionen*)¹⁶.

Considerate le peculiarità strutturali dei concetti disposizionali dal punto di vista epistemologico, l’analisi prosegue interrogandosi sulla loro collocazione nell’ambito del materiale linguistico della fattispecie penale alla stregua della tradizionale dicotomia tra elementi *descrittivi* ed elementi *normativi*; qui, nondimeno, emerge la necessità di una loro autonoma classificazione, che troverebbe riscontro nella categoria ibrida degli elementi valutativi (*Wertbegriffe*) intesi come *tertium genus*¹⁷.

Assunta tale prospettiva, nel quarto capitolo si esamineranno alcuni modelli legislativi adottati in ambito nazionale, internazionale ed europeo che sembrano rispondere alla *ratio* delle definizioni ‘operazionali’, al fine di tracciare, in prospettiva ‘sistemica’, i *lineamenti paradigmatici* del disvalore di contesto nella formulazione del reato, vagliando le potenzialità, i limiti e la legittimità di una tecnica legislativa che si avvalga di *indici di tipicità*.

In ultima analisi, l’intento che ci si propone di perseguire è quello di sistematizzare sul piano dogmatico e promuovere sul piano della politica criminale la formalizzazione di nuovi strumenti funzionali al consolidamento di un modello *dinamico e integrato* di costruzione della norma

¹⁵ Su cui v. K. VOLK, *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi*, cit., ma anche ID., *Dolus ex re*, in ID., *Sistema penale e criminalità economica di Klaus Volk*, trad. it. a cura di G. De Simone, E.S.I., Napoli, 1998, p. 107 ss.

¹⁶ L’*operazionalizzazione* è una metodologia che consente di concretizzare dei concetti complessi attraverso l’uso di indicatori al fine di poterli associare a caratteristiche osservabili. Le sue origini risalgono all’operazionismo, teoria elaborata dal fisico statunitense Percy Williams Bridgman (1882-1961) riguardante la definizione dei concetti scientifici mediante le operazioni che conducono alla loro definizione. Bridgman, muovendo da esigenze interne all’ambito della ricerca scientifica (nel campo della fisica), ha cercato di formulare regole per la chiarificazione e la definizione dei concetti usati, tali da ottenere un’assoluta univocità di significato. Le “definizioni operative” o operazionali (*operationale Definitionen*) sono quindi definizioni *parziali* che si riferiscono all’esecuzione di un test e all’osservazione del suo risultato, cfr., in questi termini, C. MYLONOPOULOS, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, in *Yperaspisi*, 1993, p. 243 ss., § 1, v. *infra*, Cap. III, § 2.

¹⁷ Sulla distinzione elementi descrittivi *vs* elementi normativi, considerando gli elementi valutativi (*Wertbegriffe*) come *tertium genus*, cfr. L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 4 ss., v. *infra*, Cap. III, § 5.

incriminatrice, che possa costituire un reale orientamento *ex ante* per l'interprete, nell'ottica di limitare le distorsioni dell'interazione tra testo e contesto, incompatibili con i fondamenti garantistici del sistema penale.