UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"

43

FRANCESCA VITARELLI

IL DISVALORE PENALE TRA TESTO E CONTESTO

Prolegomeni per una formalizzazione degli 'indici di tipicità'

G. Giappichelli Editore

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”
43

Comitato di direzione

Direttore:
Prof.ssa Daniela Milani
(Ordinario di Diritto e Religione)

Coordinatore:
Prof. Alessandro Boscati
(Ordinario di Diritto del lavoro)

Componenti:
Prof. Ennio Amodio
(Emerito di Diritto Processuale penale)
Prof. Fabio Basile
(Ordinario di Diritto penale)
Prof. Paolo Di Lucia
(Ordinario di Filosofia del diritto)
Prof. Emilio Dolcini
(Emerito di Diritto penale)
Prof. Vincenzo Ferrari
(Emerito di Filosofia del diritto)
Prof. Gian Luigi Gatta
(Ordinario di Diritto penale)
Prof. Mario Jori
(Emerito di Filosofia del diritto)
Prof. Claudio Luzzati
(Emerito di Filosofia del diritto)
Prof. Luca Micheletto
(Ordinario di Economia politica)
Prof. Carlo Enrico Paliero
(Emerito di Diritto penale)
Prof. Jlia Pasquali Cerioli
(Ordinario di Diritto e Religione)
Prof. Mario Pisani
(Emerito di Diritto Processuale penale)
Prof. Gaetano Ragucci
(Ordinario di Diritto tributario)
Prof. Matteo Rescigno
(Ordinario di Diritto commerciale)
Prof.ssa Daniela Vigoni
(Ordinario di Diritto Processuale penale)

FRANCESCA VITARELLI

IL DISVALORE PENALE TRA TESTO E CONTESTO

Prolegomeni per una formalizzazione degli 'indici di tipicità'

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2025 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 979-12-211-1524-6
ISBN/EAN 979-12-211-8189-0 (ebook)

*L'opera è stata sottoposta a procedura di revisione tra pari (*peer review*) conformemente al regolamento della Collana.*

Volume pubblicato con fondo Unico Dipartimentale - Assegnazione 2025 - Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", codice F_DOTAZIONE_2025_DIP_004.

G. Giappichelli Editore

Questo libro è stato stampato su carta certificata, riciclabile al 100%

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

«There are more things in heaven and earth, Horatio,
Than are dreamt of in your philosophy».
William Shakespeare, *Hamlet*, 1.5. 165-166.

Alla mia famiglia,
ché il passato e il presente sono un unico prezioso tempo.

Ai Maestri che ho incontrato lungo il percorso di vita e di studio
tra Pisa, Milano e Roma,
a cui andrà sempre la mia profonda gratitudine
per l'arricchimento scientifico e umano.

Sono particolarmente grata al Prof. Carlo Enrico Paliero,
guida insostituibile e paziente nell'elaborazione di questo lavoro,
per la fiducia che ha riposto in me.

INDICE

pag.

Introduzione. Presentazione del metodo di indagine 1

CAPITOLO I
TESTO E CONTESTO TRA FISIOLOGIA E PATOLOGIA DEL SISTEMA PENALE: È ANCORA POSSIBILE PENSARE 'PER TIPI'?

1. La capacità espressiva del linguaggio: non c'è testo senza contesto? 9
2. Il modello penale scrittura della norma 'tra fattispecie e Tipo' 16
3. Le interazioni fisiologiche tra testo e contesto 27
4. Quando il contesto prende il sopravvento sul testo 43
5. Tra testo e contesto. Chi stabilisce il confine? 54
6. *Focus* dell'indagine: il valore strutturalmente 'costitutivo' del contesto 62

CAPITOLO II
L'AMBIVALENZA DEL DATO CONTESTUALE TRA TIPICITÀ E PROVA: CASI DI STUDIO DALLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE

1. Premessa metodologica sull'indagine casistica 67
2. Primo caso di studio. La bancarotta fraudolenta patrimoniale 69
   - 2.1. La (ri-)costruzione processuale della bancarotta prefallimentare per distrazione 74
   - 2.2. L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di fraudolenza" 79
   - 2.3. Massime di esperienza e definizione del Tipo criminoso 83

pag.

3. Secondo caso di studio. La manipolazione del mercato 85
3.1. La (ri-)costruzione processuale della manipolazione operativa tramite "altri artifizi" 92
3.2. L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di manipolazione" 94
3.3. Fonti regolative e definizione del Tipo criminoso 98
4. Terzo caso di studio. L'associazione di tipo mafioso 101
4.1. La (ri-)costruzione processuale della partecipazione associativa 104
4.2. La (ri-)costruzione processuale del metodo mafioso 110
4.2.1. La forza di intimidazione e l'assoggettamento e l'omertà "che ne deriva" 111
4.2.2. Le finalità dell'associazione e la centralità del metodo mafioso 115
4.2.3. Il concetto giuridico autonomo di mafia e le persistenti aporie interpretative 117
4.3. L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di mafiosità" 122
4.3.1. La nozione di metodo mafioso 123
4.3.2. La nozione di partecipazione associativa 127
4.3.3. Segue. Gli "indici di mafiosità" tra tipicità e prova 130
4.4. Pregiudiziali socio-criminologiche e definizione del Tipo criminoso 132
5. L'esito dell'analisi dei casi di studio: un primo bilancio 136

CAPITOLO III
IL VALORE STRUTTURALMENTE COSTITUTIVO DEL CONTESTO: DALLA 'PRAMMATICA' ALLA 'PARADIGMATICA'

1. Il 'fulcro' del problema: indici giurisprudenziali e struttura dei concetti di riferimento 141
2. Il 'minimo comune denominatore' in chiave epistemologica: i concetti disposizionali 147
3. Il dato contestuale tra tipicità e prova: il banco di prova del dolo come *Dispositionsbegriff* 153
3.1. L'accertamento del dolo tramite indicatori 156
3.2. La definizione del dolo tramite indicatori 163

pag.

3.3. La *Zwei-Stufen Modell theorie*: gli indicatori del dolo tra definizione e accertamento 166
4. Dalla 'prammatica' alla 'paradigmatica' del disvalore di contesto 170
5. L'inquadramento dei concetti disposizionali nell'autonoma categoria dei *Wertbegriffe* 173
6. Un nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto: [ds(Cs)] 177

CAPITOLO IV
DISVALORE DI CONTESTO E FORMULAZIONE DEL REATO: 'APPUNTI' E 'SPUNTI' DI TECNICA LEGISLATIVA

1. Dalle definizioni 'ontologiche' alle definizioni 'operazionali'? 183
2. Sulle 'tracce' del disvalore di contesto nella tecnica legislativa nazionale, internazionale ed europea 187
2.1. Gli "indici di riconoscimento" delle condizioni di sfruttamento lavorativo 187
2.2. I "fattori" di limitazione del tipo colposo in ambito sanitario 199
2.3. Le "soglie di punibilità qualitative" nella direttiva UE sui delitti ambientali 209
2.4. Gli "*Elements of Crimes*" allegati allo Statuto di Roma 212
3. Lo statuto teorico del disvalore di contesto nella formulazione del reato 221
3.1. La natura sostanziale o processuale degli indici di tipicità 224
3.2. L'elencazione esemplificativa o tassativa degli indici di tipicità 227
3.3. Il '*quantum*' di indici necessario per integrare il concetto di riferimento 230
3.4. La tipizzazione del disvalore di contesto: lineamenti paradigmatici 234
4. Per una formalizzazione degli indici di tipicità: note di metodo 236
5. Le definizioni 'operazionali' nella cornice costituzionale 245

Considerazioni conclusive. Verso un modello di tipicità 'dinamica' e 'integrata'? 257

Riferimenti bibliografici 275

Indice della giurisprudenza e dei documenti 309

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 dottrina [2], 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 *selettrice* 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., T*ecnica 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 contesto [3], 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 tempo [5], qualunque sia il materiale linguistico utilizzato dal legislatore.

---

[3] Sul 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.

[4] In 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).

[5] Sul 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 legale[7].

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 fattispecie[8].

Nel secondo capitolo, l'obiettivo è dunque quello di mettere in luce l'inadeguatezza 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. Satterthwaite, *The trust in indicators: Measuring human rights*, in *Berkley 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 *carenza 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 imprevedibile [10], 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 crisi [11]. 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 contesto [13], 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.

CAPITOLO I

TESTO E CONTESTO TRA FISIOLOGIA E PATOLOGIA DEL SISTEMA PENALE: È ANCORA POSSIBILE PENSARE 'PER TIPI'?

SOMMARIO: 1. La capacità espressiva del linguaggio: non c'è testo senza contesto? – 2. Il modello penale scrittura della norma 'tra fattispecie e Tipo'. – 3. Le interazioni fisiologiche tra testo e contesto. – 4. Quando il contesto prende il sopravvento sul testo. – 5. Tra testo e contesto. Chi stabilisce il confine?. – 6. *Focus* dell'indagine: il valore strutturalmente 'costitutivo' del contesto.

1. *La capacità espressiva del linguaggio: non c'è testo senza contesto?*

Per ricollegarsi al dibattito sulla tecnica di scrittura della norma penale non si può prescindere dal problema epistemologico di fondo con cui sono stati chiamati da sempre a confrontarsi scienziati, filosofi e giuristi [1]: l'*eterna*

[1] Sulla concezione epistemologica dell'interpretazione, v. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955, I ed., pp. 73-74 e spec. p. 102, impegnato nella ricerca di una "relativa oggettività" dell'intendere, diversamente dalla filosofia esistenzialista, con cui entra in dialettica. Su quest'ultima impostazione, v. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, p. 246 ss., trad. it. di G. VATTIMO, *Verità e metodo*, Fabbri, Milano, 1972, p. 307 ss., il quale, di contro, mette in discussione il fatto che le scienze dello spirito possano competere con le scienze della natura utilizzando una metodologia loro propria, spingendosi piuttosto oltre la ricerca epistemologica per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere". In questo senso, secondo Gadamer, le condizioni di possibilità del comprendere non sono riconducibili tutte nell'ambito di un procedimento o di un metodo, ma includono il dato esistenziale costituito dalla "precomprensione" che accompagna l'interprete e che precede l'interpretazione; quest'ultima non va intesa come un concetto metodologico, ma un concetto descrittivo di un dato fenomenologico, di cui occorre tenere conto per acquisire tecniche funzionali al controllo razionale della stessa. Per Betti si tratta di un "soggettivismo esasperato", che conduce ad una perdita irreparabile dell'oggettività. Cfr. sul punto la ricostruzione di L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini*, 7, 1958, p. 125 ss. e *ivi* i riferimenti a P. RICOEUR, *Ermeneutica filosofica ed ermeneutica biblica*, trad. it., Paideia, Brescia, 1977, p. 31 ss.

difficoltà che caratterizza la capacità espressiva del linguaggio [2], che per i giuristi si declina nel rapporto tra i segni linguistici utilizzati nel testo di legge e il contesto applicativo [3].

Come noto, la disposizione normativa è un'espressione linguistica di senso compiuto [4] che dal punto di vista semantico contiene una componente precettiva e una componente descrittiva; attraverso quest'ultima, la norma *dovrebbe* indicare in modo inequivoco quali siano i comportamenti vietati e quelli permessi (o, addirittura, comandati) [5].

---

[2] Sulla giurisprudenza come "scienza" dell'analisi del linguaggio si rimanda alle riflessioni di N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1950, p. 342 ss., spec. p. 355 «che altro è, infatti, l'interpretazione della legge se non l'analisi del linguaggio del legislatore, cioè di quel linguaggio in cui vengono espresse le regole giuridiche? Ma allora, stando così le cose, se l'analisi del linguaggio giuridico e l'interpretazione giuridica sono tutt'uno, e se l'analisi del linguaggio è l 'operazione propriamente scientifica del giurista, si dovrà concludere che il giurista, proprio in quanto giurista nel senso tradizionale della parola, cioè in quanto interprete delle leggi, costruisce la scienza del diritto». Come rilevato da F. Viola, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 76, Bobbio è ben lontano dal ridurre la giurisprudenza ad una scienza logico-formale unicamente intenta alla derivazione delle proposizioni: «comprendere non si può senza aver ritrovato dietro *il segno la cosa significata*». Nondimeno, secondo l'A., non è per il suo rapporto con la realtà empirica (o sociale) che la giurisprudenza è una scienza, ma per il rigore del suo linguaggio.

[3] Sul rapporto tra testo e contesto nel diritto penale, in particolare, 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, p. 515 ss.

[4] La disposizione normativa contiene un "significato-proposizione", secondo la definizione di G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 169, in opposizione alla mera sommatoria dei significati di ciascuna delle parole atomisticamente considerate, che è chiamato "significato enunciativo". Si rinvia come principale riferimento sul tema a V. Crisafulli, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195 ss.

[5] In questi termini U. Scarpelli, *La definizione del diritto*, in Id., *Diritto e Analisi del Linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, p. 187, richiamando "*Dei delitti e delle pene*" di Cesare Beccaria; Id., *Semantica giuridica*, in *Nov. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 983 ss., spec. p. 986, il quale riporta anche le tesi più risalenti di chi ritiene che unica funzione del linguaggio sia quella descrittiva. In termini simili, G. Tarello, *Diritto e Analisi del linguaggio*, cit., p. 331, parla di enunciati assertivi; v. anche L. Ferrajoli, *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1967, p. 515 ss. D'altra parte, F. Ramacci, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 31, acutamente osserva che nella proposizione normativa penale vi è: (a) un enunciato semantico descrittivo (la descrizione della fattispecie, es.: "chiunque cagiona la morte di un uomo") che ha al contempo funzione precettiva per il consociato – che, attraverso la sanzione, percepisce la fattispecie come obbligo (*i.e.* non cagionare la morte di un uomo) – e informativa per il giudice – chiamato a verificare se nel concreto la fattispecie si sia verificata o meno; (b) un enunciato semantico sempre descrittivo (la sanzione, es. "sarà punito con la

Già Cesare Beccaria, criticando la "grandissima oscurità" dei testi normativi del suo tempo, si prefiggeva la realizzazione di tale obiettivo attraverso leggi chiare, precise e univoche [6]: una soluzione, in quel contesto storico, coerente con il modello illuminista, che concepiva i giudici come "bocca della legge" e il giudizio come mero accertamento di quanto espresso dalla stessa [7].

Nondimeno, la complessità delle società moderne ha messo in crisi i processi conoscitivi, richiamando l'attenzione degli studiosi – filosofi, scienziati, giuristi – sul tema della "*inoggettività*" [8] del processo ermeneutico, da cui deriva la difficoltà di definirne i caratteri come processo scientifico [9].

È ormai comune acquisizione che l'attività interpretativa non si limiti a identificare il contenuto espresso dal testo di legge, ma contribuisca all'attribuzione allo stesso di un significato [10], in base al "gioco interattivo e

---

reclusione") che ha funzione informativa per il consociato – il quale con la sanzione sa semplicemente che dalla condotta deriva la sanzione – e precettiva per il giudice – il quale sarà obbligato invece a comminarla. L'enunciato normativo, pur avendo funzione precettiva, sarebbe quindi composto da enunciati descrittivi dal punto di vista semantico. Vedi, diversamente, N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 177– 217, secondo cui nell'enunciato normativo penale si distingue un enunciato precettivo per il cittadino (precetto), l'altro per il giudice (sanzione).

[6] Si rimanda alle riflessioni di U. Scarpelli, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 5 ss.

[7] Cfr. L. Ferrajoli, *La giurisdizione*, *le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in G. Chiodi-D. Pulitanò (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 21-22.

[8] Così F. Palazzo, *Testo*, *contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 517;

[9] Sul punto v. la dialettica tra Emilio Betti e Hans George Gadamer riportata in E. Betti, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, trad. it. di O. Nobile Ventura-G. Crifò-G. Mura, Città Nuova, Roma, 1990, che si sente d'imputare a Gadamer di permettere «invero un'intesa tra testo [*interpretandum* in generale] e lettore» (*ivi*, p. 90) ma di non garantire «in nessun modo l'esattezza dell'intendere; per questo, infatti, occorrerebbe che la comprensione raggiunta corrispondesse in modo pienamente adeguato al significato oggettivo del testo quale oggettivazione dello spirito» (*ivi*, p. 92). Vedi anche E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 73-74, spec. p. 102. Sul tema F. Bianco, *Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere – Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti*, in *Quaderni fiorentini*, VII, 1978, p. 24, secondo cui l'interpretazione per Betti si colloca nello spazio tra oggettività ideale dei valori e necessaria concretizzazione che di essa il singolo è chiamato di volta in volta a fornire, su cui v. anche *supra*, nota 1.

[10] Sul tema, nell'ambito della filosofia analitica del linguaggio, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011; F. Poggi, *Contesto e significato letterale*, in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 169 ss., secondo la quale quando il significato di un'enunciazione è univoco ciò è dovuto (spesso, se non sempre) a fattori contestuali (*ivi,* p. 188). Ma v. anche, nell'ambito dell'ermeneutica del linguaggio, le riflessioni di L. Mengoni, *Diritto e tempo*, cit., p. 638, secondo cui varianti contestuali attribuiscono al testo un significato adeguato al caso concreto, tipologicamente ricostruito dall'interprete selezionando i dati fattuali del contesto. La comprensione del significato normativo può essere compresa solo in relazione alle circostanze del caso, cioè al suo contesto. Cfr. anche *infra,* nota 18.

dinamico" [11] tra testo e contesto. Del resto, come già rilevava Wittgenstein, la capacità performativa di una frase non dipende soltanto dalle parole usate, bensì dal contesto di circostanze in cui essa è pronunciata e dall'intenzione del pronunciante: «Il significato della parola circonda il funzionamento del linguaggio di una caligine, che rende impossibile una visione chiara. La nebbia si dissipa quando studiamo i fenomeni del linguaggio nei modi primitivi del suo impiego, nei quali si può avere una visione chiara e completa dello scopo e del funzionamento delle parole» [12].

Non si può dunque ignorare la rilevanza del contesto applicativo nel processo interpretativo, giacché l'intenzione delle parole e delle proposizioni si desume proprio dal modo in cui le parole comunemente vengono utilizzate; peraltro, la considerazione del contesto sociale funzionalizza l'uso e quindi l'interpretazione delle parole agli "effetti sociali prevedibili", delineando – per usare le parole di Esser – un orizzonte di attesa [13].

Tale concezione è stata sviluppata in ambito epistemologico da Putnam [14], noto per aver proposto il cosiddetto *esternalismo semantico* o "teoria causale del riferimento", in base alla quale il mondo esterno gioca un ruolo cruciale nel fissare i riferimenti delle nostre espressioni linguistiche. In particolare, la proposta di Putnam è di definire il significato non scegliendo un

---

[11] Nella riflessione penalistica, in questi termini, O. Di Giovine, *Considerazioni su interpretazione*, *retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2009, pp. 93-142, spec. p. 122; cfr. anche F. Palazzo, *Testo*, *contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 517 ss.

[12] Così L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, 1999, § 5, citato da O. Di Giovine, *Considerazioni su interpretazione*, *retorica e deontologia in diritto penale*, cit., p. 120.

[13] Sulla metodologia ermeneutica nella giurisprudenza, Esser osserva che «le aspettative non del singolo che cerca il diritto, ma anche di altri, potenzialmente coinvolti in interessi già riconosciuti in altro modo, nella loro condizione di conflitto con le contrastanti aspettative, formano un "orizzonte di attesa" attorno a chi applica il diritto, dal quale egli non può uscire», così J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), E.S.I., Napoli, 1983, p. 136. Di conseguenza, «per chi applica il diritto non costituisce affatto una situazione-limite, ma una situazione normale quella di indirizzare la sua scelta del metodo in base ad un controllo sulla giustezza del risultato, sotto l'aspetto dell'accettabilità in un dato ordine sociale» (*ivi*, p. 122).

[14] Cfr. H. Putnam, *The Meaning of 'Meaning'*, in *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 7, 1975, pp. 131-193, trad. it. in *Mente*, *linguaggio e realtà*, Adephi, Milano 1987, p. 239 ss. Mentre quasi tutti i filosofi tradizionali pensavano ai concetti come 'qualcosa di mentale', secondo Putnam la descrizione tipica consiste in uno o più indicatori: «a fissare l'estensione di un termine non è un concetto che il singolo parlante ha in testa (…) si perché l'estensione è, in generale, determinata socialmente (…) sia perché l'estensione è in parte determinata *indicialmente*» (*ivi*, p. 269, corsivo aggiunto). La teoria semantica tradizionale trascura questi due aspetti, v. nota successiva.

oggetto da identificare con lo stesso [15] ma specificando una "forma normale del significato", composta da una sequenza di indicatori tratti anche dal contesto (ma su questo punto ritorneremo) [16].

Ciò che in via preliminare si intende sottolineare è che la rilevanza del contesto nell'interpretazione della norma giuridica [17] è riconosciuta sia dalla filosofia analitica sia dall'ermeneutica del linguaggio [18], che concordano sulla

---

[15] Secondo la concezione tradizionale del significato, è possibile distinguere fra significato come *estensione* (o riferimento), ossia la classe di oggetti ricompresa sotto un determinato concetto, e significato come *intensione* di un concetto, ovvero la proprietà o l'insieme di proprietà condivise dagli oggetti che cadono sotto il concetto. L'idea base dell'approccio tradizionale è che il significato dei termini (come "limone"), può essere specificato per mezzo di una congiunzione di proprietà (per il limone, ad esempio: gusto aspro, colore giallo, una certa dimensione, ecc.), quindi mediante descrizioni. In altre parole, conoscere il significato di un termine equivale a denotare le proprietà dell'oggetto in questione, e il nome datogli viene così a "sintetizzare" la "somma" di tali proprietà. Il binomio intensione/estensione è una coppia concettuale che compare già nell'elaborazione di Leibniz, G.W. Leibniz, *Nuovi saggi sull'intelletto umano* (1700-05) e ripreso successivamente, nella forma denotazione-connotazione, da J.S. Mill, *Sistema di logica deduttiva e induttiva* (1843), costituisce il fondamento della teoria logica delle espressioni linguistiche. Cfr. in ambito penale, per la distinzione tra significato come estensione e intensione, F. Palazzo, T*ecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 238; cfr. anche G. Caruso, *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Cedam, Padova, 2009, p. 180.

[16] Putnam costruisce la sua teoria su un caposaldo ben diverso rispetto alla concezione tradizionale del significato: l'estensione dei nostri termini dipende dalla realtà circostante, intesa sia come realtà naturale che come realtà sociale: «La filosofia del linguaggio tradizionale lascia fuori gli altri e il mondo, una filosofia migliore e una migliore scienza del linguaggio devono includerli entrambi». In tal modo, supera quelle posizioni che cercano di ridurre il significato agli stati mentali o ai processi interiori. Cfr. H. Putnam, *Mente, linguaggio e realtà*, cit., p. 295, in cui fa riferimento all'utilizzo per la determinazione del significato di "indicatori sintattici" e "indicatori semantici", "descrizione dello stereotipo" e "descrizione dell'estensione". Ritorneremo sull'argomento *infra*, Cap. III, § 2.

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

[18] La vera e propria differenza tra approccio analitico ed ermeneutico risiede nel modo d'intendere il linguaggio: per la filosofia analitica, il linguaggio è uno strumento convenzionale o un'abilità pratica di orientamento nel mondo, per la filosofia ermeneutica è la "casa dell'essere", cioè il luogo in cui l'uomo abita e articola le proprie esperienze. La filosofia analitica ha una concezione "poietica" del linguaggio (il linguaggio è opera), la filosofia ermeneutica ne ha, invece, una concezione "prammatica" (il linguaggio è attività). Sul tema F. Viola, *La critica dell'ermeneutica*

necessità di tenere conto del reale peso dell'attività del giudice, in modo da trovare gli *strumenti adeguati di valutazione e di controllo del suo operato* [19].

Ma, abbandonato l'ideale illuminista del giudice "bocca della legge" e privo di discrezionalità interpretativa, considerato *per un certo verso ingenuo e per altro verso illusorio* [20], la conseguenza non coincide necessariamente con lo *scetticismo radicale* rispetto alla capacità espressiva delle norme. In altri termini, attribuire un ruolo all'interpretazione non equivale a ritenere impossibile la redazione di norme capaci di esprimere un significato ad essa preesistente: conclusione, inaccettabile, cui pervengono gli "ermeneutici" [21].

Su questo punto vi è una differenza tra approccio analitico e approccio ermeneutico, che ben si presta ad essere scrutinata anche attraverso le "lenti" del penalista.

Premessa la *comune* acquisizione secondo cui "non vi è testo senza contesto" [22], gli ermeneutici non riconoscono alla disposizione normativa alcuna capacità precettiva precedente all'interpretazione [23]; al contrario, secondo gli analitici, è possibile seguire un'altra via, che conferisce rilievo a determinate regole semantiche e sintattiche di operatività della lingua ai fini

---

alla filosofia analitica italiana del diritto, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, cit., pp. 63-104, spec. p. 75. Cfr. anche R. Guastini, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto* e G. Zaccaria, *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2012, rispettivamente alle pp. 51-66 e 135-151.

[19] Si tratta di una tendenza che accomuna autori e correnti di pensiero di differente estrazione. Per una panoramica, con particolare attenzione agli aspetti filosofico-linguistici cfr. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Giuffrè, Milano, 2006, cit., p. 295 ss.; v. anche G. Caruso, *La discrezionalità penale, tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, cit., p. 179 s. nonché G. Carlizzi, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1196 ss., che propone una prospettiva "analitico-ermeneutica".

[20] In questi termini, V. Velluzzi, *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, cit., p. 308.

[21] È celebre l'affermazione di H. Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, per cui lo scettico radicale è sovente un formalista deluso. Peraltro, non tutti gli ermeneutici arrivano al totale soggettivismo rispetto all'interpretazione giuridica, cfr., ad esempio, Emilio Betti, *supra*, nota 1.

[22] In questi termini, F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 526. Cfr. *supra*, nota 10, sulla rilevanza dei fattori contestuali, rispettivamente, nella filosofia analitica e nell'ermeneutica del linguaggio.

[23] Cfr. le precisazioni di G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 707. Secondo l'A., la tesi per cui il diritto *è* la sua interpretazione deve essere letta – almeno per l'ermeneutica italiana di oggi – non come una tesi che afferma che ci sono *solo* interpretazioni, come se si trattasse di affermare l'impossibilità di una conoscenza "obiettiva" del diritto. L'ermeneutica resta una «teoria del diritto che muove dalla centralità del momento interpretativo per la *definizione del diritto stesso*».

dell'attribuzione di un significato [24] e, quindi, ai fini della distinzione tra interpretazione (per quanto estensiva) e analogia (*i.e.* vera e propria creazione giurisprudenziale) [25].

Se è vero che il brocardo *in claris non fit interpretatio* è espressione di un'utopia illuministica, e se è vero che esso esprime un valore limite mai raggiungibile, è però anche vero che non ci si deve stancare di lavorare perché a quel valore ci si avvicini quanto più possibile [26]. Anche in questo caso, «il pessimismo della ragione deve saper convivere con l'ottimismo della volontà» [27].

Muovendo da tale prospettiva, un tentativo di rivalutare il ruolo della scienza della legislazione [28], figlia della cultura illuministica [29], può e *deve* esse fatto, con la consapevolezza che la tecnica legislativa condiziona fortemente la trasformazione [30] della "parola legislativa" nel c.d. "diritto vivente"

---

[24] Cfr. V. Velluzzi, *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia 2012*, nota 8, «non si discute che il giudice decida discrezionalmente, si tratta però di capire in che cosa consista la discrezionalità, se vi sia un perimetro all'interno del quale possa essere esercitata e da che cosa il perimetro sia costituito. Si tratta di capire se tra i criteri di controllo dell'operato del giudice penale, la semantica e la sintassi delle disposizioni normative assolvano un compito necessario e importante (anche se talora non sufficiente)». Altrimenti bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di soddisfare quelle medesime esigenze per altra via. Per un interessante dibattito in proposito v. *Criminalia 2011*, *Dibattito: Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, p. 77-137, nota introduttiva di F. Giunta, saggi di G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, *ivi*, p. 79 ss.; A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, *ivi*, p. 99 ss.; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, *ivi*, p. 125 ss.

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

[26] In questi termini, Fl. D'Alessandro, *Intervento*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, cit., p. 39 ss., ma anche F. Palazzo, *Testo*, *contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 517 ss.

[27] Così U. Scarpelli, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, cit., p. 7.

[28] Sulla scienza giuridica penale intesa come "Scienza della legislazione" ovvero come scienza della "costruzione del sistema delle norme attraverso la natura dei fatti e la logica del pensiero", si veda P. Nuvolone, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969, p. 205. Cfr. anche F. Palazzo, *La scienza della legislazione penale nella modernità giuridica*, in *Cass. pen.*, 2, 2023, p. 395 ss., secondo cui la scienza della legislazione consiste nell'elaborazione di un insieme di tecniche e della valutazione della loro efficienza.

[29] Le cui fondamenta si ritrovano nella "Scienza della legislazione", riprendendo le parole di Filangieri, «qual'altro è il mezzo di prevenire i delitti, se non quello di perfezionare la legislazione?», così G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, *vol. 3: libro III*, *Delle leggi criminali*, *(1780-88)*, edizione critica, Venezia 2003-2004, p. 338.

[30] Cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi*, *linguaggio giuridico*, *certezza del*

e che la stessa attuazione e applicabilità della legge viene a dipendere dalla correttezza della sua formulazione[31].

D'altro canto, ciò non significa ignorare il ruolo che assume il contesto nel processo interpretativo: al contrario, il presente studio intende proprio interrogarsi sul rapporto tra testo e contesto nell'attribuzione del significato, facendo perno sulla distinzione tra *fisiologia* e *patologia* della loro interazione.

Al fine di seguire questa linea di indagine, occorre però, in via preliminare, ripercorrere le nozioni fondamentali che caratterizzano il modello penale di scrittura della norma.

2. *Il modello penale scrittura della norma 'tra fattispecie e Tipo'*

Ripartendo dai fondamenti, il nostro ordinamento costituzionale, assegnando al legislatore il compito di redigere le norme penali, lo vincola ad un triplice ordine di obblighi a carattere 'sostanziale'[32] che attengono al

---

diritto, in *Criminalia 2008*, pp. 493-507; v. anche C. Luzzati, *Teoria del diritto e "scienza della legislazione". Un contributo del gruppo di Milano*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, cit., p. 87, secondo cui è possibile, calcando le orme di Kelsen, figurarsi il rapporto tra redattori legislativi e interpreti come un complesso rapporto di incontro-scontro: «Secondo questa concezione, che chiamerò teoria della funzione legislativa diffusa, le norme si formano progressivamente, grazie a un complesso rapporto dialogico, che in certe ipotesi deteriori si può ridurre a un dialogo tra sordi, intercorrente tra i vari organi dell'ordinamento giuridico. Gli emittenti e i destinatari del messaggio, quindi, dovrebbero tenere conto gli uni degli altri».

[31] Sui rapporti tra formulazione e interpretazione della legge v. M. Capurso, *L'interpretazione dei giudici: una spia della validità delle tecniche di progettazione legislativa*, in *Studi parlam. e politica cost.*, 4, 1977, p. 23; A. Pizzorusso, *Il "Renton Report" e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 760 ss.; più in generale, sulle conseguenze indotte sul piano istituzionale dalla cattiva tecnica legislativa, v. G. Amendola, *La legalità istituzionale*, in *Dem. dir.*, 3, 1983, p. 19 ss.; G. Abagnale, *Tecniche legislative prime riflessioni su alcune esperienze straniere*, in *Le Regioni*, 2-3, 1985, p. 241 ss.; A. Cervati, *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in *Foro it.*, 5, 1985, c. 280 ss.

[32] Cfr. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 324. Distinguiamo, in questo senso, la legalità 'formale', che attiene alla riserva di legge in materia penale, dalla legalità 'sostanziale', in cui si compendiano invece gli obblighi contenutistici che attengono al *quomodo* della formulazione dell'enunciato normativo. Si tratta della più raffinata evoluzione del principio di legalità secondo M. Romano, *Commentario sistematico del Codice penale*, *vol. I*, *artt. 1-84*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 40. Cfr. sul tema anche P.G. Grasso, *Il principio del nullum crimen sine lege nella Costituzionale italiana*, Giuffrè, Milano, 1972 e Id., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 806; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, *vol. 1*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 163 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte*

quomodo della formulazione dell'enunciato normativo [33], così declinabili:

(a) Il principio di precisione esige che il legislatore, a prescindere dalla tecnica prescelta [34], si attenga ad un canone di chiarezza lessicale e linearità strutturale [35], operando una scrupolosa selezione terminologica, in modo tale da ridurre – per quanto possibile – gli spazi di invasione creativa da parte del giudice e garantire la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie [36].

---

generale, 11 ed., Cedam, Padova, 2020, p. 99 ss.; di recente v. le riflessioni di G. De Francesco, *Invito al diritto penale*, cit., p. 208 ss.

[33] Con enunciato si intende qualunque espressione linguistica in forma grammaticalmente compiuta. Qualora contenuto in un atto legislativo, l'enunciato è la "formula" della legge" e dunque l'oggetto dell'interpretazione. Così F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 319.

[34] Il riferimento è all'alternativa tra tecnica casistica, clausole generali, norme definitorie, nonché, per quanto riguarda il "materiale linguistico della fattispecie", all'utilizzo di concetti descrittivi o normativi, v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2018, pp. 76 ss. e 124 ss., agg. IX ed. F. Palazzo-R. Bartoli, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 77 ss. e 123 ss.; v. anche C. Sotis, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 120 ss.

[35] Si ricordi che nella nota sentenza n. 364 del 1988, nel dare rilievo costituzionale al principio di colpevolezza, la Corte costituzionale ritiene invocabile l'errore sulla legge penale anche nel caso di *oggettiva* mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa, ponendo l'esempio dell'assoluta oscurità del testo legislativo (§ 27). Di recente, sul "principio di intellegibilità della legge", che, per come elaborato oggi dalla Corte costituzionale potrebbe avere maggiori "*chance* di inveramento" rispetto al principio di determinatezza, v. F. Palazzo, *La legge radicalmente oscura al vaglio della Corte costituzionale: profili penalistici (e non solo)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2023, p. 1049 ss. in relazione alla sentenza Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, secondo cui il principio in questione trova fondamento nell'art. 3 Cost. nei termini della ragionevolezza sotto il profilo "*minima razionalità dell'azione legislativa*" e dà rilievo come criterio di giudizio all'impossibilità di cogliere il "nucleo centrale" della fattispecie astratta: «diverso è, però, il caso in cui il significato delle espressioni utilizzate in una disposizione – nonostante ogni sforzo interpretativo, compiuto sulla base di tutti i comuni canoni ermeneutici – rimanga del tutto oscuro, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta» (§ 4.3.4. del *Considerato in diritto*).

[36] Sul tema G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale vol. 1*, cit., p. 119 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, VII ed., cit., p. 138 ss. Per la declinazione del principio di precisione rispetto all'attività del giudice cfr. F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 19 dicembre 2016, p. 27, secondo cui quest'ultimo dovrebbe sempre sforzarsi non solo di *enunciare in termini generali e astratti la* regula iuris *(=il principio di diritto) che sostiene la decisione stessa*, ma anche di *conferire a tale regola contorni il più possibile precisi*, in modo che tale regola si possa quanto meno candidare a fungere da criterio praticabile per future decisioni di casi simili da parte di altri giudici. In una recente sentenza in tema di associazione mafiosa *ex* art. 416-*bis* c.p., richiamando ampiamente la giurisprudenza della Corte costituzionale, la Cassazione ha dato espresso e autonomo rilievo al principio di precisione,

(b) Con la formula principio di determinatezza (o *provabilità*), si esprime invece l'esigenza, messa in luce già dagli illuministi nell'ambito delle prime enunciazioni del principio di legalità, che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo [37], *i.e.* fatti in relazione ai quali sia possibile effettuare una verificazione empirica o tramite massime di esperienza [38]. Infatti, di fronte a un concetto chiaro e intelligibile in astratto, ma non empiricamente verificabile né transitabile nel mondo fenomenologico, il cittadino non avrebbe adeguati strumenti difensivi e la decisione sulla sua responsabilità sarebbe fondata su elementi casuali, intuitivi ed emozionali, come nei processi per stregoneria contro cui si scagliava Feuerbach [39].

---

al principio di determinatezza e al principio di tassatività: «le norme penali devono assumere la veste formale più chiara possibile, al fine di evitare interpretazioni creative e consentire a chiunque di prevedere le conseguenze delle proprie condotte». Cass., sez. II, 29 novembre 2019, n. 10255, Fasciani, in *Sist. pen.*, 24 marzo 2020, su cui v. G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, XIII ed., 2024, p. 85.

[37] Sebbene nella prevalente dottrina il concetto di determinatezza venga utilizzato generalmente per intendere l'obbligo di precisione, il mantenimento di un'autonomia concettuale tra precisione e determinatezza consente di cogliere al meglio la complessiva dimensione prescrittiva dei corollari della legalità qui esaminati rispetto al legislatore. La distinzione tra precisione e determinatezza viene compiuta da G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale vol. 1*, cit., p. 119 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 79 ss., v. di recente anche C. Sotis, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 119 ss.

[38] Nella giurisprudenza costituzionale, per una distinzione tra precisione e determinatezza v. Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96 che ha ritenuto violasse il principio di determinatezza il delitto di plagio (art. 603 c.p.), con nota di P.G. Grasso, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 806 e Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, che ha ritenuto conforme ai principî di precisione e determinatezza il delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.). Nella giurisprudenza di legittimità cfr. la già citata Cass., sez. II, 29 novembre 2019, n. 10255, Fasciani, in *Sist. pen.*, 24 marzo 2020 che in relazione al principio di determinatezza ha rilevato che esso si oppone alla configurazione di reati incentrati su "un mero connotato soggettivo interiore", sottratto alla possibilità "di qualsiasi elemento empirico di registrazione e di prova".

[39] La divaricazione concettuale "interna" al principio di determinatezza era ben presente già nella speculazione teorica dello stesso padre fondatore del *nullum crimen sine lege*, ossia il giurista e filosofo tedesco Anselm Feuerbach, il quale, a tal proposito, non aveva omesso di rilevare che «*il legislatore non può punire nessun fatto che non può essere compiutamente provato in concreto*»: si cita ad esempio l'ipotesi della stregoneria, fattispecie di reato descritta già dalla lex Salica del 500 e portata in auge dalla Santa Inquisizione, che elesse la repressione della stregoneria ad obiettivo primario della propria battaglia "religiosa". Tale fattispecie, che restò viva nel XIV e XV secolo, attraversa i secoli e tuttora compare nelle attestazioni processuali datate 1700 e ipotizzava un accordo del reo con il diavolo, senza chiaramente poterlo dimostrare, né consentire di

(c) Infine, è noto che il principio di tassatività, sancendo il rilievo costituzionale del divieto di analogia *in malam partem*, non si esaurisce in un monito rivolto al giudice (*ex* art. 14 preleggi), ma costituisce un vincolo anche per il legislatore [40], imponendogli di formulare le norme incriminatrici in modo da impedirne l'applicazione analogica [41].

Ribaditi i "perni" su cui ruota il principio di legalità *sostanziale* [42], occorre considerare che l'enunciato normativo sottoposto agli obblighi di precisione, determinatezza e tassatività si può declinare nella seguente tripartizione composta da: (i) la *formula*, ossia la veste esteriore data dall'insieme di segni linguistici che compongono il testo di legge; (ii) il *fine*, cui la disposizione è funzionalizzata e che attribuisce all'enunciato normativo la sua funzione precettiva; (iii) la *fattispecie*, intesa come il *quid* comandato o vietato, che costituisce il risultato dell'interpretazione dell'enunciato normativo [43].

---

converso una prova contraria materialmente fondata. Cfr. sul punto spec. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale vol. 1*, cit., p. 163 ss.

[40] Per la tripartizione tra precisione, determinatezza e tassatività, intesa come monito rivolto principalmente al giudice, ma anche al legislatore, soprattutto in relazione al divieto di formulare fattispecie "ad analogia espressa", cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale vol. 1*, cit., p. 119 ss. Sulla distinzione tra determinatezza (intesa anche come precisione) e tassatività v. anche F. Palazzo, voce *Legge penale*, cit., p. 335 ss.; G. Vassalli, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 158 ss. Nel senso che i due concetti esprimerebbero lo stesso fenomeno, cfr., *ex alia*, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 97 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, *vol. I*, *artt. 1-84*, cit., p. 40.

[41] La necessità di rispettare il "principio di tassatività" nel momento applicativo è stata di recente ribadita dalla Consulta, che ha rivolto un monito ai giudici ordinari, sottolineando come «il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo del legislatore». Cfr. Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98 con nota di M. Scoletta, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo?*, in *Oss. cost*., 5, 2021, p. 196 ss. Più nel dettaglio, il caso riguardava la riqualificazione del reato di stalking in maltrattamenti in famiglia da parte della Corte di cassazione, che considerava integrato questo reato, per "estensione", in presenza di condotte maltrattanti compiute in un 'contesto affettivo protetto', caratterizzato da 'legami forti e stabili tra i partner' e dalla 'condivisione di progetti di vita''. Cfr. sul punto G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 90 e per un approfondimento critico R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche*, *giustiziabilità dell'analogia*, *nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *Sist. pen.*, 28 giugno 2022.

[42] Cfr. *supra*, nota 32 sulla distinzione qui proposta tra legalità 'sostanziale' e legalità 'formale'.

[43] Per tale tripartizione si rimanda a F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 324. Utilizza il termine "formula" già F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1951, p. 292.

Tali elementi – nel loro *insieme* – determinano il contenuto precettivo della norma penale [44], che non è dunque solo un contenitore di parole, ma include una *narrazione* [45], espressiva di un nucleo essenziale di significato [46], ed è quest'ultimo ad essere sottoposto agli obblighi di legalità sostanziale [47].

Il nostro modello penale di scrittura della norma concepisce, infatti, la c.d. previsione dei reati per tipi [48]: il legislatore penale, nell'atto di legiferare,

---

[44] Cfr. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 319 ss.

[45] In questi termini M. Papa, *Fantastic voyage*, cit., p. 25 ss. Sulla capacità narrativa della norma v. anche G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, p. 39, «così una norma – e il "sistema costante" che ne è composto – potrà farsi osservare se sarà stata altrettanto generativa di "spazi" nella mente dei suoi destinatari ("senza rendere annoiante e faticoso il netto concepimento del tutto"). E ciò potrà avvenire per il convergere di vari elementi: ad esempio la concisione (il "rapido segno") e precisione con cui sia formulata (tale da renderla "più bella e più nobile"); la capacità di palesare il suo *senso* assiologico, ossia i valori – il penalista direbbe, ma il concetto è reputato ormai alquanto logoro: i 'beni giuridici' – individuali e collettivi alla cui protezione essa è diretta; e, soprattutto, una generale autorevolezza della fonte da cui promana, con la connessa percezione della riprovazione sociale nei confronti di chi ne violasse i dettami».

[46] Cfr. sull'elaborazione del concetto di Tipo criminoso nella dottrina penalistica italiana, v. F. Palazzo, *supra*, Introduzione, nota 2.

[47] Come rileva F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021, p. 9: «la Corte costituzionale ha da tempo interiorizzato la distinzione, risalente a Vezio Crisafulli, tra disposizione e norma: l'oggetto effettivo del giudizio della Corte non è la "disposizione" – il *testo* normativo – oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati del rimettente; bensì la "norma", e cioè l'enunciato che costituisce il *frutto dell'interpretazione* di quel testo». A conferma di ciò, quanto al rispetto del principio di precisione, la Corte ha a lungo rigettato le censure mosse dai giudici di merito a svariate norme incriminatrici, adducendo svariate argomentazioni: affermando apoditticamente che i termini usati dal legislatore fossero "diffusi e generalmente compresi" (Corte cost., 3 marzo 1972, n. 42), appellandosi all'interpretazione sistematica o teleologica (Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 278 e Corte cost., 7 giugno 2019 n. 141), riferendosi al contesto in cui opera la disposizione, richiamando il diritto vivente (Corte cost., 18 gennaio 1989, n. 11). Una valorizzazione dell'interpretazione nell'ambito del "tipo criminoso legale" si è avuta, tra le tante, nella sentenza Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172 in tema di atti persecutori, cfr. sul punto R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 149 ss.

[48] Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, VII ed., cit., p. 79; ma v. anche C. Sotis, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 119, il quale evidenzia che nella nostra tradizione costituzionale, la legge penale si rivolge sia al destinatario finale, cioè la persona che, qualora tenesse il comportamento vietato, verrebbe punita, sia all'interprete, cioè al giudice. Questa duplicità di destinatari comporta che le fattispecie incriminatrici debbano avere *un senso narrativo*, perché solo in questo modo esse sono in grado di comunicare direttamente con i consociati. Nei paesi di *Common law*, dove il principio di legalità non prevede la riserva di legge, le disposizioni legislative si rivolgono essenzialmente al giudice, ed hanno lo scopo di indicare lui le coordinate che gli permettano di effettuare una interpretazione coerente e ragionevole. La certezza quindi in questi sistemi è assicurata facendo leva sulla sedimentazione delle regole tramite

«rappresenta la realtà nella dimensione tipica della fattispecie»[49] (*Tatbestand*)[50], che consiste in una descrizione sintetica di un accadimento di vita portatore di un *intrinseco disvalore*, il Tipo criminoso (*Typus*)[51]. È come se si trattasse di «minuscoli racconti»[52] in grado di comunicare una univocità di significato[53], ricomprendendo all'interno della fattispecie una classe di

---

la loro applicazione nel tempo da parte della giurisprudenza. Di conseguenza, in questi Paesi le disposizioni penali, non dovendo comunicare direttamente ai consociati ciò che è vietato, non sono necessariamente concepite come dei minuscoli racconti, ma come delle *linee guida* rivolte all'interprete. Sul punto ritorneremo *infra*, Cap. IV, § 1. e v. *ivi* riferimenti in nota.

[49] Così T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 35, così citato da A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 32.

[50] Il *Tatbestand* (fatto tipico) o "Fatto", viene inteso come categoria che racchiude «l'insieme o la somma degli elementi che incarnano il volto di una specifica figura di reato, vale a dire che fanno sì che un fatto integri un determinato reato e non un altro», permettendo, in altri termini «di stabilire di quale tipo di reato si ragiona», così G. DELITALA, *Il 'fatto' nella teoria generale del reato* (1930), ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, 2 ss.; v. anche E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, (1906), Alen, 1964; G. BETTIOL, *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1932, p. 525; G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig disc. pen*., V, Torino, 1991, p. 154; A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, cit., p. 31 ss.

[51] Il *Typus* o Tipo criminoso è «Inteso come medio o relazionalità sincronica tra realtà e norma, per mezzo della quale diventa strumento ermeneutico nella forma logica della natura della cosa. Il senso letterale indica approssimativamente ciò che il tipo abbraccia o non abbraccia con totale certezza ma non si può indicare alcuna metrica adeguata che stabilisca univocamente, prima del procedimento interpretativo, il contenuto e la portata semantica del tipo. Chiamiamo quest'ultima caso o concezione del tipo», così W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, trad. it., *Fattispecie e tipo*, cit., p. 183 s. Cfr. già *supra*, Introduzione, nota 1. Il Tipo è lo strumento ermeneutico che denomina la realtà, *non è la realtà stessa*, e ha una funzione classificatoria, cfr. G. CARUSO, *La discrezionalità*, cit., p. 142, v. anche G. CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale*, cit., p. 91 ss.; di recente M. VOGLIOTTI, *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite*, in *Sist. pen.*, 31 gennaio 2024, p. 1 ss.

[52] In questi termini F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VII ed., cit., p. 77; M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., p. 25 ss.; C. SOTIS, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 126 ss.

[53] Cfr. F. PALAZZO, *voce Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, p. 357 s. in cui si fa riferimento per il concetto di Tipo criminoso alle due sentenze della Corte costituzionale, Corte cost. 15 maggio 1989, n. 247 in tema di frode fiscale e Corte cost., 11 giugno 1990, n. 282, in tema di nulla osta per la prevenzione degli incendi, ma v. anche Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327. Sul tema di recente C. SOTIS, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 131: «La legge è in grado di fornire varie informazioni su quali siano i casi paradigmatici; tramite l'interpretazione sistematica, il bene giuridico offeso, la cornice edittale, la rubrica; tutti elementi che considerati assieme permettono di individuare il tipo criminoso legale e quindi valutare se fatti che pure soddisfano dal punto di vista letterale gli elementi testuali della fattispecie debbano considerarsi non tipici, perché non posseggono le caratteristiche essenziali che forgiano il tipo criminoso legale, non rispecchiandone il disvalore».

fatti concreti espressivi di una tendenziale omogeneità di disvalore, le cosiddette *costanti criminologiche del tipo* [54].

Secondo la nota teorizzazione di Hassemer, cui si ispira la presente trattazione, il Tipo non gode di alcuna compiuta "preesistenza ontologica" [55] rispetto alla formulazione legislativa della fattispecie, e dunque, non vincola le scelte linguistiche del legislatore, ma *ne costituisce il risultato*: a prescindere dalla tecnica legislativa utilizzata, l'esegesi attenta degli elementi del *Tatbestand* dovrebbe fare emergere il Tipo criminoso, espressione del bene giuridico tutelato [56]. Quest'ultimo costituisce lo 'sfondo' o il nucleo valutativo che

---

[54] Cfr. F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 21, laddove osserva che «il legislatore, per certi gruppi di reati, deve, nella sua opera di strutturazione della fattispecie, utilizzare i risultati di rilevazioni criminologiche in ordine a comportamenti che nell'ambiente sociale si svolgono secondo una certa trama e con certe caratteristiche»; di recente v. C. Sotis, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 126: «Il combinarsi della riserva di legge e della determinatezza impongono che il diritto penale si esprima tramite fattispecie, ossia tramite dei minuscoli racconti che siano in grado di comunicare una univocità di significato. L'univocità di significato delle fattispecie dipende dalla capacità del legislatore di disegnarle in modo tale che esse descrivano e contengano tutti i fatti espressivi di una tendenziale omogeneità di disvalore penale, *ma solo questi*. Tale risultato si ottiene attraverso le c.d. "costanti criminologiche del Tipo". Possiamo quindi definire le costanti criminologiche come quegli elementi della fattispecie che, marcandone il disvalore, richiamano certi dati di realtà in quanto corrispondenti ai tratti caratteristici della tipologia di fatti che il legislatore vuole punire».

[55] W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, trad it., *Fattispecie e tipo*, cit., p. 167: «se la fattispecie 'contenga' una determinata decisione, si rivela solo in seguito al procedimento interpretativo e non si sa in precedenza». A differenza del Tipo di Arthur Kauffman, *Analogia e natura delle cose. Un contributo alla dottrina del tipo*, Roma, 2004, secondo Hassemer il contenuto della portata semantica del Tipo non si può individuare univocamente prima dell'interpretazione. Il senso letterale indica ciò che il tipo abbraccia o non abbraccia con totale certezza. Pertanto, il Tipo hassemeriano, a differenza di quello di Arthur Kaufmann, *non gode di alcuna compiuta preesistenza ontologica* alla formulazione legislativa della fattispecie, e dunque neppure la vincola, ma piuttosto *risulta* dalle scelte linguistiche del legislatore, quali *si definiscono nel procedimento di dispiegamento*. Il Tipo di fattispecie ha un carattere essenzialmente normativo, essendo il frutto di un'attività di configurazione linguistica riservata al legislatore ed esprimente la concezione penalistica di quest'ultimo, v. sul punto G. Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, cit., p. 36 e G. Caruso, *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria*, cit., pp. 77 ss. e 140 ss.

[56] Sul bene giuridico tutelato C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 11 precisa che gli elementi da cui desumere il bene giuridico sono quelli di maggior spicco che «illuminano la direzione e *l'attitudine offensiva della condotta tipica*» (corsivo aggiunto). Cfr. anche A. Pagliaro, *Bene giuridico e interpretazione penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, II, Giuffrè, Milano, 1965, p. 389. In considerazione dell'impostazione qui adottata, non appare condivisibile l'opinione di A. Scarano, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 149, il quale ipotizza una prevalenza del fine sulla fattispecie nel momento esegetico, ritenendo che l'interprete debba *prima facie*, ancor

il legislatore porta alla luce mediante la fattispecie astratta [57], che, quando individuato, rappresenterà un momento ulteriore, fondamentale, dell'esegesi [58] della disposizione nel c.d. circolo ermeneutico (o *spirale ermeneutica*) [59] tra norma e caso.

In questo senso, la tipicità costituisce il corpo stesso della legalità [60], «un parametro di misurazione contenutistico-valutativo della determinatezza della fattispecie» [61], riconosciuto anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale [62].

---

prima di procedere al momento schiettamente interpretativo, intuire il bene giuridico, e, alla luce di esso, interpretare la fattispecie. Di contro, si ritiene che l'individuazione del bene giuridico *presupponga* l'analisi della fattispecie, pur non rappresentando questa l'epilogo del procedimento esegetico.

[57] Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VII ed., cit., p. 81.

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

[59] Il coniatore del circolo ermeneutico-giuridico è Engisch, v. K. ENGISCH, *La concretizzazione come riferimento al "tipo" nel diritto e nella scienza giuridica*, trad. it. di G. Carlizzi di brani scelti dal cap. 8 di *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, (1953), Carl Winter, Heidelberg, 1968, ma anche in K. ENGISCH, *Interpretazione*, *prova e sussunzione*, in G. Carlizzi-V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa, 2016, p. 41. L'immagine dell'«andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore ed episodio di vita» ha costituito un punto di riferimento costante per gli autori successivi, tra cui A. KAUFMANN, *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, *Interpretazione*, *prova e sussunzione*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 62 s. (dove compare, tra l'altro, l'immagine radbruchiana del «trapassare gradualmente a tentoni dall'ambito dell'essere all'ambito del dover essere e viceversa») e K. LARENZ, *La giurisprudenza come scienza comprendente*, *Interpretazione*, *prova e sussunzione*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., pp. 119-121. È stata poi perfezionata da Winfried Hassemer nell'immagine della «spirale», W. HASSEMER, *Il dispiegamento reciproco del fatto e della fattispecie*, cit., pp. 66-70, spec. 69 («spirale»). Nella presente trattazione si prende in considerazione l'impostazione di W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, trad it., *Fattispecie e tipo*, cit., con introduzione di G. Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer* (*ivi*, p. 27). Per il correlativo concetto filosofico, di ascendenza heideggeriana, v. in particolare H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 246 ss., trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, cit., pp. 550 ss. e pp. 602 ss. Per le dinamiche del processo di sussunzione e per i condizionamenti che questo subisce da parte delle *precompensioni*, segnatamente assiologiche del giudicante resta fondamentale J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), cit., spec. p. 38 ss.

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

[61] In questi termini F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali*, *ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 327 ss.

[62] Per l'adozione nella giurisprudenza costituzionale del "criterio tipologico" v. in particolare

Dal rispetto del principio di tipicità [63] deriva, peraltro, il soddisfacimento di altri principî fondamentali del sistema penale, di cui – a ben vedere – costituisce il presupposto: (i) il principio di (necessaria) offensività, in quanto la tutela di un *determinato* bene giuridico attraverso la scelta di incriminazione dovrebbe emergere *ex ante* dalla formulazione della fattispecie; (ii) il principio di proporzionalità della pena, in quanto solo la previsione di reati ben tipizzati potrà consentire una risposta sanzionatoria *ragionevole* in quanto proporzionata al disvalore del fatto descritto dalla fattispecie incriminatrice [64]; (iii) il principio di frammentarietà del diritto penale (e, quindi, anche di *extrema ratio*) [65], in quanto un determinato bene giuridico

F. Palazzo, *Orientamenti dottrinali, ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, cit., p. 237 ss.

[63] Sul principio di tipicità nella dottrina penalistica italiana, *ex multis*, v., F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit.; Id., T*ecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 231; Id., *Legge penale*, cit., p. 346 ss.; Id., *Diritto penale*, cit., p. 59 ss.; Id., *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, cit. Id., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit.; G. Vassalli, *Tipicità, diritto penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, p. 535 ss.; M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale*, Cedam, Padova, 1979; Id., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, cit., p. 693 ss.; A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, cit., p. 30 ss.; R. Alagna, *Tipicità e riformulazione del reato*, cit.; p. 91 ss.; G. Caruso, *La discrezionalità penale*, cit., p. 176 ss.; G. Carlizzi *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, cit., p. 91 ss.; A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., e, più ampiamente, Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 59 ss.; M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., p. 25 ss.; G. De Francesco, *Invito al diritto penale*, cit., p. 298 ss.

[64] Sulla stretta sinergia dei principî di offensività e proporzione, che concorrono nella direzione di una "riduzione teleologica della fattispecie" all'interno della cornice semantica coerente con lo scopo della norma, V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, p. 2222 ss., part. § 2.4 ss.; cfr. anche Id., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 41 ss. Sul principio di proporzionalità della penale si rinvia a F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021 e di recente Id., *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2025; sul principio di proporzionalità nelle scelte di criminalizzazione v. N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.

[65] Il principio di frammentarietà si può, infatti, considerare una specificazione, se non un vero e proprio corollario, della clausola di *extrema ratio*, cfr. in questi termini C.E. Paliero, *Struttura e fondamenti del sistema normativo penale*, in Id., *Il sistema penale*, cit., p. 53: «Il ricorso al mezzo-pena oltre che legittimo è indicato: (a) solo rispetto a quei modelli di comportamento che, oltre che produrre un'offesa, in ragione delle modalità con cui tale offesa è prodotta, o dell'intenzione

non deve essere tutelato contro qualunque modalità aggressiva o qualunque comportamento suscettibile di pregiudicarne il raggiungimento, ma le modalità aggressive vanno *selezionate* – appunto – 'per tipi'.

La previsione del reato 'per tipi' consente – in definitiva – di cristallizzare nella fattispecie un determinato modello, cui possono corrispondere una multiforme varietà di fatti storici [66], che però devono risultare *omogenei* tra loro dal punto di vista del disvalore tipico.

Del resto, è proprio l'omogeneità del disvalore che *fonda* il Tipo criminoso legale e che, dunque, è compito del legislatore garantire *ex ante* in fase di formulazione della fattispecie, qualunque sia la tecnica di redazione dell'enunciato normativo prescelta [67].

Esemplificativa di tale esigenza è la nota Circolare della Presidenza del Consiglio sulla tecnica normativa del 1986 dal titolo "*Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*" [68], che introduce una distinzione a seconda che il «difetto di determinatezza» consista in un'incapacità dell'enunciato normativo di connotare con «sufficiente precisione» [69] la realtà significata, ovvero in una «insopportabile sfasatura tra la

dell'agente appaiono 'socialmente intollerabili' (è questo il (sotto)principio c.d. di frammentarietà del diritto penale) (...); (b) solo in quanto si dimostrino insufficienti gli altri (meno lesivi) strumenti di controllo sociale, offerti dal diritto civile, dal diritto amministrativo, dall'arsenale delle misure di terapia sociale».

[66] Richiamando la concezione tradizionale del significato cui si è accennato nella precedente trattazione (v. *supra*, § 1. e spec. nota 15), si distingue tra estensione/denotazione e intensione/connotazione. L'intensione è l'insieme degli aspetti che contraddistinguono un concetto da altri. L'estensione è l'insieme dei referenti che presentano gli aspetti che ne formano l'intensione. In termini penalistici, il legislatore, nel sagomare la *tipicità classificatoria* del fatto penalmente rilevante, *delimita l'estensione concettuale di una fattispecie* connotando le caratteristiche essenziali che formano *l'intensione di una figura o concetto legale di reato*, e che determinano l'estensione della classe dei casi individuali denotati dal giudice come quelli dei quali è predicabile la tipicità in asserzioni giudiziarie accertate come vere. Nel momento applicativo, il giudice connota le caratteristiche accidentali e le circostanze specifiche che formano l'intensione dei casi individuali denotati dalla legge come membri della classe la cui estensione è determinata dalla figura di reato. Cfr. sul punto G. CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., p. 180; v. anche sul tema F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 238.

[67] Sull'alternativa tra tecnica casistica e clausole generali, si rinvia a G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale vol. 1*, cit., p. 163 ss.; sull'esigenze di un'omogeneità di disvalore, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VII ed., cit., p. 130 ss.

[68] Cfr. la Circolare 5 febbraio 1986 della Presidenza del Consiglio dei Ministri contenente *"criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penale"*, su cui v. F. PALAZZO, T*ecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 231 ss.

[69] Quando si parla di sufficiente precisione, si fa riferimento al noto fenomeno per cui il

realtà significata e i contenuti valutativi sottesi alla fattispecie»[70].

In sostanza, la formulazione della fattispecie tipica deve favorire la *comunicazione* del contenuto della stessa, in ossequio ai principî di precisione e determinatezza, non solo sul piano descrittivo concettuale ma anche sul piano della *capacità evocativa* del contenuto di disvalore; un compito che, in ossequio al principio di tassatività[71], non può essere devoluto al giudice.

Breve. Il vincolo di legalità *sostanziale ex* art. 25, comma 2 Cost. investe *non solo* ciascuno dei tre elementi dell'enunciato normativo – formula, fine, fattispecie – isolatamente considerati, ma anche il loro *insieme*; è quindi fondamentale per la semantica penalistica[72] che il legislatore abbia gli strumenti per formulare delle fattispecie capaci di esprimere un contenuto di *disvalore omogeneo*[73], coerentemente con il principio di tipicità. Il che significa consentire la chiara individuazione, da parte consociati e – al contempo – da parte dell'interprete[74], del 'cuore' del disvalore sociale e giuridico che un

---

significato concettuale delle parole si distribuisce tra un *nucleo centrale di assoluta certezza* e un *nucleo marginale*, *ineliminabile*, la c.d. "zona grigia". Sul punto v. già K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Giuffrè, Milano, 1970, p. 171; cfr. anche R. GUASTINI, *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in S. Castignone-R. Guastini-G. Tarello (a cura di), *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, ECIG Genova, 1978, p. 42.

[70] Si tratta di quegli elementi che risentono della difficoltà di concettualizzare realtà ed esperienze che si sottraggono ad un uso linguistico consolidato ed uniforme. Possono essere elementi che indicano fenomeni psicologici, economici o sociali: ad esempio il delitto di plagio *ex* art. 603 c.p., su cui v. P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, cit., p. 806 ss. Il problema sorge soprattutto rispetto agli elementi valutativi, quando i parametri di giudizio cui rinviano non sono sufficientemente consolidati nella società (ad esempio il concetto di osceno, su cui v. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, p. 51). Ritorneremo sul punto *infra*, Cap. III, § 5.

[71] F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 535: «l'analogia spezza il tipo, lo scioglie in un *continuum* che è l'esatto contrario della formulazione tipologica dell'illecito penale: questa è in effetti la *vera analogia*, cioè *non quella che resta all'interno del tipo espresso dal testo legislativo* riportando alla fattispecie i fatti analoghi perché riconducibili allo stesso contenuto specifico di disvalore, bensì quella che estende la disciplina legislativa ad un tipo caratterizzato da similitudini naturalistiche ma valutativamente eterogeneo. Orbene, posto che il tipo non può essere espresso e non è conoscibile altro che attraverso il linguaggio, abbandonare il divieto di analogia in nome della insufficienza linguistica significherebbe nel contempo rinunciare anche alla tipicità» (corsivo aggiunto).

[72] Come noto, secondo la più comune accezione, la semantica è la branca della semiotica che prende in considerazione il *rapporto tra simboli e significati*: ciò vale per la linguistica, ma non diversamente per la scienza giuridica.

[73] Sulla distinzione concettuale tra fattispecie e Tipo, v. *supra*, Introduzione, nota 1 e sul Tipo criminoso come sintesi descrittiva di un contenuto omogeneo di disvalore, *ivi*, nota 2.

[74] Cfr. di recente sul punto M. PAPA, *La forza immaginante del diritto penale*, in *Sist. pen.*, 14

determinato comportamento umano genera, nonché la sua riconducibilità a una determinata fattispecie penale.

3. *Le interazioni fisiologiche tra testo e contesto*

Si è già osservato come i termini che compongono la disposizione debbano concorrere alla costruzione di una fattispecie sotto la quale ricada una classe di fatti unitariamente individuabile, non solo e non tanto nella dimensione dell'espressione linguistica, ma anche e soprattutto nella dimensione valutativa-*tipologica*, espressiva di un contenuto di disvalore normativo socialmente esistente [75].

Nel momento in cui il caso concreto viene sussunto nella classe di casi ricompresi dalla norma, la fattispecie astratta si può certamente arricchire di sfumature ricomprendendo manifestazioni '*nuove*' della condotta tipica legate a mutamenti storico-sociali, purché coerenti con il Tipo criminoso univocamente espresso dalla fattispecie [76].

In quest'ottica, l'interazione tra testo e contesto nel processo ermeneutico non è solo inevitabile ma anche – tendenzialmente – *fisiologica*. D'altro canto, il Tipo criminoso, nella misura in cui risulti effettivamente univoco, svolge una funzione di "riduzione teleologica" (*teleologische Reduktion*) [77]

---

febbraio 2025, p. 4, secondo cui il tipo penale assolve a tre funzioni fondamentali: a) Indica ai cittadini le regole di condotta: attraverso la descrizione, spesso fortemente iconografica, del fatto vietato (ad esempio, la descrizione del furto), il cittadino ricava la regola di comportamento: non ci si deve impossessare di una cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene legittimamente. b) Indica ai giudici in quali condizioni possono esercitare il potere punitivo: per condannare qualcuno, è necessario provare che si siano realizzati tutti gli elementi descritti dal tipo di reato. c) Identifica classi di fatti omogenei a cui applicare un determinato tipo e un determinato quantitativo di pena. Permette, cioè, di distinguere, anche per commisurare sanzioni proporzionate alla gravità dell'illecito, il furto dalla rapina, le lesioni dall'omicidio, la corruzione dalla coercizione, e così via. Ritorneremo sul tema *infra*, Cap. IV, § 1.

[75] In questi termini, in particolare F. Palazzo, *Orientamenti dottrinali, ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, cit., p. 237 ss.

[76] Cfr. R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit. spec. p. 153; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 27 ss.; Id., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., p. 2 ss.; M. Vogliotti, *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite*, cit., p. 1 ss.

[77] L'espressione è di K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1995, che si riferisce al caso in cui la portata semantica del testo legislativo viene "ridotta" in base allo scopo della norma o al contesto della

dei significati possibili, limitandoli alla cornice semantica coerente con lo scopo della norma, qualunque sia il materiale linguistico utilizzato nella formulazione legislativa. Parafrasando Larenz, con tale locuzione intendiamo riferirci al caso in cui, quando il significato letterale del singolo concetto contenuto nel testo è troppo ampio, ne viene ridotto l'ambito di applicativo "secondo lo *scopo* della norma o il *contesto* della legge" [78].

Vediamone in concreto le implicazioni.

Quanto agli elementi descrittivi (o 'naturalistici') della fattispecie [79], il giudice, tenendo in considerazione il Tipo criminoso che emerge dalla formulazione legislativa, spesso è in grado di *ridurre* notevolmente la pletora di significati definitori attribuibili: un singolo elemento descrittivo, che, preso singolarmente, lascia margini di incertezza applicativa [80], acquisisce precisione

---

legge, pp. 210-211: «*Als eine "verdeckte Lücke" haben wir den Fall bezeichnet, daß eine gesetzliche Regel entge-gen ihrem Wortsinn, aber gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschrän-kung bedarf, die im Gesetzestext nicht enthalten ist. Die Ausfüllung einer solchen Lücke ge-schieht durch die Hinzufügung der sinngemäß geforderten Einschränkung. Weil hiermit die im Gesetz enthaltene, nach ihrem insoweit eindeutigen Wortsinn zu weit gefaßte Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck oder dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt, reduziert wird, sprechen wir von einer "teleologischen Reduktion". Gebräuchlich ist auch der Ausdruck "Restriktion". Die teleologische Reduktion verhält sich zu einer einschränkenden Auslegung ähnlich wie die Einzelanalogie zu einer er-weiternden Auslegung. Der Anwendungsbereich der Norm wird das eine Mal durch die Hin-zufügung ei- ner einschränkenden Norm, das andere Mal durch die Annahme einer engeren statt einer auch möglichen weiteren Wortbedeutung eingeengt. Im Einzelfall kann es zweifel-haft sein, ob es sich noch um eine einengende Auslegung oder bereits um eine teleologische Reduktion handelt*».

[78] Cfr. K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 211, che distingue la "riduzione teleologica" che conduce al riempimento delle lacune nascoste, restringendo i significati possibili del testo, dal riempimento delle lacune aperte tramite analogia, la quale prevede il "trasferimento" della disciplina data dalla legge per un fatto (A) ad un fatto (B) non regolato dalla legge ma "simile" al fatto (A), così K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 202: «*Handelt es sich um eine offene Gesetzeslücke, so geschieht ihre Ausfüllung zumeist im Wege der Analogie oder des Rückgangs auf ein im Gesetz angelegtes Prinzip. Möglich ist auch eine Orientierung an der "Natur der Sache". Unter einer Analogie verstehen wir die Übertragung der für einen Tatbestand (A) oder für mehrere, untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm "ähnlichen" Tatbestand (B). Die Übertragung gründet sich darauf, daß infolge ihrer Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Be-wertung maßgebenden Hinsichten beide Tatbestände gleich zu bewerten sind, also auf die Forderung der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln. Die Ausfüllung der Gesetzes-lücke im Wege des Rückganges auf ein im Gesetz angelegtes Prinzip gründet sich darauf, daß der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Sachverhalt ein solcher ist, auf den das Prinzip (ebenfalls) zutrifft, ein Grund, hier eine Ausnahme von dem Prinzip zu machen, aber nicht vorliegt*».

[79] Si tratta degli elementi riscontrabili in natura secondo la classificazione di F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 334.

[80] I criteri interpretativi servono proprio a superare questi stalli di significato propri degli

all'interno della fattispecie globalmente considerata nel contesto in cui viene applicata [81]. Allo stesso tempo, ciò non preclude che la fattispecie si arricchisca di *nuovi* significati in base all'interazione di testo e contesto nel corso del tempo [82].

Ad esempio, rispetto all'interpretazione del concetto di molestie *ex* art. 660 c.p. [83], la Cassazione si è più volte soffermata sull'inquadramento della locuzione «col mezzo del telefono» rispetto alla messaggistica istantanea prevista dagli *smartphone*, in modo da adeguarla all'attuale contesto tecnologico. In particolare, con sentenza n. 37974 del 22 ottobre 2021, la Corte di cassazione ha sostenuto che la fattispecie di cui all'art. 660 c.p., nella forma che prevede l'uso del telefono, possa essere

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

[81] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 169 individua proprio in questa possibilità concessa all'interprete di definire il significato del termine attraverso la considerazione del contesto della fattispecie e dello scopo della norma la caratteristica distintiva degli elementi descrittivi rispetto agli elementi valutativi, nei quali l'interprete deve necessariamente operare un'etero-integrazione. Sul punto cfr. anche F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 517, secondo cui, in particolare, la sentenza della Corte costituzionale n. 327 del 2008, riprendendo costante giurisprudenza, ha evidenziato che, la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, *ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie* e con la disciplina in cui questa si inserisce (corsivo aggiunto).

[82] Sul punto G. HUSSERL, *Recht un Zeit*, *Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt Frankfurt a M, 1955: «il diritto non è soltanto nella storia, ma è esso stesso storia: ha la struttura temporale della storicità» (*ivi*, p. 21). L'A. evidenzia che interpretare e comprendere un testo di legge non è una attività meramente dichiarativa, ma un'attività che concorre a formare il diritto; il suo risultato è parte costitutiva del diritto. La legge non viene immessa nel flusso della storia come prodotto già confezionato e pronto per l'uso (*ivi*, pp. 23 e 41), così citato da L. MENGONI, *Diritto e tempo*, cit., pp. 636 e 637, il quale rileva che il riconoscimento della temporalità ontologica del diritto ha una forte ricaduta sull'epistemologia dell'interpretazione perché non solo giustifica l'interpretazione evolutiva ma fornisce la base per sviluppi più radicali dell'ermeneutica giuridica. Cfr. sul tema anche ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 17; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, ora (con aggiunte) in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 140 ss.

[83] L'art. 660 c.p. punisce «chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo».

integrata anche con l'invio di messaggi attraverso un sistema di messaggistica telematica o sms. E ciò indipendentemente dalle modalità sincrone o asincrone di comunicazione o dalla possibilità di "bloccare" il proprio interlocutore senza dover disattivare l'apparecchio telefonico o cambiare numero, proprio in considerazione della *ratio* della norma, che mira a prevenire il turbamento della tranquillità pubblica attuato mediante l'offesa alla quiete privata.

In linea di principio, una simile *evoluzione* non può che essere salutata con favore, poiché consente agli elementi descrittivi di 'respirare' ed allinearsi a una mutata percezione sociale dei fenomeni [84], purché la nuova interpretazione sia *coerente* con il Tipo criminoso che il legislatore ha preindividuato e che caratterizza quella fattispecie [85]. Se, invece, l'estensione del testo non è coerente con il Tipo, quest'ultimo opera come limite all'interpretazione, attraverso una *riduzione teleologica* [86] dei significati possibili all'interno della cornice semantica coerente con lo scopo della norma.

Ritornando sull'interpretazione del "mezzo del telefono" *ex* art. 660 c.p. rispetto alla messaggistica istantanea, successivamente la Cassazione, con la sentenza n. 40033 del 3 ottobre 2023, è ritornata sul punto. In particolare, la Corte, ai fini proprio di demarcazione della fattispecie penale, ha limitato l'area semantica del concetto, introducendo una distinzione a seconda che il soggetto possa o meno sottrarsi all'interazione immediata con il mittente, ad esempio mediante le

[84] Su questo punto si rinvia all'impostazione 'metodologica' gadameriana secondo cui «Il testo per essere compreso in modo adeguato deve essere compreso in ogni momento, ossia in ogni situazione concreta, nuovamente e altrimenti», così H.G. Gadamer, *Wahreit und Methode*, trad. it., cit., p. 360.

[85] Sull'"estensione teleologica" (*teleologischen Extension*) coerente con lo scopo della norma, cfr. K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, cit., p. 216, il quale prende atto della non agevole distinzione tra interpretazione estensiva e analogia, cfr. sul tema anche *infra*, nota 123.

[86] Cfr. già K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, cit., p. 210, su cui v. *supra*, note 77-78. Di recente anche V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, p. 2222 ss., part. § 2.4, che ne parla in termini di "riduzione" volta ad avvicinare al "tipo comportamentale" (*Verhaltenstypus*) il "tipo di lesione valoriale" (*Wertverletzungstypus*) ad esso sotteso. Sull'opportunità di prediligere l'interpretazione «implicante il maggior grado di determinatezza concettuale e, soprattutto, la più sicura verificabilità processuale», F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, p. 8, anche in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, p. 63 ss.; v. anche A. Cadoppi, *ivi*, p. Presentazione, cit., p. 18 ss.; R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, cit., p. 8 ss.; Id., *I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 923 ss.

funzioni di "filtro" delle notifiche. In questo caso, non sarebbe giustificata l'equiparazione tra comunicazioni tradizionali (telefoniche) e comunicazioni telematiche perché queste ultime vengono considerate meno invasive e non coerenti con la finalità della norma di tutelare da comportamenti turbano la tranquillità pubblica mediante l'offesa alla quiete privata [87].

Ecco che l'interpretazione *teleologica* consente non soltanto di estendere, ma anche di circoscrivere l'ambito applicativo del concetto descrittivo – e dunque della fattispecie stessa – orientando verso la soluzione interpretativa che si ispira (o che comunque si ispira maggiormente) alla *ratio* espressa dal tipo legale [88].

Quanto agli elementi normativi, come noto, essi possono rinviare ad una norma giuridica oppure extra-giuridica (etico-sociale) [89]:

(a) quando la norma richiamata è una norma giuridica, se il suo contenuto e il suo ambito applicativo sono chiaramente identificabili, tendenzialmente non residuano spazi di discrezionalità ermeneutica [90];

---

[87] Cass., sez. I, 3 ottobre 2023, n. 40033, in *Riv. pen.*, 2023, p. 1053. Criticamente G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 154 e 155, secondo cui il funzionamento si traduce nell'affermazione di una sorta di principio di "autoresponsabilità (tecnologica)" della vittima, esportato al di fuori del più tipico contesto della responsabilità per colpa: in forza del quale, a ben vedere, la persona offesa sarebbe più protetta, nel caso di relazioni intermediate, o avrebbe, in ogni caso, una sorta di onere di auto-protezione, rilevante altresì a garanzia del rispetto del principio di sussidiarietà dell'intervento penale.

[88] In questi termini R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, cit., pp. 9 e 26 ss.

[89] La categoria è stata tradizionalmente definita sulla base di una peculiarità caratterizzante: la riferibilità degli elementi normativi a «dati i quali possono essere rappresentati e pensati solo sotto logica presupposizione di una norma» da K. Engisch, *Die Normativen Tabtestands-elemente in Strafrecht*, Festschrift für Edmund Mezger, Munchen und Berlin, 1954, p. 147, cfr. sul punto la traduzione offerta da D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 217. Cfr. per una ricostruzione della dottrina sulla categoria dei concetti normativi della fattispecie L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 4 ss. Sulla necessità, evidenziata dall'autrice, di distinguere i concetti normativi 'in senso stretto' dai *Wertbegriffe*, *ivi*, spec. p. 69 ss. e 202 ss., su cui si rinvia, *infra*, Cap. III, § 5.

[90] È vero, ad esempio, per il matrimonio avente effetti civili, meno vero per pubblico ufficiale v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, VII ed., cit., p. 131. Quanto a quest'ultimo esempio, si segnala l'elaborazione di indici giurisprudenziali rivelatori della qualifica pubblicistica dell'attività di un privato, su cui v. N. Perricciuolo, *I criteri di attribuzione della qualifica pubblicistica al privato concessionario*, in *Giur. merito*, 1, 2010, p. 465 ss. L'A. analizza criticamente una sentenza che, ai fini del riconoscimento della 'pubblicità della funzione', ne individua gli indici sintomatici nell'articolarsi di un'attività sussidiaria e strumentale al soddisfacimento di fini pubblici,

(b) quando invece la norma incriminatrice richiama una norma extra-giuridica, ci troviamo in presenza di elementi valutativi "in senso stretto" (*Wertbegriffe*) [91], in quanto si fa riferimento a parametri morali, etici o di costume, attraverso i quali il concetto deve necessariamente essere ricostruito per mezzo di un'attività a carattere *discrezionale* [92].

In particolare, nel caso *sub (b)*, secondo la stessa logica sottesa alle clausole generali [93], che costituiscono notoriamente la tecnica legislativa più diffusa in ambito penale [94], l'elemento valutativo si limita a indicare un *generico criterio di valore* che l'interprete stesso utilizzerà poi per l'identificazione dei fatti ad esso riconducibili.

Può così accadere che, quantomeno nel caso di concetti normativi valutativi, si affidi all'interprete un *criterio valoriale* [95] da decodificare e concretizzare

---

nell'esercizio di diritti esclusivi in condizioni monopolistiche e nella sottoposizione a regime concessorio.

[91] Con riferimento specifico agli elementi normativi fondati su regole morali o sociali, G. Ruggiero, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Lineamenti generali*, Jovene, Napoli, 1965, p. 127, il quale ritiene che non sia indeterminato il giudizio di valore, bensì solo *il criterio fonte alla base di tale giudizio*. La distinzione, in realtà, è macchinosa e non riesce a negare l'indeterminatezza dell'elemento normativo globalmente considerato. Sul giudizio di natura deontica che caratterizza gli elementi normativi del Tipo penale, di recente, C.E. Paliero. *Giudizio e pena, sinossi di una diade iconica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2024, p. 1340.

[92] Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.

[93] Le clausole generali consistono in un rinvio (intenzionale) all'interprete – al quale è "delegato" da parte del legislatore il compito di una loro disambiguazione in funzione di parametri variabili e (più di frequente) metagiuridici. Così D. Castronuovo, "*Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*", in *Leg. pen.*, 5 giugno 2017, p. 55. Per il pericolo sotteso alla "fuga verso le clausole generali", inteso come il fenomeno per cui una legislazione trasferisce dal legislatore al giudice il compito di individuare i contenuti del precetto si rinvia a J. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Mohr, 1933 e W. Class, *Generalkglausen im Strafrecht*, in *Festschruft* für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, così come citati in G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale vol. 1*, cit., p. 124. Sul punto anche F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 73, che osserva come in un sistema che apra largamente alle clausole generali, l'esigenza di assicurare la certezza del diritto *impone* pertanto che sia accolto il principio dell'efficacia vincolante del precedente (corsivo aggiunto). Questo potrebbe valere, *a fortiori*, nella misura in cui la clausola generale sia formulata attraverso elementi valutativi.

[94] Sul punto, per tutti, G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale vol. 1*, cit., p. 124 ss., che evidenziano come l'alternativa tecnica casistica sia anche impraticabile in concreto per il rischio di "elefantiasi" della legislazione.

[95] Si pensi alle ipotesi di "morale familiare" o di "interessi nazionali", dove il criterio valoriale è equivoco e sostanzialmente impossibile da accertare nell'ambito sociale poiché riferito ad una collettività estremamente eterogenea, poiché pluralista quanto a valori e orientamenti politici, religiosi, culturali in senso ampio, cfr. F. Palazzo. *Il principio di determinatezza*, cit., p. 353 ss.

nella fattispecie, senza però alcun vincolo definitorio precedente alla sua stessa attività ermeneutica [96].

> Ad esempio, *ex* art. 565 c.p. si fa riferimento a: «chiunque nella cronaca dei giornali o di altri scritti periodici, nei disegni che ad essa si riferiscono, ovvero nelle inserzioni fatte a scopo di pubblicità sugli stessi giornali o scritti, espone o mette in rilievo circostanze tali da offendere la morale familiare». In questo caso il criterio valoriale non ha un significato univoco nell'ambito sociale poiché riferito ad una collettività estremamente eterogenea, di per sé pluralista quanto a valori e orientamenti politici, religiosi, culturali in senso ampio [97].

---

[96] Cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), trad. it., Giuffrè, Milano, 1970, p. 175 ss., spec. p. 205 in cui si riprende H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1993, il quale già evidenziava che i concetti di valore comportano non una sussunzione ma una *definizione valutativa*: «In particolare, Coing distingueva quattro specie di concetti e cioè: 1. concetti sostanziali, che sono rivolti a valori etici, come ad es. la buona fede; 2. concetti sostanziali, che sono rivolti all'essenza di fenomeni tipici della vita sociale compenetrati da un valore, come ad es. la comunione matrimoniale, la proprietà privata nel diritto costituzionale, il possesso e la persona; 3. concetti generali empirici di oggetti ed avvenimenti che sono importanti nella vita sociale, ad es. fondo, casa, albero; 4. concetti generali empirici di tipo tecnico-giuridico, ad es. soggetto di diritto, oggetto di diritto, pretesa, dichiarazione di volontà, scambio» (*ivi*, p. 205). Fra i tipi di concetti citati da Coing, secondo Larenz meritano particolare attenzione i concetti sostanziali che sono rivolti *all'essenza di tipici fenomeni della vita sociale compenetrati da un valore*: «la loro grande importanza è evidente. (...) Quando parla di fenomeni tipici della vita sociale, riecheggia *la forma mentale del tipo*, che ha assunto un'importanza sempre maggiore nella scienza giuridica dell'epoca più recente. (...) in maniera più approfondita, di questa forma mentale si è occupato Engisch. Egli distingue diversi significati del concetto di tipo ed arriva alla conclusione che "l'aspirazione, più o meno cosciente od incosciente ed anche passabilmente motivata, a parlare di tipi nel diritto" esiste "là, dove *ciò che in paragone è concreto*, sia poi questo qualcosa di reale o di evidente o di integrale o di specifico o di individuale, *si sforza di fare irruzione nel mondo dei concetti giuridici*. Un'altra specie di concetto: il *concetto generale-concreto*"» (*ivi*, p. 206). Contrariamente al concetto generale-astratto, il concetto generale-concreto «non è una combinazione di caratteristiche concepite isolatamente, *ma una totalità logica*, che può essere compresa soltanto sviluppando i momenti in essa compresi e l'un l'altro reciprocamente collegati dunque *non nella forma abbreviata di una definizione*. Un tale concetto non è adatto a servire di base per una sussunzione, una può mettere in luce nessi logici che sfuggono alla comprensione mediante i concetti astratti» (*ivi*, p. 207). Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.

[97] Cfr. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 353 ss.; ma anche G. Fiandaca, *La problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Cedam, Padova, 1984, p. 87, il quale segnala che l'uso di elementi elastici valutativi in ordinamenti eterogenei (non totalitari) accentua l'indeterminatezza dei *Wertbegriffe.* Sui rapporti tra uso degli elementi elastici e struttura socio-politica si rinvia a G. Bettiol, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen*., 1941, p. 185.

Proprio per la loro elasticità, gli elementi normativi etico-sociali sono stati paragonati a «organi respiratori» [98] che consentono di adeguare la disciplina penale all'evoluzione della realtà sociale, ma bisogna guardarsi dal rischio di «sopravvalutare il convincimento diffuso secondo cui di questa *funzione adeguatrice* il giudice sarebbe sempre capace» [99].

Peraltro – vale la pena ribadirlo – l'operazione è legittima fin tanto che alla norma sia riconducibile una serie *univoca* di (sotto-)fatti tipici [100], *i.e.* riconducibile al medesimo Tipo criminoso legale. Si ritiene a tal proposito condivisibile la posizione di autorevole dottrina [101], la quale ritiene indeterminati gli elementi valutativi in senso stretto, a meno che il loro segno linguistico riesca a connotare il *parametro valutativo* e quest'ultimo sia in grado, a sua volta, di esprimere univocamente la regola del caso concreto.

In ossequio al rispetto del principio di legalità sostanziale, sarebbe quindi necessario individuare degli strumenti tecnici suscettivi di istituire un costante *raccordo* con la realtà sociale, ossia dei parametri "obiettivamente" controllabili secondo i metri delle scienze empiriche e sociali (ma su questo punto ritorneremo) [102].

Per concludere le notazioni introduttive sul materiale linguistico della

---

[98] Così G. Marinucci, voce *Consuetudine (dir. pen)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 512.

[99] In questi termini G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 96, citando P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, trad. it. Napoli, 1896, p. 306: «Il giudice è spesso incapace di uscire da se stesso, di esaminare, di ravvicinare e valutare tutte le circostanze esterne, tutti i fatti acconci a rivelarci lo stato reale della società, i suoi bisogni e il grado della loro importanza relativa».

[100] P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 43 afferma che «Per esigenze pratiche evidenti (la legge) si serve, invece, di formule comprensive, non sempre limpide e di facile interpretazione; ma ciò non toglie che queste formule possano risolversi nelle fattispecie corrispondenti». Un tale concetto non è adatto a servire di base per una sussunzione ma può mettere in luce i nessi logici che sfuggono alla comprensione mediante i concetti astratti.

[101] Sul punto F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., p. 188; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 431; M. Ronco, *Il principio di tipicità*, cit., p. 178; cfr. specificamente in riferimento al concetto di 'osceno', G. Fiandaca, *La problematica dell'osceno*, cit., che osserva come per la sua decodificazione, si richieda un'attività schiettamente valutativa di analisi dei difficilmente decifrabili parametri morali che la società variamente utilizza per definire cosa superi la soglia dell'accettabilità. In particolare, quanto alla nozione di buon costume, ci si chiede come possa la sua elasticità essere compatibile con il principio, costituzionalmente garantito, della tassatività (*ivi*, p. 86 ss.). In questo caso, infatti, non vi è univocità del valore extra-legislativo richiamato dalla norma penale, perché inesistente o – comunque – di difficilissimo accertamento nel contesto sociale considerato.

[102] Secondo G. Fiandaca, *Diritto penale*, cit., p. 96, potrebbero essere di determinazione legislativa e/o giudiziale. Cfr. *infra*, Cap. IV, § 4.

fattispecie, qualora – attraverso i soli elementi descrittivi e normativi – non sia possibile esprimere compiutamente *ex ante* il Tipo criminoso nel senso dapprima chiarito, si potrà ricorrere all'uso di definizioni legislative.

Queste ultime, infatti, attraverso una sorta di interpretazione autentica 'preventiva', hanno la funzione di precisare il significato di questo o di quel termine "agli effetti penali" [103], vincolando così l'interpretazione giurisprudenziale [104].

Non a caso, diversi esponenti della filosofia analitica ritengono che la "purificazione dei significati" [105] attraverso le definizioni consentirebbe di

---

[103] In questi termini C. Sotis, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 121. Sull'utilizzo di definizioni nel diritto penale, v. A. Cadoppi (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1996, in particolare, i contributi di A. Cadoppi, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, *ivi*, p. 1 ss., il quale ricorda come a lungo nel sistema italiano vi sia stata diffidenza dei confronti di questa tecnica normativa; M. Jori, *Definizioni legislative e pragramtica giuridica*, *ivi*, p. 55 ss.; F. Bricola, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, *ivi*, p. 175 ss.; F. Palazzo, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, *ivi*, p. 381 ss. Cfr. anche F. Angioni, *Le norme definitorie e il progetto di legge-delega per un nuovo codice penale*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 189 ss. Più di recente A. Cadoppi, *Il reato penale*, E.S.I., Napoli, 2022, cit., spec. p. 240 ss.

[104] È chiaro che la capacità della definizione di 'restringere' il campo semantico in ambito penale dipende comunque da come la stessa viene formulata, v. sul punto F. Angioni, *Le norme definitorie e il progetto di legge-delega per un nuovo codice penale*, cit., p. 191, il quale osserva che la definizione può essere più o meno "chiara o oscura", «una definizione è tendenzialmente oscura quando i suoi concetti (gli elementi del *definiens*), più che spiegare il *definiendum*, abbisognano essi stessi di interpretazione (tradendo così la funzione propria delle definizioni, che è quella di chiarire cose ignote o incerte mediante termini noti e certi)». Nella manualistica, cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 130 ss. e G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., p. 128 ss., in cui si riportano vari esempio di definizioni tra cui l'art. 529 c.p. "atti e oggetti osceni": «Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore»; il secondo comma completa la definizione in negativo: «Non si considera oscena l'opera d'arte o di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto». Si obietta che tale definizione è inopportunamente costruita, rinviando a concetti a loro volta "fumosi".

[105] A favore del ricorso alle definizioni, U. Scarpelli, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, cit., p. 26: «Il problema, quindi si sposta sopra le proposizioni correlate (…) a chi spetta in proposito la purificazione dei significati? (…) a mia opinione, è bene per il normatore tenere sotto controllo i concetti impiegati stabilendone definizioni normative»; v. anche C. Luzzati, *Teoria del diritto e "scienza della legislazione"*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, cit., p. 87 ss.; S. Cassese, *Come opinare in modo ragionevole sulla possibilità di adottare leggi chiare*, *ivi*, p. 34 ss. di diversa opinione M. Jori, *Intervento*, ivi, p. 45 ss., che, in particolare, non condivide la fiducia di Cassese nelle definizioni.

eliminare l'incertezza, riducendo la vaghezza e l'ambiguità semantica del linguaggio *in uso prescrittivo* [106].

> Ad esempio, l'art. 600-*ter*, ult. comma c.p. definisce la pornografia minorile in questi termini: «ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali».

La definizione svolge dunque – in linea di principio – una funzione di *actio finium regundorum* quanto alla cornice dei significati possibili della fattispecie legale astratta [107], essendo volta a circoscrivere il disvalore tipico del reato laddove i concetti descrittivi o normativi utilizzati nel precetto non siano sufficienti allo scopo [108]. Ricorrere alle definizioni non significa però annullare *in toto* la componente valutativa del concetto di riferimento, di fatto ineliminabile. La stessa definizione, infatti, può essere oggetto di interpretazione estensiva.

> Ritornando all'esempio della definizione di pornografia minorile *ex* art. 600-*ter* ult. comma c.p., la giurisprudenza fa rientrare nella nozione di organi sessuali anche seno e glutei del minore, in quanto "zone erogene" [109].

---

[106] «Le definizioni sono disposizioni legislative vere e proprie, la cui statuizione non serve ad appagare una mera esigenza teoretica, ma a risolvere casi della pratica (…). Sono questioni di politica criminale, ed il legislatore che le risolve fa opera veramente e propriamente legislativa: il compito più importante di un buon legislatore penale è proprio quello di darci una precisa regolamentazione giuridica degli elementi costitutivi del reato. In tale regolamentazione si contiene infatti inevitabilmente la soluzione del più alto problema di politica criminale, che è…di sapere quando si debba punire e quando no», così G. Delitala, *Diritto penale. Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 280 s.

[107] Questa tecnica legislativa viene impiegata sia nella parte generale, dove, per esempio, si definisce il dolo (art. 43 c.p.), la colpa (art. 43 c.p.), il tentativo (art. 56 c.p.), che nella parte speciale, dove si definiscono termini ricorrenti in diverse norme incriminatrici (ad esempio la definizione di prossimi congiunti *ex* art. 307 c.p.), oppure termini presenti in singole disposizioni incriminatrici come, ad esempio, le immagini virtuali nel reato di pornografia virtuale *ex* art. 600-*quater*.1, comma 1, c.p.: «le disposizioni di cui agli articoli 600 ter e 600 quater si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo. Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali». Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 81 s.

[108] Per il rapporto tra definizione e "*typus*" v. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit. p. 358 ss., secondo cui il tipo non si esaurisce nella definizione ma è *indiziato* dal significato delle parole che esprimono la fattispecie (corsivo aggiunto).

[109] Cass., sez. III, 8 gennaio 2020, n. 9354 (che estende la nozione di "organi sessuali" i seni e

Peraltro, occorre anche sottolineare come non sempre la definizione 'purifichi' il significato, anzi vi sono casi in cui la stessa definizione contribuisce, paradossalmente, all'*inintellegibilità* del precetto [110].

> Ad esempio, l'art. 452-*quater* c.p. punisce, attraverso una clausola generale, chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale, definendo poi il disastro ambientale, in questi termini: «Costituiscono disastro ambientale alternativamente: 1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; 2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; 3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo». Come già rilevato in dottrina, si tratta di un elenco di concetti indeterminati, che non contribuiscono affatto a circoscrivere l'ambito applicativo della fattispecie. In particolare, la formulazione del n. 3 associa al concetto di disastro ambientale requisiti dimensionali di per sé vaghi come "l'entità della compromissione" o i suoi generici "effetti lesivi" ovvero "per il numero delle persone offese o poste in pericolo", «non risultando in alcun modo comprensibile, tra l'altro, (a) in quale evento naturalistico si debba sostanziare il disastro, né (b) se – come dovrebbe desumersi dalla disgiuntiva "ovvero" – possa esservi disastro 'ambientale' senza alcuna compromissione dell'ambiente, né ancora (c) se – come sembrerebbe suggerito dalla giustapposizione tra persone "offese" e semplicemente "poste in pericolo" – gli eventi letali o lesivi a carico di singole vittime siano da considerarsi costitutivi del concetto di disastro, con conseguente (e stravagante) assorbimento nella nuova incriminazione di tutti gli omicidi volontari che siano conseguiti alla condotta dell'agente» [111].

Riassumendo. La definizione, se correttamente formulata, può contribuire a circoscrivere i significati possibili; d'altro canto, ciò non significa escludere *tout court* il contributo dell'attività interpretativa che, in base alla mutevole sensibilità storico-sociale, può comunque ampliare l'ambito applicativo della fattispecie nei limiti dell'interpretazione estensiva [112].

---

i glutei, come "zone erogene"); Cass., sez. III, 19 ottobre 2021, n. 6302 (che estende la nozione stessa ai "glutei o natiche": si tratta in questo caso della foto di una bambina sul bidet). Sul punto, problematicamente, v. A. Cadoppi, *Il reato penale*, cit., p. 240 nota 26, secondo cui in questi casi le sentenze sembrano travalicare i confini della definizione legislativa.

[110] «L'inintelligibilità del precetto mina in radice la prevedibilità delle (future) decisioni giudiziarie», così F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 22.

[111] F. Viganò, *ibidem*.

[112] Del resto, è quanto si verifica nel sistema anglosassone, in Inghilterra in particolare, dove

Sempreché – si ribadisce – tale operazione sia coerente con il nucleo di disvalore che contraddistingue quella norma penale, *i.e.* il Tipo criminoso espresso dalla fattispecie [113]. Questo nucleo 'costante' dovrebbe essere individuabile, a un livello di astrazione più elevato, a partire dall'analisi della costruzione linguistica del testo alla stregua delle regole comunemente accettate sul significato delle parole e sulla sintassi della frase [114].

Pur nella molteplicità delle interpretazioni, l'identità della norma dovrebbe essere quindi assicurata dal *vincolo del testo*, inteso non solo nella sua capacità descrittiva sul piano della formulazione semantica e sintattica, ma nella sua *capacità evocativa* di significato: in questo senso, «il vincolo del testo garantisce la distinzione tra produzione del diritto e applicazione, tra legislazione e giurisdizione» [115].

Ciò non significa affatto ignorare il ruolo che assume il contesto nel processo interpretativo: le varianti contestuali attribuiscono al testo un significato adeguato al caso concreto, che è *tipologicamente* ricostruito dal giudice selezionando le circostanze di fatto riconducibili alla fattispecie astratta.

> Ad esempio, si pensi alla fattispecie di atti persecutori (c.d. "*stalking*") *ex* art. 612-*bis* c.p.: «chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare

---

le definizioni subiscono una sorta di affinamento, analisi e precisazione attraverso il processo e mediante la contrapposizione delle parti, cfr. F. Palazzo, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, cit., p. 389.

[113] Cfr. R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, cit., p. 8 ss., secondo cui i classici canoni ermeneutici della lettera, del sistema, della conformità a Costituzione etc., vengono in gioco soprattutto per definire lo stesso tipo legale e quindi nella sostanza il criterio *teleologico* alla luce del quale si potrà adottare la soluzione ermeneutica che per l'appunto risulta più conforme al tipo legale (*ivi*, p. 9). La nuova ermeneutica si fonda sui seguenti passaggi: (i) messa a fuoco delle alternative ermeneutiche; (ii) individuazione delle differenti *rationes* sottostanti alle plurime interpretazioni; (iii) verifica di quale *ratio* esprime il tipo legale; (iv) adozione della soluzione interpretativa che si ispira o che comunque si ispira maggiormente alla ratio espressa dal tipo legale. L'A. rileva tal proposito, che i criteri ermeneutici classici della lettera, del sistema, della conformità ai principi, etc. vengono in gioco per definire lo stesso tipo legale tipizzato dal legislatore (*ivi*, p. 26).

[114] Si richiama qui la distinzione fondamentale *tra testo e significato* offerta da L. Mengoni, *Diritto e tempo*, cit., p. 639, alla quale si accompagna la distinzione tra testo e contesto. Cfr. anche F. Poggi, *Contesto e significato letterale*, cit., p. 169 ss., spec. p. 188, che propone una "ridefinizione" del significato letterale, tenendo conto anche degli elementi contestuali.

[115] Così L. Mengoni, *Diritto e tempo*, cit., *Ibidem*.

le proprie abitudini di vita». Considerato che la *ratio* della norma è reprimere le condotte di chi "perseguita" un'altra persona limitandone l'autodeterminazione individuale, la giurisprudenza vi ha fatto rientrare anche condotte riconducibili al c.d. *stalking* condominiale, allo *stalking* occupazionale, allo *stalking* giudiziario [116]. La norma, nata per reprimere il fenomeno dello *stalking* nel 'contesto criminologico' delle relazioni sentimentali [117], si presta ad essere applicata anche se le condotte vengono commesse in altri contesti che comunque rientrino nel Tipo criminoso legale, la cui *ratio* è la tutela della libertà morale e dell'autodeterminazione individuale contro atti persecutori [118].

---

[116] Ad esempio, sullo *stalking* "condominiale" v. Cass., sez. V, 1 febbraio 2021, n. 3795: «Integra il delitto di atti persecutori di cui all'articolo 612-*bis* c.p. la condotta del condomino che pone in essere molteplici azioni di disturbo nei confronti del gestore di un esercizio commerciale idonee a destabilizzarne lo svolgimento dell'attività»; sullo *stalking* "occupazionale" v. Cass., 18 gennaio 2022, n. 12827: «Integra il delitto di atti persecutori la condotta di *mobbing* del datore di lavoro che ponga in essere una mirata reiterazione di plurimi atteggiamenti convergenti nell'esprimere ostilità verso il lavoratore dipendente e preordinati alla sua mortificazione ed isolamento nell'ambiente di lavoro – che ben possono essere rappresentati dall'abuso del potere disciplinare culminante in licenziamenti ritorsivi – tali da determinare un vulnus alla libera autodeterminazione della vittima, così realizzando uno degli eventi alternativi previsti dall'art. 612-*bis* c.p.»; sullo *stalking* "giudiziario" v. Cass., sez. V, 16 gennaio 2023, n. 17171: «in tema di atti persecutori, costituiscono molestie elemento costitutivo del reato, le azioni reiteratamente promosse in sede civile (nella specie ventitré in dieci anni), in base ad un'unica ragione contrattuale, da un asserito creditore che si era precostituito titoli esecutivi fondati su atti da lui falsificati e si era avvalso, quindi, di fatti consapevolmente inventati in funzione dell'unilaterale e ingiustificata modifica aggravativa della posizione del debitore, realizzata con abuso del processo, atteso che la falsificazione dei titoli e la reiterazione dell'azione giudiziaria risulta causativa di uno degli eventi alternativi previsti dall'art. 612-*bis* c.p.».

[117] Occorre infatti distinguere la "precomprensione socio-criminologia" che ha influenzato il legislatore storico dal disvalore tipico del reato. Cfr. specificamente con riferimento alla fattispecie di *stalking*, A.M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 51 ss. Sul rapporto tra "pregiudiziali socio-criminologiche" e definizione del Tipo criminoso, v. *infra*, Cap. II, § 4.4.

[118] Cfr. anche Corte cost., n. 172 del 2014, cit., che nel dichiarare la norma conforme ai principî di precisione e determinatezza afferma che il fatto che legislatore, nel definire le condotte e gli eventi, abbia fatto ricorso a una enunciazione sintetica della norma incriminatrice: «[...] non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza, purché attraverso l'interpretazione integrata, sistemica e teleologica, si pervenga alla individuazione di un significato chiaro, intellegibile e preciso dell'enunciato» (§ 4.2), e per il consueto inciso di chiusura in base al quale «deve rammentarsi come spetti al giudice ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato» (§ 5).

A tale ragionamento si potrebbe obiettare che, se il Tipo criminoso è una figura logico-teleologica [119] in base alla quale è possibile non solo *ridurre* ma anche *estendere* i confini della fattispecie, non sarebbe possibile distinguerlo dall'analogia *in malam partem* [120].

È dunque necessario, a margine delle esemplificazioni riportate, ribadire a livello teorico la distinzione tra:

---

[119] Cfr. sul tema H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., p. 277, secondo cui «l'applicazione della legge non può essere intesa semplicemente come una sussunzione, ma come un processo di esercizio mirato della volontà in cui le *valutazioni derivanti dalla legge*, siano esse di natura morale o pragmatica, svolgono un ruolo decisivo. Il giudice non deve semplicemente classificare i fatti in modo logico secondo i termini dell'ordinanza, egli deve chiedersi *teleologicamente* se la norma giuridica debba essere applicata ai fatti così come si presentano davanti a lui, secondo i suoi scopi morali e pratici. Egli deve poi interpretare anche i termini generali utilizzati nelle disposizioni di legge (...)», poi v. *ivi*, p. 281, in cui si espone il metodo di interpretazione giuridica teleologica sopra descritto, che è stato anche chiamato *metodo critico-valoriale*: «il giudice deve esaminare il caso per determinare gli interessi in conflitto; deve chiedersi come il legislatore abbia valutato un simile conflitto; poi lo cercherà con l'aiuto della legge, dei precedenti e della letteratura; così facendo, comprenderà i fatti giuridici dal punto di vista della legge, cioè *teleologicamente*». A questa tesi, osserva, l'A., si potrebbe obiettare che nella pratica molti casi, se non la maggior parte, sono stati decisi senza un esame così dettagliato, ma piuttosto mediante una semplice sussunzione. Ciò è indiscutibile: vi sono gruppi di casi i cui problemi sono stati riconosciuti da tempo e per i quali la questione di quale norma debba essere utilizzata per deciderli è stata chiarita dal diritto e dalla sua interpretazione nei precedenti e nella scienza. Qui il giudice può e deve effettivamente utilizzare il risultato di questo lavoro preparatorio, conformemente ai principî di parità di trattamento e di certezza del diritto. Tuttavia, «nessun buon giudice può o agirà mai in modo del tutto routinario; manterrà la capacità di distinguere quando un caso, anche un caso che a prima vista sembra essere un caso di routine, richiede un esame più approfondito nel senso della procedura qui descritta».

[120] Sulla difficile distinzione tra "estensione teleologica" e analogia", v. già K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 216. Sul problema dei confini tra interpretazione e applicazione analogica si riscontrano diverse posizioni nella dottrina penalistica, *ex multis* (in ordine cronologico): G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p. 7 ss.; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., pp. 529-535; R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1778-1782; F. Giunta, *Nota introduttiva al dibattito "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale"*, in *Criminalia*, 2016, pp. 157-160; M. Donini, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2016, 3, p. 22 ss.; D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 164 ss.; O. Di Giovine, «*Salti mentali*» *(analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, pp. 55-67; V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit.; V. Maiello, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene*, in *DisCrimen*, 18 novembre 2020, p. 21 ss.; C. Cupelli, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021, 4, pp. 1807-1815; F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, cit., pp. 2-7.

(a) il modo in cui il criterio della *ratio* della norma opera nella determinazione dei confini della fattispecie nei limiti dell'interpretazione estensiva del testo;
(b) il modo in cui il criterio della *ratio* della norma opera nell'applicazione analogica in *malam partem*.

Nel caso *sub(a)*, l'applicazione del *criterio teleologico* (o tipologico) consente di puntualizzare il significato che assume il materiale linguistico della fattispecie in ambito penale rispetto a quello in uso nella prassi linguistica comune, circoscrivendone la portata semantica ai sensi dello 'scopo della norma' [121]; diversamente, nel caso *sub(b)* si intende colmare una lacuna andando oltre i significati letterali estraibili alla luce del criterio tipologico, 'rimediando' alla constatata estraneità di un fatto al Tipo criminoso.

Mutuando ai nostri fini le riflessioni di Krey sul punto [122]: un conto è l'atto interpretativo che si muove all'interno del "*programma di decisione*" rappresentato dalla norma (*secundum legem*); altro conto è l'atto interpretativo che si muove invece all'esterno di esso (*contra* o *praeter legem*) [123].

---

[121] Per una distinzione tra "riduzione teleologica" e analogia, v. già K. LARENZ, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 210, *supra* note 77-78. Di recente, cfr. le osservazioni di R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 153: «Ebbene, nella scelta della *ratio* il giudice dovrebbe relazionarsi alla legge, non solo e non tanto in termini di significato linguistico, quanto piuttosto soprattutto in termini di scopo emergente dal "tipo criminoso" così come tipizzato dal legislatore. Ecco allora che tra *ratio* legale in quanto suggerita dal tipo criminoso tipizzato dal legislatore e *ratio* giurisprudenziale in quanto suggerita da un tipo criminoso diverso da quello legale ed elaborato per l'appunto dalla giurisprudenza, il giudice dovrebbe orientarsi nel senso della *ratio* derivante dal tipo legale». v. *supra*, § 3., nel caso esemplificativo delle molestie telefoniche, in cui la Cassazione, con la sentenza Cass., sez. I, 3 ottobre 2023, n. 40033 ha interpretato il concetto di "mezzo del telefono" *ex* art. 660 c.p. rispetto alla messaggistica istantanea limitandone l'area semantica, a seconda che il soggetto possa o meno sottrarsi all'interazione immediata con il mittente, ad esempio mediante le funzioni di "filtro" delle notifiche. In questo caso non sarebbe giustificata l'equiparazione tra comunicazioni tradizionali (telefoniche) e comunicazioni telematiche perché queste ultime vengono considerate meno invasive e non coerenti con la finalità della norma di tutelare da comportamenti che turbano la tranquillità pubblica mediante l'offesa alla quiete privata.

[122] Cfr. V. KREY, *Studien zun zum Gesetzsvorbehalt im Strafrecht. Eine Einfuhrung in die Problematik des Analogieverbots*, Berlin, 1977, p. 127 ss.

[123] Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 211 ss., che analizza il divieto di analogia come divieto di interpretazioni *praeter* o *contra legem* a sfavore del reo nella dottrina di Krey, V. KREY, *Studien zun zum Gesetzsvorbehalt im Strafrecht. Eine Einfuhrung in die Problematik des Analogieverbots*, Berlin, 1977, p. 127 ss. L'impostazione proposta da Krey, che si ritiene coerente con la tesi sostenuta nel presente studio, non pare del tutto convincente per l'A.; secondo Viganò, essendo la *ratio* non scritta né dichiarata in modo esplicito e dunque la sua individuazione frutto di un processo

L'atto interpretativo si considera *secundum legem* quando: (a) dal punto di vista formale, è compatibile con i possibili significati letterali della norma; (b) dal punto di vista materiale, costituisce applicazione della *ratio* della norma medesima, intesa "in senso soggettivo" con riferimento alla scelta di valori che il legislatore storico ha trasfuso nella norma. Diversamente, l'analogia (*contra* o *praeter legem*), riprendendo l'icastica immagine offerta da Palazzo, «spezza il Tipo», sciogliendolo in un *continuum* che è l'esatto contrario della formulazione tipologica dell'illecito penale [124].

In altri termini, finché l'interpretazione si muove all'interno del Tipo espresso dal testo legislativo, non si può parlare di analogia, in quanto l'operazione consiste nel riportare nella cornice della fattispecie fatti 'analoghi' in quanto riconducibili al nucleo di disvalore *omogeneo* che emerge (o meglio, dovrebbe emergere) dal testo [125]. L'analogia, di contro, estende la disciplina legislativa ad un Tipo caratterizzato da similitudini naturalistiche, ma *valutativamente eterogeneo* [126].

---

interpretativo da parte del giudice, occorrerebbe attenersi solo al *criterio letterale* utilizzando il linguaggio comune in quanto autonomo e distinto rispetto all'interpretazione della norma. L'"arricchimento" del *nullum crimen* con il vincolo del rispetto della *ratio legis* «finirebbe per tradursi in uno *snaturamento* del principio stesso, che proprio a causa dell'inserimento di punti di vista interni all'interpretazione verrebbe privato della sua idoneità a funzionare quale limite esterno rispetto ad essa» (*ivi*, pp. 214-215). A parere di chi scrive, è possibile, sebbene a interpretazione già compiuta, distinguere – in sede di motivazione – tra interpretazione conforme al Tipo (*secundum legem)* e analogia vietata (*preater* o *contra legem)*. Purché – ed è questo il presupposto da cui muove il presente studio – la disposizione sia in grado di esprimere *ex ante* un disvalore omogeneo. Cfr. *supra*, §§ 2. e 3.

[124] F. Palazzo, *Testo*, *contesto e sistema*, cit., p. 353, osserva che, «se il tipo non può essere espresso e non è conoscibile altro che attraverso il linguaggio, abbandonare il divieto di analogia in nome della insufficienza linguistica significherebbe nel contempo *rinunciare anche alla tipicità*» (corsivo aggiunto). L'omogeneità valutativa dei fatti da sanzionare costituisce il reale riferimento e risponde alla esigenza garantista sottesa al divieto dell'analogia, cfr. anche Id., "*Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico"*, in AA.VV., *L'interpretazione e il giurista*, Cedam, Padova, 2003, p. 520 ss.

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

[126] D'altronde, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale per violazione del divieto di analogia nel caso di fattispecie in cui il legislatore elenca una serie di

Breve. Nel primo caso si mira a *precisare* il Tipo, nel secondo caso si mira a *trascenderlo* [127].

Per concludere, si può quindi confermare che nel processo ermeneutico "non c'è testo senza contesto" [128], senza che questo comporti necessariamente un tradimento dei principî fondamentali del sistema penale.

4. *Quando il contesto prende il sopravvento sul testo*

Dunque. Il "circolo ermeneutico" [129] che viene a crearsi tra norma e caso si può ritenere in linea di principio un processo fisiologico, nella misura in

---

ipotesi omogenee che consentono di individuare un *genus* che ricomprende sia i casi espressamente menzionati nella norma sia i casi non menzionati ma evocati con le formule "e simili" e analoghi". Cfr. Corte cost., n. 27 del 1961: «in taluni casi le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive (es.: artt. 600, 601, 602,705,708, 710, ecc. Cod. pen.), ovvero anche, come appunto nella norma impugnata, di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni come "e simili", "e altri simili", "e altri analoghi". In tali casi, ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi da essa non previsti, bensì di *attuare il procedimento ordinario di interpretazione*, anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione» (v. *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto). In dottrina, si distingue questa ipotesi dalle fattispecie c.d. ad "analogia esplicita", in cui il legislatore elenca una serie di ipotesi eterogenee che non consentono di individuare un *genus* al quale ricondurre le ipotesi menzionata e che pertanto violano il principio di tassatività, cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 181-182.

[127] Cfr. sul punto G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, cit., p. 104, che rileva come, ovviamente, stabilire se si realizzi l'una o l'altra delle due possibilità non è sempre facile nella prassi, e, comunque, può essere fatto solo a interpretazione compiuta, confrontando le ragioni addotte a suo sostegno con quelle adducibili in contrario.

[128] In questi termini, F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 517 ss.; ma v. anche L. Mengoni, *Diritto e tempo*, p. 638, secondo cui solo nell'ambito di un "platonismo semantico" si può pensare che riconoscere il tempo come elemento consustanziale al diritto sia inconciliabile con la concezione del diritto come valore oggettivo e non mero prodotto della ragione strumentale.

[129] Stigmatizzato da P. Nuvolone, *Il possesso nel diritto penale*, cit., p. 55 come «circolo vizioso», ma l'idea di una circolarità non viziosa si trova già in G. Radbruch, *Idea e materia del diritto*, *Uno schizzo*, in G. Carlizzi-V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 37 e ha avuto la sua formulazione più influente in K. Engisch, *Interpretazione, prova e sussunzione*, in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 41: «Non si tratta forse di un circolo? […] a ben vedere, si tratta soltanto di una continua interazione, di un andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore ed episodio di vita, e non certo di un circolo fallace). Sul concetto di circolo o "spirale", W. Hassemer, già *supra*, nota 59.

cui sia contenuto nei *limiti* del Tipo criminoso legale che emerge dall'enunciato normativo. Tuttavia, se la fattispecie non è in grado di esprimere un disvalore omogeneo, il divieto di analogia non impedisce operazioni ermeneutiche che, influenzate dal contesto, finiscono per introdurre nuove interpretazioni *apparentemente* coerenti con il contenuto descrittivo del testo, ma capaci di mutarne il nucleo di *significato valutativo* e, quindi, la stessa *consistenza* dell'oggetto tutelato [130].

Peraltro, nella prassi è ormai in crisi l'assunto in base al quale il divieto di analogia espresso dagli artt. 1 c.p., 14 preleggi e 25, comma 2 Cost. possa fondare nel sistema giuridico un reale argine *sintattico e semantico* per l'interprete rispetto all'attribuzione di un significato che travalica il contenuto del testo [131].

Da tempo si parla di come diversi fattori, endogeni ed esogeni [132], concorrano a determinare la messa in discussione della concezione del principio di legalità inteso come riserva di legge di tradizione illuministica [133], nonché dei suoi corollari. Si registra, infatti, una *trasfigurazione* della legalità penale, da granitica a liquida [134], con una crescente 'ascesa' del potere giudiziario nel sistema "reticolare" delle fonti e un sempre maggiore *iato* tra la dimensione

---

[130] Cfr. F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 530, il quale porta alcuni esempi, tra cui lo sfruttamento della c.d. prostituzione telematica, in particolare Cass., sez. III, 22 aprile 2004, in cui la Cassazione ha ritenuto che gli organizzatori e gestori di un sito internet in cui si trasmettevano per videoconferenza di atti sessuali a pagamento potessero rispondere di sfruttamento della prostituzione in quanto la nozione legale di prostituzione non implicherebbe la necessità di contatti fisici sessuali. L'A. ritiene che l'operazione sia analogica benché si muova all'interno del significato linguistico di prostituzione, andando a modificare anche lo stesso bene giuridico tutelato rispetto all'originario intento della legge Merlin. Per una distinzione tra interpretazioni che si collocano "nella lettera ma fuori dal tipo legale", interpretazioni "fuori della lettera, ma nel tipo" e interpretazione "fuori dalla lettera e dal tipo", di recente, R. Bartoli, *I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative,* cit., p. 923 ss.

[131] Così V. Velluzzi, *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia 2012*, p. 305 ss., di recente anche G. Silvestri, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *Sist. pen.*, 17 maggio 2024.

[132] Cfr. G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, p. 1406 ss.

[133] Sul tema si rinvia alle riflessioni di L. Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, p. 1668 ss. sul ruolo "evanescente" del potere legislativo.

[134] In questi termini C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, cit., p. 1099 ss., riprendendo l'imprescindibile riferimento a M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986.

legale astratta e la dimensione giurisprudenziale concreta [135], destinato a minare l'autodeterminazione dei consociati.

Tra le cause endogene che contribuiscono a determinare la situazione attuale vi è certamente la scarsa qualità della legislazione, spesso caratterizzata da norme eccessivamente generiche o incapaci di descrivere in modo completo la fattispecie astratta, che conferiscono al giudice un ruolo di assoluta *preminenza* nella delimitazione dell'ambito di operatività della norma penale e di definizione del Tipo criminoso.

D'altronde, un basso tasso di comunicatività del linguaggio normativo [136], comporta inevitabilmente, soprattutto in presenza dei c.d. "casi difficili" [137], una fluttuazione dei confini del significato [138]. In alcuni casi, addirittura, l'interprete esercita un vero e proprio potere di *risemantizzazione* dei termini scolpiti dalla legge [139], elaborando un Tipo criminoso giurisprudenziale che si discosta da quello legale [140].

---

[135] Sulla tendenza ad elaborare anche un "tipo criminoso giurisprudenziale" che si distingue da quello legale, R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 149 ss. v. anche Id., *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *Sist. pen.*, cit., p. 8 ss.; Id., *I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative*, cit., p. 923 ss.

[136] Cfr. C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999; sulla qualità della redazione delle leggi si rinvia a U. Scarpelli, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, cit., p. 5 ss.

[137] Come noto, nella teoria dell'interpretazione giuridica, i "casi facili" sono quelli in cui è più immediata l'applicazione della norma, mentre i "casi difficili" sono quelli che richiedono un'attività interpretativa più complessa. È una distinzione che risale a H. Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, cit., Cap. VII. Si potrebbe, peraltro, anche sostenere che tutte le questioni interpretative sono difficili, poiché comportano una scelta discrezionale dell'interprete, che, proprio in quanto discrezionale e non arbitraria, incontra comunque dei limiti, in questi termini V. Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, cit., p. 494 ss.

[138] Per un approfondimento, R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993 p. 329 s., a parere del quale la stessa distinzione tra casi "chiari" e "oscuri" sarebbe tracciabile soltanto in esito all'attività interpretativa; cfr. anche O. Di Giovine, *L'interpretazione*, cit., p. 295 ss.; M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 65 ss.; Id., *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite*, in *Sist. pen.*, cit., p. 1 ss.

[139] Cfr. M. Vogliotti, voce *Legalità*, cit., p. 378 ss.; G. Mannozzi, *Le parole del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1462 ss.; R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 149 ss.

[140] Sul punto, in particolare, R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., che osserva

(a) Si pensi all'icastico esempio della "concussione ambientale", una peculiare variante "di origine giurisprudenziale" della fattispecie di concussione [141]. Come noto, la concussione ambientale ricomprendeva nel tipo legale anche l'ipotesi in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, pur senza avanzare esplicite minacce, strumentalizzando i propri poteri o la propria qualifica soggettiva, agiva in modo da ingenerare nel privato uno stato di soggezione e la relativa convinzione di dover effettuare la illecita dazione o promessa, sulla scorta di una prassi consolidata nell'ambiente di riferimento [142]. Il diritto vivente ha così ampliato le modalità con cui il reato di concussione poteva manifestarsi nella realtà fenomenica [143], introducendo il riferimento alle prassi tacite, tali per cui il privato percepiva il pagamento del denaro o la dazione di altre utilità come condizione necessaria ai fini della permanenza nel giro di affari della P.A. [144].

---

come il consolidarsi di un "tipo criminoso giurisprudenziale" è inevitabile perché il rispetto del vincolo del tipo criminoso legale è interamente rimesso nelle mani della stessa giurisdizione, ragion per cui la giurisprudenza può giungere e permanere nella disattesa del "tipo criminoso legale", forgiando una sorta di "tipo criminoso giurisprudenziale", in quanto non esiste alcun rimedio attivabile contro l'orientamento stabilizzato mediante una sentenza delle Sezioni Unite. L'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p. rafforza oltretutto una certa "autoreferenzialità" giurisprudenziale (*ivi*, p. 157).

[141] L'art. 317 c.p. prevede che «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe [o induce] taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni».

[142] Cfr. le pronunce legate soprattutto al periodo di Tangentopoli, nelle quali è stata applicata la concussione per induzione nei confronti del pubblico ufficiale giudicando non colpevole *l'extraneus* che veniva condizionato dalla "intimidazione ambientale", per tutte, Cass., sez. VI, 18 dicembre 1998, n. 13395.

[143] Sul punto v. M.T. Collica, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 195 ss., spec. p. 213 ss.

[144] Critici sulla concussione ambientale, tra gli altri, G. Forti, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 491 ss.; E. Musco, *Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione*, in AA.VV. (a cura di), *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Cacucci, Bari, 1996, p. 46; G. Contento, *Concussione*, in T. Padovani (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Utet, Torino, 1996, p. 117 ss.; T. Padovani, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1313 ss.; Id., *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 787 ss.; V. Manes, *La concussione "ambientale" da fenomenologia a fattispecie "extra legem"*, in *Foro it.*, 2, 1999, c. 645 ss.; G. Fiandaca, *Esigenze e prospettive di riforma* dei reati di concussione e corruzione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 890 ss.

La riforma dei delitti contro la P.A., introdotta dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, è poi intervenuta sull'art. 317 c.p., come si sul dire, "spacchettando" [145] la fattispecie e ricomprendendo le condotte riconducibili alla concussione ambientale sotto la nuova previsione normativa prevista dall'art. 319-*quater* c.p., che incrimina l'induzione indebita a dare o promettere utilità [146].

In tal modo, almeno a prima vista, si è completato, su questo terreno, un processo di 'finalizzazione legislativa', sia pure topograficamente dislocata, di un sotto-tipo concussivo di creazione giurisprudenziale.

Tuttavia, la riforma ha dato luogo a nuove questioni interpretative sui confini intercorrenti fra le fattispecie di concussione e induzione indebita [147] (e –

---

[145] In questi termini F. Palazzo, *Concussione*, *corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 229.

[146] L'art. 317 c.p. prevede oggi solo l'incriminazione della condotta costrittiva mentre il nuovo art. 317-*quater* c.p., rubricato "Induzione indebita a dare o promettere utilità", sanziona con una pena sensibilmente minore la condotta induttiva e reprime al secondo comma anche la condotta del soggetto passivo: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni ovvero con la reclusione fino a quattro anni quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e il danno o il profitto sono superiori a euro 100.000». Cfr. C. Benussi, in G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 754 ss.

[147] Sul tema v. T. Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 788 ss.; A. di Martino, *Induzione indebita: contenuti (incerti) e confini (indefiniti) (art. 1, comma 75, lett. d)*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 639 ss.; M. Ronco, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 45 ss.; P. Severino, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 10 ss.; M. Scoletta, *I mobili confini tra concussione e induzione indebita nelle prime sentenze della Corte di cassazione*, in *Riv. NelDiritto*, 5, 2013, p. 888 ss.; V. Mongillo, *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione. Aspettando le Sez. Unite*, in *Riv. trim. Dir pen. cont.*, 3, 2013, p. 172 ss.; M. Pelissero, *Concussione e induzione indebita a dare e a promettere utilità*, in C.F. Grosso-M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 205 ss.; spec. V. Mongillo, *L'incerta frontiera*, cit., p. 172 ss., rileva che, quando il concetto di "induzione" è finalmente riuscito a ritagliarsi uno specifico ed autonomo ambito di tipicità penale, nella giurisprudenza di legittimità sono presto affiorati, in seno alla VI Sezione, almeno tre diversi indirizzi – uno dei quali scomponibile in due ulteriori sotto indirizzi – in merito ai criteri di distinzione con la sovrastante fattispecie concussiva e le limitrofe figure corruttive. La *quaestio iuris* demandata alle Sezioni Unite riguardava proprio «la linea di demarcazione tra la fattispecie di concussione (prevista dal novellato art. 317 cod. pen.) e quella di induzione indebita a dare o promettere utilità (prevista dall'art. 319-*quater* cod. pen. di nuova introduzione) soprattutto con riferimento al rapporto tra la condotta di costrizione e quella di induzione».

à rebours – anche rispetto alla corruzione), che hanno richiesto l'intervento delle Sezioni Unite nella nota sentenza Maldera [148]. Intervento, peraltro, non risolutivo, che ha suscitato critiche da parte della dottrina per l'eccessivo ampliamento della discrezionalità giurisdizionale proprio nei casi rientranti nella c.d. zona grigia [149]. Infatti, le Sezioni Unite Maldera, pur mosse dall'intento di fornire un'interpretazione «*tassativizzante*» [150], suggeriscono l'utilizzo di "indici sintomatici" [151] funzionali a differenziare il grado di condizionamento

[148] Cfr. Cass., sez. un., 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera con commenti di S. Seminara, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 563 ss.; P. Pisa, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 568 ss.; G.L. Gatta, *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2014, p. 1580 ss.; M. Donini, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU. 24 ottobre 2013 – 14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1489 ss.; G. Balbi, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere, Alcune osservazioni in margine a Cass., Sezioni Unite, 24 ottobre 2013, n. 12228, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, p. 143 ss.; A. Sessa, *Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in *Dir. pen. cont*., 1, 2015, p. 241 ss.; M.T. Collica, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 195 ss.

[149] In tal senso G. Balbi, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere*, cit., p. 143 ss.; M. Donini, *Il corr(eo) indotto tra passato e* futuro, cit., p. 1489 ss.

[150] Sul punto F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, p. 8.

[151] In particolare, i confini della condotta di induzione indebita rispetto (da un lato) alla costrizione *ex* art. 317 c.p. e (dall'altro) al patto corruttivo vengono tracciati in sede processuale in base ai c.d. "parametri rilevatori" del danno *contra ius* e del vantaggio indebito, apprezzati nella loro "operatività dinamica". Cfr. Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, Maldera, cit., p. 14: «In sostanza, il criterio discretivo tra la fattispecie di concussione e quella di induzione indebita è da individuare nel *diverso effetto che la pressione del soggetto pubblico spiega sul soggetto privato*, con la precisazione che, per le situazioni dubbie, deve farsi leva, in funzione complementare, anche *sul criterio del vantaggio indebito perseguito dal secondo*" e p. 40: «i parametri rivelatori dell'abuso costrittivo o di quello induttivo (danno *contra ius* e vantaggio indebito) possono trovare entrambi riscontro in una determinata situazione fattuale o evidenziare, se isolatamente considerati, una scarsa valenza interpretativa, sicché, onde evitare soluzioni confuse, devono essere apprezzati, come si è sottolineato in dottrina, non nella loro staticità, ma nella loro *operatività dinamica*, enucleando, sulla base di una valutazione approfondita ed equilibrata del fatto, il dato di maggiore significatività», mentre indice sintomatico dell'induzione rispetto alla corruzione sarebbe l'iniziativa assunta dal pubblico agente, p. 49: «Il requisito che contraddistingue, nel suo peculiare dinamismo, l'induzione indebita, differenziandola dalle fattispecie corruttive è la condotta comunque prevaricatrice dell'*intraneus*, il quale, con l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri, convince *l'extraneus* alla indebita dazione o promessa». Sul punto M. Pelissero, *Concussione e induzione indebita a dare e a promettere utilità*, cit., p. 280.

psichico della condotta abusiva del pubblico ufficiale [152]; in tal modo – di fatto – demandando al processo l'elaborazione di un *criterio di distinzione tra le condotte tipiche*, «consapevoli di come, proprio nei "casi difficili", il problema del criterio discretivo si scarica sul processo, giocandosi sul terreno della prova» [153]. Per quanto più rileva ai nostri fini, ecco che in presenza di fattispecie poco pregnanti sul piano tipologico [154], la prova surroga inevitabilmente il suo oggetto: a ben vedere, alla Corte non viene richiesto di risolvere un problema di prova, bensì un *problema di tipicità*, che viene affrontato – ma non risolto [155] – ricercando indicatori funzionali a inquadrare la tipicità dolosa

[152] Sul punto M.T. Collica, *La tenuta della sentenza Maldera*, *tra conferme e nuovi disorientamenti*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 218, che rileva come, trattandosi di reati basati su coazioni psichiche, è inevitabile riferirsi al percorso motivazionale che sta dietro la decisione del privato: è bene, tuttavia, agganciarne l'accertamento sul piano probatorio attraverso indici sintomatici concreti. Risulterebbe infatti fuorviante, oltre che di ardua verificabilità empirica, mirare ad un esame meramente introspettivo del processo decisionale del privato. E qui il criterio oggettivo-normativo del bilanciamento dei beni in conflitto, prescelto dalle Sezioni Unite, e già utilizzato da alcuni interpreti per risolvere i casi ambigui, appare secondo l'A. particolarmente interessante. Lo sforzo compiuto dalla sentenza Maldera è dunque stato quello di guidare l'interprete verso l'utilizzo di un riscontro oggettivo. In questo senso, deve essere preso in considerazione, senza automatismi, «il registro comunicativo nei suoi contenuti sostanziali, rapportati all'insieme dei dati di fatto disponibili», cfr. Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, Maldera, cit., p. 43.

[153] Così G.L. Gatta, *La concussione riformata*, *tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2014, p. 1580; v. anche sul punto A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G. De Francesco-E. Marzaduri (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 103.

[154] Parla di fattispecie a "tipicità sintomatica" V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, p. 1126 ss., mutuando la terminologia da A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., p. 93 ss. L'A., in particolare, osserva che fattispecie come l'induzione indebita (così come anche il traffico di influenze illecite e la corruzione per esercizio della funzione) sono costruite su concetti-cardine indefiniti e sfuggenti quali l'"abuso della qualità" e il "conflitto di interessi". Il risultato è un marcato *deficit* di tassatività e determinatezza del sistema, focalizzato su tipi criminologici di autore ben più che su fatti offensivi, con significative ricadute anche sul piano processuale e probatorio.

[155] Le Sezioni Unite invitano infatti il giudice a «una puntuale e approfondita valutazione in fatto, sulle specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principî e dei valori che governano quello specifico settore di disciplina»; com'è stato rilevato criticamente, si tratta di «parole alate, dietro le quali si legge però – inequivoco – nient'altro che un appello alla personale intuizione, e al senso di giustizia (meglio, di *aequitas*) di ogni singolo giudicante. L'esatto opposto, cioè, della funzione nomofilattica che pure la Cassazione è istituzionalmente chiamata a svolgere, con la conseguenza che, oggi più che mai, la previsione dell'esito di una vicenda giudiziaria in materia di concussione, induzione indebita o corruzione appartiene al novero delle missioni impossibili: per gli imputati e i

delle fattispecie astratte [156] (su questo punto cardine della presente indagine avremo modo di ritornare).

(b) Volgendo ad un altro esempio, si pensi alla "spiritualizzazione" [157] della violenza sessuale per costrizione [158] *ex* art. 609-*bis* c.p. ad opera del diritto vivente. Nonostante la scelta operata dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 di mantenere la violenza, la minaccia e l'abuso di autorità quali cardini della disciplina dei reati sessuali, il diritto vivente, in considerazione della tutela del bene giuridico dell'autodeterminazione sessuale, dà rilevanza all'elemento del consenso come costitutivo della fattispecie, equiparando per via interpretativa l'assenza di consenso alla costrizione [159]. La nozione di

---

loro difensori, così come per gli stessi pubblici ministeri», così F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 29, secondo il quale, in definitiva, «il risultato è quello di una radicale inidoneità della sentenza, nonostante le sue 63 pagine, a fornire indicazioni univoche alla prassi successiva [...]».

[156] Cfr. sul punto M. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., p. 1491, secondo il quale «la prospettiva pseudo-oggettivizzante delle SS.UU. maschera una soluzione di tipicità subiettiva più complessa, per celare l'esistenza di esiti non predeterminabili *ex ante*, che contribuiscono a palesare un aumento di incertezza applicativa e di discontinuità col passato. È così che si riconoscono sia ampie "zone grigie", casi ambigui e borderline (§ 16 ss., della sentenza Maldera) e sia l'esigenza di un'indagine sulle "spinte motivanti" (§ 15), che sconfessano la 'tenuta' di una soluzione obiettiva per distinguere tra induzione e costrizione».

[157] Si parla anche di "smaterializzazione" della violenza sessuale, su cui di recente v. M. PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *DisCrimen*, 2 agosto 2019, p. 9, sottolineando che «I reati sessuali tendono, per ragioni storiche complesse e difficilmente contrastabili, ad entrare nell'ambito del "diritto penale delle cose invisibili", cioè in quella crescente porzione del diritto penale che si confronta con l'ingiusto senza la mediazione di una condotta tipica capace di esprimere l'ingiusto stesso in modo paradigmatico e conclusivo, cioè fisiognomicamente rilevabile».

[158] Art. 609-*bis* c.p.: «Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da sei a dodici anni».

[159] Cfr. R. BARTOLI, *Lettera*, *precedente*, *scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1769 ss. in particolare 1786-1787, ove si legge che «in tema di violenza sessuale, si pone la questione se per l'integrazione della fattispecie sia sufficiente un atto "sessualmente connotato" realizzato mediante sorpresa: secondo un primo orientamento, l'ipotesi integra gli estremi della violenza sessuale, in quanto la libertà di autodeterminazione sessuale della vittima è nella sostanza compromessa risultando sufficiente il mero dissenso; secondo un altro orientamento, invece, il fatto deve essere considerato atipico in quanto non sono state realizzate le modalità della violenza e della minaccia, le quali assumono rilevanza là dove si ritiene che la fattispecie è posta a tutela dell'onore sessuale». Sciogliendo l'implicita riserva, più avanti nel corso dello scritto, l'A. osserva che, nel caso della violenza sessuale, la giurisprudenza «si assesta su un tipo criminoso difforme da quello legale» (*ivi*, p. 1790). Si tratta infatti di un "tipo criminoso giurisprudenziale", su cui v. di recente ID., *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 149 ss.

violenza ha così assunto nella prassi una «dimensione ipertrofica»[160], finendo per ricomprendere anche azioni prive di una vera e propria componente di costrizione fisica, purché la condotta posta in essere dall'agente risulti in grado di coartare e superare la contraria volontà del soggetto passivo[161]. Il problema, come già rilevato in dottrina, risiederebbe a monte nella tipizzazione della fattispecie astratta, che *contraddice* l'intento dello stesso legislatore di tutelare la libertà di autodeterminazione sessuale[162], la quale sarebbe compromessa anche solo con atti sessuali compiuti in assenza di consenso o con "presunto" dissenso[163].

Nondimeno, pare difficile ignorare il dato testuale, secondo cui la costrizione non è la condotta, ma l'evento di un reato a forma vincolata,

---

[160] Così T. Padovani, *Commento all'art. 609 bis*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, IV ed., Cedam, Padova, 2006, p 428. Il diritto vivente è andato a utilizzare e creare la particolare figura della violenza "impropria", cioè l'uso di qualunque mezzo destinato a scopi coattivi sull'altrui autodeterminazione. Si parla in particolare di violenza "potenziale" e "implicita", una riguarda le azioni compiute attraverso insidia o abilità rapida, mentre l'altra si riferisce alle situazioni in cui la vittima, a causa di circostanze temporali o spaziali, non è in grado di opporre resistenza. Sul tema v. più di recente A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa University Press, Pisa, 2021, p. 76 ss.

[161] Cfr. a titolo esemplificativo Cass., 9 marzo 2016, n. 49597: «Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali»; v. anche Cass., 19 giugno 2018, n. 52399; Cass., 20 novembre 2019, n. 10372; Cass., 19 novembre 2021, n. 1559. Il delitto, secondo uno schema non dissimile, sarebbe integrato ogniqualvolta l'agente abbia posto in essere gli atti sessuali senza accertarsi del consenso della persona destinataria, secondo Cass., 18 luglio 2014, n. 46170. Per approfondimenti G. Balbi, Legem et iustitiam facere. *La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *Leg. pen.*, 23 novembre 2023.

[162] Lo rileva R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 155 ss., il quale sottolinea criticamente anche che una riconduzione di "tipi" differenti all'interno di un'unica fattispecie punita con la stessa pena pone problemi di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio derivanti non dalla previsione astratta, ma per l'appunto dalla applicazione concreta. A tal proposito si fa appunto l'esempio della violenza sessuale, dove all'interno dell'art. 609-*bis* c.p. rientrano non solo le ipotesi in cui l'atto sessuale sia stato commesso con violenza o minaccia o abuso di autorità, ma anche quello realizzato con la mera sorpresa e in assenza di consenso (spec., p. 158).

[163] Cfr. per una ricostruzione F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, cit., che evidenzia come già in vigore dei previgenti art. 519 c.p. ss. si ravvisava una condotta violenta in ogni ipotesi in cui si potesse anche solo presumere il dissenso del soggetto passivo all'atto sessuale, anche a prescindere dalla prova dell'impiego da parte dell'agente di alcuno specifico mezzo coercitivo per piegare la volontà della vittima, ad es. atti sessuali compiuti a sorpresa. Il requisito della violenza diventa quindi sinonimo di mancanza di consenso (*ivi*, pp. 20-21). Criticamente sul punto già G. Balbi, *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, XXXII, 1999, p. 9; G. Contento, *interpretazione estensiva e analogia*, in Id., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 276 ss.

caratterizzato da violenza, minaccia o abuso di autorità: per quanto possa evolvere il concetto di violenza, equipararlo all'assenza di consenso significa ricomprendere una casistica in cui manca qualsiasi condotta che valga come *mezzo* rispetto all'*effetto* di costrizione [164]. Per tale ragione ormai da tempo si discute di un'auspicabile riforma che introduca nel nostro ordinamento un nuovo modello di incriminazione dei delitti sessuali più coerente con la percezione sociale del fenomeno: il c.d. modello "consensualistico", secondo cui l'assenza di consenso integra di per sé elemento costitutivo della fattispecie, anche a prescindere dalla natura violenta o minacciosa della condotta [165].

---

[164] F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., rileva come, essendo anche il concetto di costrizione indeterminato, potrebbe sottrarsi dalla censura di imprecisione nella sua funzione di elemento normativo di fattispecie solo in quanto sia considerato in relazione a una ben determinata modalità di condotta, ma questo compito non può essere assolto dal requisito della violenza «laddove tale requisito a sua volta sia ricostruito proprio in base…all'effetto costrittivo della condotta: il circolo vizioso è troppo evidente perché sia necessario ulteriormente soffermarvisi», così a pp. 195-196 e alla nota 77 con specifico riferimento ai delitti sessuali: l'A., impegnato nella ricerca di un'autonoma fisionomia della violenza come specifica modalità di causazione dell'evento lesivo al fine di individuarne lo specifico disvalore, sottolinea come, «anche quando la lettura estensiva del concetto di violenza risulti funzionale al perseguimento di scopi politico criminali sui quali si registri un ampio consenso dell'opinione pubblica [*come in questo caso*], una tale lettura non cessa di apparire altamente problematica alla luce della funzione di garanzia della norma penale: alla luce, cioè, dell'anima di *magna charta*, e non soltanto di strumento di politica criminale, del diritto penale. E ciò sotto una pluralità di profili – dalla frammentarietà-sussidiarietà del diritto penale al rischio di imprevedibilità della decisione nel caso concreto e di violazione del divieto di analogia».

[165] Cfr. AIPDP, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, 5° gruppo di lavoro composto da Sergio Seminara, Giuliano Balbi, Marta Bertolino, Alberto Cadoppi: https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/110_001_Reati_in_materia_sessuale_di_Marta_Bertolino.pdf, su cui v. A.M. MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 363 ss., la quale ritiene una scelta assolutamente apprezzabile quella della proposta di riforma «di imperniare il disvalore della condotta sulla "sola assenza di un valido consenso": non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile, in conformità all'orientamento internazionale sempre più a favore di un'illiceità imperniata sulla mancanza di consenso e non più tanto sulla natura violenta o minacciosa della condotta» (*ivi*, p. 375) Sulla valorizzazione dei modelli consensualistici adottati in altri ordinamenti giuridici: B. ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 1 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, p. 280 ss.; L. GOISIS, *La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico*, in *Genius*, *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 16 maggio 2023, p. 1 ss.; G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili*

(c) Infine, un altro caso recente di *risemantizzazione giurisprudenziale* di una fattispecie legale riguarda l'art. 73, comma 5, T.U. Stupefacenti [166], ossia il c.d. spaccio di stupefacenti di lieve entità. Muovendo da uno studio dell'Ufficio per il processo presso la VI Sezione della Cassazione pubblicato nel novembre del 2022, è stata proposta, in relazione alla fattispecie di lieve entità del fatto, un'interpretazione «tassativizzante» [167] fondata sull'elaborazione di specifiche *soglie numeriche giurisprudenziali* relative alla quantità di stupefacente oggetto della condotta.

Tale soluzione ermeneutica, immediatamente valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità, è stata sottoposta a critica [168] in quanto traduce in termini numerici concetti quantitativi a carattere non numerico che il legislatore aveva volutamente formulato in modo elastico [169]. Il diritto vivente ha, infatti,

---

storici, *comparati e di diritto vivente*, Bologna University Press, Bologna, 2023, p. 340 ss.; M.T. Collica, *La violenza sessuale tra law in the books e law in action: un intervento riformatore non più rinviabile*, in *Arch pen*., 3, 2024, p. 1 ss.

[166] Art. 73, comma 5, T.U. Stupefacenti, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza): «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da sei mesi a cinque anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329».

[167] Cfr. A. Lancia-A. Pacella, *Il fatto di lieve entità ex art. 73*, *quinto comma*, *d.p.r. 309/1990: alla ricerca di un'interpretazione tassativizzante. Un'indagine empirica della giurisprudenza di legittimità nel triennio 2020-2022*, in *Sist. pen.*, 22 novembre 2022.

[168] Cfr. Cass., sez. VI, 25 novembre 2022, n. 45061, "Restivo", in *Giur. it.*, 2023, p. 911 ss., con nota di S. De Blasi, *"Un'indagine empirica per tassativizzare il fatto di lieve entità negli stupefacenti"*, in *Giur. it.*, 2023, p. 912 ss., su cui criticamente, E. Penco, *"Soglie giurisprudenziali" e fatto di lieve entità in materia di stupefacenti*, *tra interpretazione tassativizzante e derive nomopoietiche*, in *Sist. pen.*, 24 ottobre 2023, che però riconosce un obiettivo certamente encomiabile, a fronte di una veste testuale dell'art. 73, comma 5, T.U. Stup. che si caratterizza innegabilmente per una tendenziale indeterminatezza, p. 29. Sul tema più ampiamente Id., *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, Giappichelli, Torino, 2023. Anche nel documento Relazione n. 19/2023 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione "*Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73*, *comma 5*, *d.P.R. 9 ottobre 1990*, *n. 309*", p. 9, ci si riferisce all'art. 73, comma 5, T.U. Stup. come a «una norma incriminatrice in evidente tensione con il principio di legalità, attesa la plateale indeterminatezza dei contorni di una fattispecie che non definisce il concreto significato da attribuire ai generici parametri che elenca».

[169] Per la definizione di "elementi quantitativi espressi in forma non numerica" si rinvia a F. Palazzo, *voce Legge penale*, cit., p. 359 e per una critica all'impiego di concetti quantitativi a carattere non numerico da parte del legislatore v. Id., *Tecnica legislativa*, cit., sulla Circolare 5 febbraio 1986 della Presidenza del Consiglio dei Ministri contenente *"criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penale"*, in *Cass. pen.*, 1986, spec. p. 632 e 638. Con riferimento a tale tipologia di "materiale linguistico-normativo" v. anche

trasfigurato un criterio ponderale – la "lieve entità" – trapiantandolo entro un sistema di rigide soglie numerico-quantitative, così attribuendosi arbitrariamente quel «potere di disambiguazione del *parametro di integrazione*»[170] che solitamente gli spetta nel (solo) caso di adozione da parte del legislatore di clausole generali.

Come emerso dalle esemplificazioni riportate, talvolta la prassi giurisprudenziale acquisisce spazi per la *ridefinizione* del Tipo criminoso legale anche andando oltre la portata semantica del testo, con il rischio di alterare gli equilibri tra poteri e minare la garanzia della legalità sostanziale nei confronti del cittadino, così come declinata nella presente trattazione.

5. *Tra testo e contesto. Chi stabilisce il confine?*

A fronte del dilagante «creazionismo giurisprudenziale»[171], il dibattito tra i penalisti si è polarizzato su due posizioni opposte, che possono essere così riassunte:

(a) La prima posizione è rappresentata dalla riaffermazione inflessibile del modello originario di derivazione tardo-settecentesca del giudice come mero "portavoce" del legislatore e del ruolo determinante e insostituibile della legalità formale nella regolazione, in termini di libertà e di autorità, del rapporto tra cittadino e Stato[172]. Contro tale tesi sono stati

F. Bricola, *La discrezionalità*, cit., p. 169. Cfr. nella manualistica G. De Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 211; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 73; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale vol. 1*, cit., p. 135.

[170] Come già rilevato, le clausole generali consistono in un rinvio (intenzionale) all'interprete – al quale è "delegato" da parte del legislatore il compito di una loro disambiguazione in funzione di parametri variabili e (più di frequente) metagiuridici. Così D. Castronuovo, "*Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*", in *Leg. pen.*, 5 giugno 2017, p. 55.

[171] L'espressione è di L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2016, p. 23-44, più di recente Id., *Giustizia e politica*, *Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2024, p. 175 ss., su cui v. le relative riflessioni di N. Zanon, *Presupposti e garanzie per la riduzione dell'arbitrio giudiziario A margine di alcune pagine di "Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale" di Luigi Ferrajoli*, in *Oss. cost.*, 1, 2025, p. 4 ss.

[172] Per una visione classica della legalità che concepisce il giudice in una posizione di subalternità rispetto alla legge cfr. *ex multis* L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989; S. Moccia, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del*

mossi alcuni penetranti rilievi critici, osservando come una visione realistica non possa non indurre il penalista a prendere atto dello stato delle cose, pena il «rifugio sull'Aventino dell'illuminismo giuridico» [173].

(b) La seconda posizione è stata tematizzata come «risveglio della coscienza ermeneutica» [174] e ha dato luogo, da parte di taluni, ad un'entusiastica apertura al diritto giurisprudenziale [175]. Il giudice, secondo tale prospettiva, co-gestisce la tipicità con il formante legislativo, contribuendo – di fatto – a *stabilire* il confine tra lecito e illecito nei "casi difficili" [176].

---

principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, E.S.I., Napoli, 2001; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., p. 150 ss.; R. Rampioni, *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e cd. Giurisprudenza "creativa"*, Cedam, Padova, 2007, p. 66 ss.; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione (considerazione in margine alla asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia 2011*, p. 125 ss. Che non si tratti di una posizione del tutto "negletta" e "tralatizia" come si vuol far credere è dimostrato dal fatto che appena nel 1997, durante i lavori della Commissione bicamerale per la riforma della nostra Carta fondamentale poi naufragata, si immaginava di introdurre il divieto di interpretazione estensiva in materia penale addirittura nella Costituzione, come rileva G. Amarelli, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 403. Cfr. anche le riflessioni di L. Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., p. 1668 ss. sul progressivo indebolirsi, non solo in Italia, del ruolo che compete al Parlamento in materia penale.

[173] Così F. Palazzo, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Milano, 2005, p. 90 ss.; v. anche N. Mazzacuva, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione dei principî fondamentali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 437 ss.; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, *ivi*, p. 694 ss.

[174] In questi termini M. Vogliotti, "*Risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*", in *Riv. fil. dir.*, 1, 2015, p. 89 ss. Per una serrata critica nei confronti di orientamenti interpretativi 'classici' e per una apertura nei confronti di orientamenti più moderni di questo tipo si veda Id., *Dove passa il confine?*, cit., p. 65 ss., in cui l'A. rigetta l'idea del significato come oggetto 'preesistente' all'interprete che deve solo essere scoperto da questi e del procedimento interpretativo come mera opera di sussunzione ed accoglie quella ben diversa del significato come progetto che, per realizzarsi, richiede necessariamente la partecipazione attiva e creativa dell'interprete. Per l'approccio ermeneutico nel diritto penale v. *infra*, nota 180.

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

[176] Cfr. *supra*, nota 137.

Un simile esito non è privo di conseguenze: per il diritto penale, a differenza di quanto accade in altre branche dell'ordinamento giuridico, non è affatto irrilevante [177] se il soggetto chiamato a scegliere dove "far passare il confine" [178] tra ciò che è incluso in una norma e ciò che vi è escluso sia il legislatore o il giudice (piuttosto che la stessa dottrina), dovendosi fare comunque i conti con il sotto-principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. [179].

Ciononostante, alcuni penalisti, accogliendo l'approccio ermeneutico, ritengono come non sia possibile affidare tale compito al Parlamento [180], ma che sia inevitabile delegarlo al giudice [181]. Potendo il legislatore soltanto emanare norme generali ed astratte, si ritiene che esso non possa farsi carico di risolvere *ex ante* tutti i dubbi interpretativi che si possono porre nel momento del confronto con il caso concreto e che andrebbero – dunque –, inevitabilmente, risolti sul piano applicativo.

Adottata tale prospettiva, ben si comprende come l'attenzione della riflessione penalistica si sia spostata sulla stabilizzazione del "diritto vivente" e sul *metodo* dell'argomentazione di chi decide [182]. In particolare, parte della dottrina,

---

[177] Lo rileva O. Di Giovine, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, cit., p. 140.

[178] Cfr. anche M. Vogliotti, *Dove passa il confine?*; Id., *Tra fatto e diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 239 ss.: l'A. esplora le nuove frontiere dell'ermeneutica nella moderna evoluzione normativa, multilivello, caratterizzata dalla "rete delle fonti" e costata, dal suo punto di vista, la reciproca ibridazione 'deformante' tra fatto e diritto, fra *valorialità deontica* ed *empirismo reale*: «la frammentarietà *dell'humus* fattuale si trasmette alle infiorescenze giuridiche e l'incoerenza di queste ultime indebolisce la capacità del diritto di ordinare i fatti» (*ivi*, p. 285).

[179] G. Vassalli, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 278 ss.

[180] Cfr., in particolare, G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 361; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, cit., p. 295 ss.; M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 121 ss.

[181] Sul punto, ad esempio, G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 7, nei seguenti termini: «il ruolo privilegiato a tutt'oggi spettante al principio di legalità in materia penale non ha (e non potrebbe del resto avere) la forza di inibire la valenza 'creativa' connaturata all'attività interpretativa del giudice: per cui principio di legalità e creatività dell'interpretazione delle stesse leggi penali (specie nei 'casi difficili') rappresentano due poli da conciliare sul piano teorico e politico-istituzionale».

[182] In particolare, il metodo dell'argomentazione risponde perfettamente alle intenzioni del legislatore processuale-penale del 1988, che manifestò la sua preferenza per un modello di tipo accusatorio. Nella specie, tale metodo è caratteristico del corso del processo in senso stretto, vale

nello sforzo di valorizzare il mutato ruolo del formante giurisprudenziale[183], ha proposto di istituzionalizzare il ruolo creativo del giudice attraverso forme di stabilizzazione del precedente, spingendo quindi il nostro sistema penalistico verso una sempre maggiore «*common law-isation*»[184], nell'ottica di garantire il rispetto del principio di «legalità effettuale»[185] di cui all'art. 7 CEDU, intesa come prevedibilità dell'esito giudiziale[186].

---

a dire, del dibattimento, dove si forma la prova attraverso il contraddittorio. «Il contraddittorio realizza qualcosa di più che un diritto [delle parti] di essere interpellate e di contribuire, con proprie iniziative, all'accertamento del fatto: vi si deve cogliere l'espressione di un principio metodologico volto a realizzare l'imparzialità del giudicante, non solo di una regola che attribuisce particolari facoltà e diritti alle parti», così R. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. Ferrua-F.M. Grifantini-G. Illuminati-R. Orlandi (a cura di), *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 9.

[183] Parte della dottrina, volendo valorizzare il formante giurisprudenziale, ha proposto di istituzionalizzare il ruolo creativo del giudice attraverso forme di stabilizzazione del precedente, spingendo quindi il nostro sistema penalistico verso una sempre maggiore "*common law-isation*", cfr. V. Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, p. 955; M. Donini, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2017, p. 14; D. Perrone, *Nullum crimen sine iure: il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019; R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 149 ss.; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2022; M. Vogliotti, *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite*, cit., p. 1 ss.

[184] Cfr. V. Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., p. 955; M. Donini, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, cit., p. 14.

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

[186] La Corte di Strasburgo, in base all'art. 7 CEDU, richiede che «la legge [definisca] chiaramente i reati e le pene che li reprimono», ritenendo soddisfatta l'idea di legalità anche solo laddove le decisioni giudiziarie sfavorevoli all'imputato siano da lui prevedibili: a condizione, cioè, che «la persona sottoposta a giudizio [possa] sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pene è passibile per tali reati», così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 ottobre 2013, ric. 4250/09, *Del Rio Prada c. Spagna*, § 77-79. Sul medesimo tema la Corte Europea è tornata in Contrada c. Italia (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13) ove oggetto del ricorso era il lamentato contrasto della Sentenza di condanna nei confronti di Bruno Contrada per fatti di concorso esterno in associazione di tipo mafioso con l'art. 7 CEDU. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza della Corte EDU in materia, cfr. F. Mazzacuva, *Nulla poena sine lege*, in

Il problema, tuttavia, non può dirsi superato solamente spostando l'attenzione sulla prevedibilità delle sentenze e sulla garanzia dell'irretroattività delle scelte giudiziarie [187] quando le medesime, secondo il fluttuare del diritto vivente, propongano esiti interpretativi nuovi rispetto al passato.

Il vero *punctum dolens* attiene, infatti, alla formulazione di norme dalle quali emerga chiaramente il nucleo di disvalore tipico del reato, in modo da evitare di devolvere alla giurisprudenza il compito non già di 'individuare' ma di costruire *ex post* il Tipo criminoso.

Ciò non significa, a ben vedere, che il legislatore debba prefigurarsi l'intera casistica applicativa futura del dettato normativo nella prassi e neppure che sia obbligato a immaginare ogni fatto 'nuovo' prodotto dai contesti situazionali cui intende riferirsi con la fattispecie astratta [188].

G. Ubertis-F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 299 ss.; v. anche *ivi*, F. Viganò, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, p. 33 s.

[187] Cfr., in questi temini, L. Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo*, cit., p. 1668 ss. Sulla ricerca di soluzioni volte a valorizzare la prevedibilità della decisione giudiziale e l'irretroattività del mutamento sfavorevole, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. contemp*., cit., p. 22 ss.; R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche*, *giustiziabilità dell'analogia*, *nomofilachia e mutamento sfavorevole*, cit.; nonché i recenti studi monografici di D. Perrone, *Nullum crimen sine iure: il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, cit., p. 68 ss.; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 155 ss.

[188] Sul punto v. M. Vogliotti, *Dove passa il confine?*, cit., p. 65, che «nella ricostruzione del 'tipo criminoso' il testo è l'imprescindibile punto di partenza. Esso è ciò che *abbozza* l'itinerario ermeneutico, escludendo determinati percorsi e indicandone altri come praticabili». Secondo l'A. in tal modo si finisce per stravolgere il principio di precisione, che da principio statico rivolto al legislatore, nel momento in cui redige le norme allo scopo di vincolare il giudice per evitarne possibili arbitri, diventerebbe un principio *dinamico*, per la cui concretizzazione e attuazione si richiederebbe l'intermediazione del giudice con la sua opera di ricostruzione della norma tramite la spirale ermeneutica; v. anche Id., *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza*, *cultura del precedente ed etica del limite*, cit., p. 1 ss. Diversamente, secondo Palazzo, si deve privilegiare una concezione dell'attività interpretativa del giudice non come mera attività di scoperta del significato preesistente all'enunciato normativo, quanto piuttosto come *opera progettuale di creazione di significato* alla luce degli scopi di tutela perseguiti dal tipo criminoso legalizzato (corsivo aggiunto), v. F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1281 ss., spec. p. 1328. Di recente sul tema R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche*, *giustiziabilità dell'analogia*, *nomofilachia e mutamento sfavorevole*, cit., p. 8 ss.; Id., *I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative,* cit., p. 923 ss.

A tal proposito, è necessario ribadire una distinzione che ha due 'estremi' tra loro antitetici [189]:

(a) un conto è ricondurre fatti concreti – anche 'nuovi' – nella fattispecie astratta [190], muovendosi all'interno del Tipo criminoso espresso *ex ante* dal legislatore;
(b) altro conto è ricomprendere fatti 'nuovi' rimodellando *ex post* il Tipo criminoso, ossia riformulando gli scopi attribuiti dalla legge alla stregua di esigenze processuali – *i. e.* le prove disponibili nel processo – fino all'estremo di manipolare gli stessi beni giuridici tutelati.

Riconoscere che vi sia un ineliminabile spazio di discrezionalità nella prassi non significa accettare che la *costruzione* del disvalore tipico sia giocoforza destinata a completarsi nel processo, attraverso l'«autoritarismo ben intenzionato» [191] dei giudici.

Breve. Nella consapevolezza che le diverse strade percorse dalla scienza penalistica muovono tutte nella prospettiva di potenziare e non ridurre gli standard di garanzia su cui si fonda il diritto penale, nella presente trattazione si intende persistere nella valorizzazione del momento della scrittura della norma [192], alla ricerca di tecniche legislative che possano costituire non

---

[189] Sul punto si condividono le riflessioni di G. Carlizzi, *Tipo normativo*, cit., p. 104, secondo cui il modo in cui lo scopo normativo opera nella determinazione del tipo criminoso è ben diverso dal modo in cui esso opera nell'applicazione analogica *in malam partem*. Certo, in entrambi i casi, lo scopo normativo non è qualcosa di predato, ma qualcosa che va ermeneuticamente ricostruito. Sennonché, nel primo caso, tale scopo concorre solo a puntualizzare il fine pratico associato alle parole della legge nella prassi linguistica comune, nel secondo, invece, serve a rimediare alla constatata estraneità di un fatto al tipo criminoso così determinato. In breve: mentre nel primo caso *si mira a precisare tale tipo*, nel secondo *si mira a trascenderlo*. Ovviamente, stabilire se si realizzi l'una o l'altra delle due possibilità non è sempre facile in pratica, e comunque può essere fatto *solo a interpretazione compiuta*, confrontando le ragioni addotte a suo sostegno con quelle adducibili in contrario.

[190] Per la distinzione tra mutamenti sfavorevoli fuori dal tipo legale ritenuti inammissibili perché violano il divieto di analogia e mutamenti all'interno del tipo legale ammissibile e quindi anche *irretroattivi* v. R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, cit., p. 26 ss. e Id., *I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative,* cit., p. 923 ss.; cfr. anche G. De Francesco, *Invito al diritto penale*, cit., p. 214 ss., il quale, rilevando come l'analogia nel diritto penale sia "inconcepibile", tiene distinti i casi in cui un certo caso concreto rientra nel disvalore del "tipo criminoso", trattandosi in questo caso di manifestazioni concrete di *un unico parametro normativo.*

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

[192] Nel solco delle riflessioni di alcuni Autori che, nella prospettiva di una maggiore fedeltà alla legalità intesa come riserva di legge, si sono invece interrogati sulla necessità di acquisire nuovi

una 'bozza' o un 'semilavorato', ma un punto di riferimento che orienti *realmente* l'interprete nel momento del passaggio dalla disposizione alla norma, esprimendo *ex ante* un Tipo criminoso omogeneo.

D'altronde, la Corte costituzionale, come ben ha espresso nella sentenza n. 24 del 2017, "ripudia" «l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire» [193] e insiste sul rafforzamento della precisione e della determinatezza del precetto come reale limite per l'attività interpretativa [194].

In dottrina è già stato evidenziato che tali assunti costituiscono un *monito* sia per il legislatore che per la giurisprudenza:

(i) per il legislatore, perché troppo facilmente delega al giudice la soluzione dei "casi difficili" a partire dal 'semilavorato' [195] che gli viene presentato dal potere legislativo, di fatto avallando la co-gestione della tipicità da parte del formante giurisprudenziale;
(ii) per la giurisprudenza, perché la Corte ritiene di dover arginare la tendenza a concepire Costituzione, legge, e giudice come i tre angoli di un triangolo che pone al vertice la Costituzione (e le fonti sovranazionali) e alla base legge e giudice *sullo stesso piano* [196].

---

metodi di analisi della tipicità, auspicando una visione "integrata" dei profili sostanziali e processuali del sistema punitivo, tra cui A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., p. 86 ss.; Id., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna University Press, Bologna, 2016, p. 103 ss.; G. De Francesco, *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, in A. De Vita-F. Palazzo (a cura di), *Giornate di studio in onore di Jean Carbonnier e Winfried Hassemer*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 137 ss.

[193] Così C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte Costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017, p. 13.

[194] Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

[195] Già in occasione del noto caso Taricco, la Consulta ha sottolineato come «l'attività del giudice chiamato ad applicarla [la legge] deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire»: cfr. C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte Costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, cit., p. 13; sul tema anche D. Pulitanò, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2, 2017, p. 149 ss.

[196] F. Palazzo, *Introduzione*, in A.M. Stile-S. Manacorda-V. Mongillo (a cura di), *Civil Law e*

Vero è che la giurisprudenza costituzionale valorizza molto la dimensione testuale linguistico-letterale [197], come conferma anche la successiva sentenza n. 98 del 2021, dove si afferma che «la *ratio* della riserva assoluta di legge in materia penale, che assegna alla sola legge e agli atti aventi forza di legge il compito di stabilire quali siano le condotte costituenti reato, sul presupposto che una simile decisione […] spetti soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti». Nondimeno, si ritiene di dover leggere tale richiamo alla 'legge' alla luce del principio di *legalità sostanziale,* così come inteso nel presente studio [198].

In questa prospettiva, l'invito della Consulta ad attenersi alle indicazioni legislative dovrebbe intendersi non certo riferito ai singoli lemmi impiegati dal legislatore, ma all'insieme della disposizione letta alla luce della *ratio* della norma [199]. Infatti, nella scrittura della norma penale la dimensione

---

Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?, E.S.I., Napoli, 2018, ma v. anche V. Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., p. 955 ss.; M. Donini, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, cit., p. 14 ss.; M. Vogliotti, *Risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, cit., p. 89 ss.

[197] Corte cost., sent. n. 98 del 2021, cit., § 2.4. del *Considerato in diritto*.

[198] Nei termini qui intesi, oltre al rispetto del principio di legalità 'formale', *i.e.* la riserva di legge in materia penale, occorre anche soddisfare le esigenze di legalità 'sostanziale', in cui si compendiano gli obblighi contenutistici che attengono al *quomodo* della formulazione dell'enunciato normativo. Cfr. *supra*, § 2., dove si è già rilevato che la norma penale contiene una narrazione, che esprime un nucleo essenziale di significato ed è quest'ultimo ad essere sottoposto agli obblighi di "legalità sostanziale". In questo senso, è ben possibile che l'interpretazione letterale possa determinare indebite estensioni analogiche che trascendono il Tipo criminoso legale, come è altrettanto possibile che l'interpretazione teleologica consenta di ridurre il novero di significati attribuibili al testo legislativo ai fini della fattispecie penale, coerentemente con lo scopo della norma.

[199] Cfr. sul punto R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale*, cit., p. 10, il quale rileva che i classici canoni ermeneutici della lettera, del sistema, della conformità a Costituzione etc., vengono in gioco soprattutto per definire lo stesso tipo legale e quindi nella sostanza il criterio teleologico alla luce del quale si potrà adottare la soluzione ermeneutica che per l'appunto risulta più conforme al tipo legale (*ivi*, p. 10). Secondo tale impostazione, la *nuova ermeneutica* si fonda sui seguenti passaggi: (i) messa a fuoco delle alternative ermeneutiche; (ii) individuazione delle differenti *rationes* sottostanti alle plurime interpretazioni; (iii)verifica di quale ratio esprime il tipo legale; (iv) adozione della soluzione interpretativa che si ispira o che comunque si ispira maggiormente alla ratio espressa dal tipo legale. Dovendosi osservare come i criteri ermeneutici classici della lettera, del sistema, della conformità ai principi, etc. vengono in gioco per definire lo stesso tipo legale tipizzato dal legislatore (*ivi*, p. 26). D'altronde, come già evidenziato, Corte cost. n. 327 del 2008 in conformità con giurisprudenza costante, ha affermato che la verifica del rispetto

linguistica non rileva in quanto tale, ma nella sua *proiezione finalistica*, in ragione della necessaria *corrispondenza* che deve intercorrere tra descrizione del fatto tipico e scopo di tutela, *i.e.* tra fattispecie e Tipo.

Coerentemente con tale visione, appare opportuno continuare a esplorare *nuove modalità di comunicazione* fra ordinamento penale e consociati, laddove s'intenda evitare che il disvalore tipico risulti – di fatto – individuabile solo *ex post*, nell'ambito del processo, in aperto contrasto con le esigenze di legalità costituzionale e convenzionale, così come espressa nei termini di prevedibilità delle conseguenze pregiudizievoli *ex* art. 7 CEDU [200].

6. Focus *dell'indagine: il valore strutturalmente 'costitutivo' del contesto*

Il recupero del *criterio tipologico* nella redazione della legge penale non è un'impresa facile [201], in quanto si tratta di un canone inespresso, un modo di pensare la realtà congeniale al penalista, ma tendenzialmente estraneo alle preoccupazioni dell'odierno legislatore [202].

---

del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce (v. *supra*, nota 81).

[200] Sul principio di prevedibilità, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. contemp*., cit., p. 41. Secondo l'A.: «l'essenziale, anche dal punto di vista della Corte europea, è che *almeno la giurisprudenza*, nella sua opera di trasformazione, per riprendere ancora una volta la dicotomia crisafulliana, della disposizione legislativa in altrettante *norme* costitutive del 'diritto vivente' – riesca, *in esito all'interpretazione* e al processo di *graduale consolidazione dei precedenti*, nel compito di definire in termini (ragionevolmente) precisi le regole sulla cui base debba essere affermata la responsabilità penale dell'individuo, rendendo così (ragionevolmente) prevedibile la loro applicazione. Laddove, invece, la giurisprudenza *fallisca* in tale compito – per la propria incapacità di giungere a soluzioni condivise e costantemente osservate, ovvero per l'assoluta vaghezza di un dato normativo che finisce per legittimare qualsiasi interpretazione –, allora il problema dell'imprecisione della norma penale verrebbe a porsi davvero come un, questa volta ineludibile, problema di legittimità costituzionale, *ex* art. 25 co. 2, della stessa disposizione legislativa».

[201] A tal riguardo, già in tempi risalenti, autorevole dottrina rilevava come l'istituzione di un passaggio obbligato delle norme da organi più sensibili alle esigenze proprie della legge penale fin dalla sua fase di formazione avrebbe potuto favorirlo. Ancora meglio se poi fosse garantita la presenza di un penalista fin dal momento di elaborazione progettuale della disciplina, al solo scopo di agevolare *l'individuazione tipologica della fattispecie*. In questi termini, F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 241 s.

[202] Sul tema di recente F. PALAZZO, *La scienza della legislazione penale nella modernità giuridica*, cit., p. 395 ss.

Infatti, se già in relazione alle fattispecie più "tradizionali" [203] viene talvolta riscontrata una pessima qualità della legislazione, che ha lasciato ampi margini di intervento al giudice nel caso concreto, il rilievo vale a maggior ragione per le nuove realtà che necessitano di tutela. A tal riguardo, autorevole dottrina [204] ha osservato come la tecnica di tipizzazione 'statica' e 'astratta' della fattispecie di derivazione germanica, che ha storicamente orientato il giurista di *civil law* e che pone i presupposti per la distinzione tra 'creazione' e 'interpretazione' del diritto, incontri oggi dei seri limiti.

Del resto, molto di quanto s'intende *impedire* attraverso le norme penali è dato, ormai, da accadimenti – o meglio – 'situazioni' criminali che sfuggono a una predeterminazione di tipo «*iconografico*» [205], la cui portata offensiva non è immediatamente percepibile, ma riscontrabile solo attraverso analisi complesse, specialmente nell'ambito del diritto penale economico [206].

In questi casi è ancora più difficile che il legislatore pensi 'per tipi' [207], ossia riesca a fare emergere *ex ante* il contenuto di un divieto attraverso una

---

[203] Cfr. M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., spec. p. 21 ss.; ma anche Id., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, pp. 149 ss.; di recente Id., *La forza immaginante del diritto penale*, cit., spec. p. 8, in cui l'A. ribadisce che occorre impegnarsi per sviluppare una "nuova poetica", capace di guidare la costruzione del tipo, individuandone il volto, la forma.

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

[205] M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., spec. p. 21 ss., v. anche Id., *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali*, cit., p. 9: «è molto difficile, per i nuovi reati o per la riformulazione moderna di quelli antichi, recuperare una struttura del fatto tipico che faccia riferimento ad una forma dell'accadere sensibile che sia espressiva di significato, univoca nel messaggio, insomma: una forma di condotta semioticamente pregnante. Una forma da leggere con la fisiognomica: come un geroglifico o un ideogramma. Le forme, come gli dei, non parlano più». Cfr. anche Id., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 149 ss.

[206] È un paradigma opposto a quello che Fletcher chiama della "criminalità manifesta", secondo cui un comportamento costituisce reato solo se un ipotetico osservatore comune e neutrale che si trovi sul luogo in cui il comportamento è tenuto può riconoscere nello stesso i caratteri dell'immoralità e della dannosità, cfr. G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 115 ss.

[207] Su questa esigenza F. Palazzo, *voce Legge penale*, cit., spec. p. 335 ss.

rappresentazione "*plastica*" di un fatto materiale che gli corrisponda in modo univoco, così che risultino tracciati (quasi) "*visivamente*" [208] i confini tra lecito e illecito prima del confronto con il contesto applicativo.

Il che si riflette sulla stessa individuazione delle condotte riconducibili alla fattispecie legale: in assenza di una buona tipizzazione in astratto, i confini dell'illecito penalmente significativo vengono tracciati attraverso il rimando generico all'offesa di un dato bene, la quale finisce per essere ricostruita nelle sue modalità significative soltanto *a posteriori*, in sede giudiziaria, dando luogo al fenomeno della c.d. "processualizzazione del fatto tipico", su cui avremo modo di soffermarci in seguito [209].

Come sottolineato in precedenza, al di là delle distorsioni patologiche, l'attività interpretativa comporta – fisiologicamente – una relazione tra testo e contesto nel processo ermeneutico [210], ma sono sempre più ricorrenti i casi in cui il testo non può prescindere dal contesto per poter esprimere dei significati.

Lungi dal voler semplificare un dibattito scientifico secolare sul tema, l''area' di indagine del presente lavoro si concentra sulle situazioni in cui si ritiene che il contesto assuma *strutturalmente* un ruolo determinante non solo sotto il profilo identificativo, ossia per ricondurre la fattispecie concreta alla fattispecie astratta, ma anche sotto il profilo valoriale, in quanto *solo* il contesto consente di far emergere il disvalore complessivo del Fatto.

Al fine di individuare tali situazioni, a partire da un metodo induttivo, verranno analizzati alcuni 'casi di studio' nei quali il diritto vivente elabora *indicatori* tratti dal contesto pratico-applicativo, compendiati nei c.d. *indici,* considerati come meri "ausili interpretativi" con funzione di orientamento probatorio.

Si tratta di *indizi* [211] o circostanze di fatto che possono attenere agli

---

[208] Per il concetto di "visualità" del diritto penale v. M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., spec. p. 21 ss.

[209] Con una negazione, fra l'altro, anche del principio di frammentarietà v. K. Volk, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, E.S.I., cit., p. 107 ss., che rileva come la costruzione del tipo nei reati economici si basi sulle *geometrie variabili del compendio probatorio*.

[210] F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 525; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, cit., p. 295.

[211] Giovanni Carmignani definiva e classificava gli indizi come circostanze che, «dall'ingegno del giudice, possono considerarsi verosimilmente congiunte al reato e all'autore»: cfr. G. Carmignani, *Elementi di dritto criminale*, I versione italiana (sulla V edizione latina di Pisa),

elementi oggettivi o soggettivi del tipo e che assumono rilevanza nel processo come materiale probatorio e/o massime di esperienza [212]. Queste ultime possono essere tratte da *pregiudiziali socio-criminologiche*, intese come precomprensioni sulle forme di manifestazione di un determinato fenomeno [213], ovvero da *comportamenti* già formalizzati, contenuti in fonti extra-penali. Così intesi, gli indici fungerebbero, appunto, da meri *strumenti probatori* funzionali a ricondurre il fatto concreto alla fattispecie astratta.

In realtà, come si intende dimostrare, il contesto contribuisce a plasmare il disvalore della fattispecie, *aggiungendo* elementi in origine ad essa estranei, o *rimodellando* in senso *quantitativo* o in senso *qualitativo* la fisionomia di elementi già in essa presenti. È appunto in simili casi che la struttura del fatto tipico come espresso dal testo di legge non è *strutturalmente sufficiente* a esprimere il Tipo criminoso [214].

Se dunque il dato contestuale può svolgere, a certe condizioni, un ruolo 'ordinatorio' al pari (e in aggiunta al)la fattispecie astratta, muovendo *dalla prammatica alla paradigmatica,* si tenterà di ricostruire un'autonomia

---

vol. I, Palermo, 1846, citato, in riferimento alle ascendenze storiche degli indici, da A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto*, cit., p. 14. Sugli indizi come parametri per sorreggere l'induzione verso il fatto da provare si rinvia a G. BELLAVISTA, voce *Indizio*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 224 ss.

[212] Sul peso acquisito dal paradigma indiziario e dunque delle massime di esperienza in un contesto in cui il giudice "costruisce le regole tecniche e teoriche" da applicare V. MORMANDO, *Paradigma indiziario e problema della modernità*, in V. Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 89 ss.

[213] Per un approfondimento del rapporto tra modelli criminologici esperienziali e fattispecie incriminatrice, M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., p. 693 ss.; sulla precomprensione nell'attività interpretativa si rinvia a J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), E.S.I., Napoli, 1983, p. 136 ss.

[214] Cfr. anche K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., in cui si sottolinea l'importanza del "tipo" e del concetto "generale-concreto" per la scienza giuridica. In particolare, a p. 207 in cui si richiama il concetto "generale-concreto" che, contrariamente al concetto generale-astratto, non è una combinazione di caratteristiche concepite isolatamente, ma una totalità logica che può essere compresa soltanto sviluppando i momenti in essa compresi e l'un l'altro reciprocamente collegati, quindi non nella forma abbreviata di una definizione. In questo senso, l'A. ivi richiama anche il suo *Zur logik des konkreten Begriffs in Deutsche Rechtswissenschaft*, in *Deutsche Rechtswissenschaft* (DRW), 5, 1940, pp. 279-295, spec. p. 279 e K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953), Carl Winter, Heidelberg, 1968, pp. 30, 172, 256 ss., spec. p. 289, secondo cui l'aspirazione più o meno cosciente a parlare di "tipi" nel diritto esiste là dove ciò che è concreto si sforza di fare irruzione nel mondo dei concetti giuridici, su cui già *supra*, nota 96.

concettuale, 'semantica' e 'sistematica', del disvalore di contesto come ulteriore *nucleo di disvalore orientato sul Fatto* [ds(Cs)] [215], verificando, in ultima analisi, legittimità, potenzialità e limiti della formalizzazione di 'indici' tratti dal contesto nella tecnica legislativa.

[215] Secondo Paliero la norma penale è una norma di "valutazione", che qualifica in termini di disvalore ciò che incrimina. In particolare, il disvalore del fatto tipico di reato si può scomporre in tre "nuclei": il disvalore di condotta, il disvalore di evento, il disvalore di intenzione, cfr. C.E. Paliero, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano: lezioni del Corso di Diritto penale progredito* (a cura di C. Perini-F. Consulich), CUEM, Milano, 2006, spec. p. 53 ss. e di recente Id. (a cura di), *Il sistema penale*, cit. Tale classificazione attiene a quanto emerge dalla fattispecie astratta, cui nella presente trattazione si propone di aggiungere il *disvalore di contesto* [ds(Cs)], quale il nucleo di disvalore che emerge dal confronto con le circostanze concrete, v. *infra*, Cap. II e III.

CAPITOLO II

L'AMBIVALENZA DEL DATO CONTESTUALE TRA TIPICITÀ E PROVA: CASI DI STUDIO DALLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica sull'indagine casistica. – 2. Primo caso di studio. La bancarotta fraudolenta patrimoniale. – 2.1. La (ri-)costruzione processuale della bancarotta prefallimentare per distrazione. – 2.2. L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di fraudolenza". – 2.3. Massime di esperienza e definizione del Tipo criminoso. – 3. Secondo caso di studio. La manipolazione del mercato. – 3.1. La (ri-)costruzione processuale della manipolazione operativa tramite "altri artifizi". – 3.2. L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di manipolazione". – 3.3. Fonti regolative e definizione del Tipo criminoso. – 4. Terzo caso di studio. L'associazione di tipo mafioso. – 4.1. La (ri-)costruzione processuale della partecipazione associativa. – 4.2. La (ri-)costruzione processuale del metodo mafioso. – 4.2.1. La forza di intimidazione e l'assoggettamento e l'omertà "che ne deriva". – 4.2.2. Le finalità dell'associazione e la centralità del metodo mafioso. – 4.2.3. Il concetto giuridico autonomo di mafia e le persistenti aporie interpretative. – 4.3. L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di mafiosità". – 4.3.1. La nozione di metodo mafioso. – 4.3.2. La nozione di partecipazione associativa. – 4.3.3. Segue. Gli "indici di mafiosità" tra tipicità e prova. – 4.4. Pregiudiziali socio-criminologiche e definizione del Tipo criminoso. – 5. L'esito dell'analisi dei casi di studio: un primo bilancio.

1. *Premessa metodologica sull'indagine casistica*

Come si è detto, la tradizionale tecnica di redazione della norma penale, 'statica' e 'astratta', incontra delle difficoltà nella criminalizzazione di fenomeni la cui caratterizzazione sfugge a una rappresentazione «*iconografica*», assumendo piuttosto i macro-contorni di un obiettivo economico o comunque di offese collettive riscontrabili solo attraverso *analisi complesse* di carattere socio-criminologico[1].

[1] Sul punto, v. le riflessioni di M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., spec. p. 21 ss., su cui già *supra,* Cap. I, § 6 e *ivi* riferimenti in nota. Cfr. anche L.

Il presente studio intende mettere in luce il ruolo che *strutturalmente* può svolgere in queste situazioni il *contesto*, come fattore potenzialmente criminogenetico, funzionale alla 'definizione' della rilevanza penale di comportamenti che possono di per sé anche apparire come 'neutri', rivelandosi così determinante non solo sotto il profilo *identificativo*, nel processo di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, ma anche sotto il profilo *valoriale*, al fine di esprimere l'offesa *connotativa del Tipo criminoso.*

Fazit. Il disvalore complessivo del fatto finisce per essere necessariamente ricostruito – nelle sue modalità significative – soltanto *ex post*, in sede giudiziaria[2], attraverso il *disvalore di contesto*, come ulteriore nucleo di disvalore orientato sul Fatto [ds(Cs)].

Al fine di analizzare tale sviluppo nella politica legislativa penale, muovendo dalla prassi giurisprudenziale, sono stati selezionati alcuni casi di studio, nei quali si ritiene che il contesto assuma lo stesso ruolo 'ordinatorio' che dovrebbe assumere la fattispecie astratta: proprio in queste situazioni, infatti, si può notare il tentativo della giurisprudenza di (ri-)definire il Tipo criminoso *ex post*, nel processo, mediante l'ausilio di un complesso di indicatori, i c.d. *indici*.

Come si vedrà, tali elementi vengono enucleati da materiale probatorio e/o da massime di esperienza, che entrano nel processo come pregiudiziali socio-criminologiche o fonti extra-penali[3]; un'operazione interpretativa che cela il rischio – mascherato dietro la per sé apprezzabile finalità di un *recupero della tipicità attraverso il diritto vivente* – di una manipolazione processuale della categoria sostanziale del fatto tipico, incompatibile con le garanzie fondamentali del sistema penale.

Il tema, più in generale, è stato efficacemente perlustrato e formalizzato

---

Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo,* cit., spec. § 3, sul processo innegabile di "de-materializzazione" degli obiettivi di tutela.

[2] Sul tema cfr. R. Orlandi, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, 534 ss.; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 361 ss.; E. Marzaduri, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in F. Danovi (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 165 ss.; A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie,*cit., p. 86 ss.; A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, cit., p. 103 ss.; S. Fiore, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 145 ss.; G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. pen.*, 1, 2017.

[3] In argomento G. Fiandaca-A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, in *Foro it.*, 6, 2021, p. 780 ss.

dalla dottrina attraverso il riferimento alla cosiddetta "*tipicità processuale*" [4], espressione con la quale si allude all'interscambio contenutistico intercorrente tra il piano sostanziale e il piano processuale, che si realizza nella prassi giudiziaria e che investe diversi ambiti dell'ordinamento penale quando le prove a disposizione nel processo tendono ad influenzare i tratti di tipicità della fattispecie in funzione della risoluzione di difficoltà probatorie, incertezze ermeneutiche o (surrettizie) esigenze di effettività repressiva [5].

Si tratta, invero, della sintetica descrizione di un accadimento complesso, suscettibile di presentarsi in una pluralità di variabili in rapporto alla fattispecie di parte speciale rispetto alla quale si manifesta. In questa sede, ci soffermiamo su una sua particolare declinazione nella prassi, ossia, come detto, sulla 'ricostruzione processuale' – *rectius*, sulla *costruzione processuale del Tipo criminoso* attraverso indici tratti dal contesto.

2. *Primo caso di studio. La bancarotta fraudolenta patrimoniale*

Come da tempo acquisito nella riflessione dottrinale, tutte le fattispecie di bancarotta presenti nel nostro ordinamento, oggi 'segregate' nel codice della crisi di impresa [6] sono tradizionalmente caratterizzate da una matrice tipicamente processuale [7].

---

[4] Si veda, per tale rilievo, F. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 158 ss.

[5] Sull'interscambio tra i due piani, sostanziale e processuale, si rinvia alle riflessioni di K. Volk, *Diritto penale ed economia*, in Id., *Sistema penale e criminalità economica*, cit., p. 203 ss., sulla "processualizzazione del fatto tipico", cui si è già accennato, cfr., in particolare, A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 397 ss.; S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, E.S.I., Napoli, 2007, spec., p. 103 ss.

[6] Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019) è entrato in vigore il 15 luglio 2022. Sul tema v. i contributi monografici di F. Mazzacuva, *Bancarotta e crisi d'impresa. Giustificazione e limiti dell'intervento penale nelle nuove procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 104 ss.; A. Ingrassia, *Rischio di impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 36 ss.; S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, cit., p. 217 ss.

[7] Come già osservato da G. Delitala, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, ora in Id., *Diritto penale*, *Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, p. 723 ss.; cfr. anche P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 47 ss.; C. Pedrazzi-F. Sgubbi, *Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. Bricola-F. Galgano-

La fisionomia normativa e strutturale dei reati fallimentari risente tuttora, infatti, come efficacemente segnalato [8], di un metodo di formulazione della norma penale incompleto e imperfetto, di tipo "sintomatico" [9], di cui la bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare [10] costituisce un icastico esempio. In particolare, in questo caso, la definizione del fatto penalmente rilevante è rimessa a un'elencazione sovrabbondante di singole condotte [11], senza che emerga alcun reale criterio tipologico per operare una differenziazione nel momento applicativo [12].

G. Santini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare Scialoja Branca*, Zanichelli-Soc. Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1995, p. 121 ss. Sul punto v. la ricostruzione di G. Di Vetta, *La tipicità debole del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione. La dialettica tra statica del tipo criminoso e dinamica del processo*, Università di Pisa, 2015, più di recente Id. (a cura di), *Il nuovo volto del diritto penale fallimentare*, Pacini, Pisa, 2023, p. 13 ss.

[8] Tra gli altri, v. L. Conti, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1965, p. 23 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, *Leggi complementari*, *vol. II*, *I reati fallimentari*, *tributari*, *ambientali e dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 15 e p. 36; F. Grispigni, *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 135. Già con riferimento al Codice di commercio del 1882, G. Delitala, *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 123.

[9] In tal senso, C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 265, ora in Id., *Diritto penale*, *vol. III*, *Scritti di diritto penale dell'economia: problemi generali*, *diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 649, che ha modo di osservare come «la concezione sintomatica della bancarotta è stata ripudiata dalla dottrina: ma non è altrettanto certo che si possa considerare superata anche sul piano della legislazione». In generale, sul fondamento processuale del *Tatbestand*, si rinvia a A. Gargani, *Dal Corpus delicti al Tatbestand.* cit., spec. p. 101 ss.

[10] Art. 216 l.f. e oggi art. 322 del codice della crisi d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14): «*È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che: 1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti*». Si tratta della bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare, mentre, come noto, il comma 2 incrimina la "bancarotta post fallimentare": «*La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili*».

[11] Sul punto A. Alessandri, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2019, p. 35 ss. Cfr. anche Cass., sez. V, 3 novembre 2020, n. 13382: «Il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale ha natura di reato a condotta eventualmente plurima, che può essere realizzato con uno o più atti, senza che la loro ripetizione, nell'ambito dello stesso fallimento, dia luogo ad una pluralità di reati in continuazione, non venendo meno il carattere unitario del reato quando le condotte previste dall'art. 216 l. fall. siano tra loro omogenee, perché lesive del medesimo bene giuridico, e temporalmente contigue».

[12] Criticamente sul metodo "casistico" di formulazione delle norme fallimentari già nel Codice di commercio del Regno d'Italia (1865), F. Carrara, *Pensieri sulla nozione di bancarotta*, 1873, riprodotto in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, V, 2a, pp. 74-76.

La più emblematica [13] e – peraltro – la più frequente nella prassi risulta essere la condotta distrattiva, che mira alla «sottrazione di una cosa alla funzione di garanzia patrimoniale a favore dei creditori, con destinazione del bene ad uno scopo diverso» [14]. Nonostante il suo carattere *residuale* [15], corrisponde alla modalità 'paradigmatica' di questa figura di reato, ricomprendendo in sé le rimanenti ed esprimendone l'offensività [16]: la sua nota tipica consiste nel depauperamento dell'impresa attraverso la destinazione delle risorse a impieghi *estranei* all'attività caratteristica [17]; quanto all'elemento soggettivo, costituito dal c.d. "dolo generico", la rappresentazione e la volontà dell'agente debbono perciò inerire alla "*deminutio patrimonii*".

L'indirizzo maggioritario in dottrina e in giurisprudenza configura il delitto in esame quale reato di pericolo concreto [18], a prescindere dalla

---

[13] Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 35.

[14] Si tratta, infatti, di una condotta a forma libera, tanto commissiva quanto omissiva, configurabile nei casi di distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore fallito, sempre che non si realizzi la commissione di una delle altre condotte tipizzate dall'art. 322 c.c.i. (art. 216 l. fall.). Cfr. O.C. Artale, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Utet, Torino, 2017, p. 1747; N. Pisani, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Giappichelli, Bologna, 2018, p. 44 ss.; N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, VI ed., Cedam, Padova, 2023 p. 17.

[15] Cfr. Cass., sez. V, 19 giugno 2017, n. 44398 sulla residualità della condotta di distrazione: «La condotta di distrazione disciplinata all'art. 216 della legge fallimentare ha natura residuale e ricomprende tutte le condotte tese a sviare i beni dell'impresa fallita dalla loro funzione che è la garanzia dei crediti vantati dal ceto creditorio».

[16] Così C. Pedrazzi-F. Sgubbi, *Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito*, cit., p. 121.

[17] Per integrare la distrazione rileva tanto l'utilizzo di strumenti giuridici (si pensi alla creazione di un diritto reale di godimento) quanto operazioni materiali (come l'alienazione). Sul punto v. C. Pedrazzi-F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 56.

[18] Per una ricostruzione completa della giurisprudenza v. A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 40 ss.; cfr. anche N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 179 ss.; spec. v. Cass., 7 febbraio 2017 n. 33256: «Il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è reato di pericolo concreto. Non è necessaria, pertanto, la sussistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione e il successivo fallimento, dal momento che la condotta sanzionata non consiste nell'aver cagionato l'insolvenza o nell'aver provocato il fallimento, bensì nel depauperamento dell'impresa che si concretizza nell'averne destinato le risorse a impieghi estranei all'attività caratteristica. La rappresentazione e la volontà dell'agente debbono perciò inerire alla "*deminutio patrimonii*" (semmai, occorre la consapevolezza che quell'impoverimento dipenda da iniziative non giustificabili con il fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale): tanto basta per giungere all'affermazione del rilievo penale della condotta, per sanzionare la quale è sì necessario il successivo fallimento, ma non già che questo sia oggetto di rappresentazione e volontà – sia pure in termini di semplice accettazione del rischio di una sua verificazione – da parte dell'autore»; v. anche Cass., sez. V, 7 aprile 2017, n. 17819; Cass., sez. V, 4 novembre 1993, n. 11438. Talvolta la giurisprudenza

causazione di un danno per la massa dei creditori [19]. Sicché non occorre alcun nesso causale con il successivo 'evento' rappresentato dalla sentenza dichiarativa di fallimento, che, secondo il recente e più accreditato orientamento, non va considerato *evento* in senso tecnico [20], bensì mera condizione obiettiva di punibilità. Questi punti sono ormai fermi.

Ne consegue che i comportamenti descritti dalla fattispecie potrebbero essere realizzati in qualunque momento antecedente al fallimento [21], cioè, di regola, nel pieno dell'attività di impresa: restando ricompresi, pertanto,

---

considera rilevante la destinazione «a fini diversi da quelli dell'azienda» con il conseguente depauperamento patrimoniale, «che si risolve in un danno per la massa dei creditori», v. Cass., sez. V, 6 novembre 1996, n. 9430.

[19] Sul tema v. R. Bricchetti-L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 52, secondo cui la bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare è da considerarsi un reato di pericolo concreto, nel quale la condotta deve essere idonea a mettere in pericolo la consistenza del patrimonio in relazione alle aspettative di soddisfacimento dei creditori, e questo pericolo deve permanere fino alla dichiarazione di fallimento. In giurisprudenza v. Cass., sez. V, 3 novembre 2020, n. 13382: «Ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è irrilevante, sotto il profilo dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato, l'assenza di un danno per i creditori», nonché Cass., sez. V, 13 gennaio 2023, n. 11230 «La valutazione della pericolosità in concreto della condotta distrattiva richiesta dalla norma incriminatrice, deve avvenire, sotto il profilo sia oggettivo sia soggettivo del dolo generico, attraverso prognosi postuma avente come punto di riferimento l'epoca di realizzazione delle condotte e sulla base di specifici elementi, c.d. indici di fraudolenza». Cfr. anche Cass., sez. V, 23 giugno 2017; Cass., sez. V, 11 marzo 2022; Cass., sez. V, 20 maggio 2022.

[20] Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli, con la quale la Cassazione, all'esito di un complesso dibattito giurisprudenziale, ha qualificato la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione estrinseca di punibilità. I giudici di legittimità non hanno ravvisato la necessità di alcun tipo di collegamento di natura eziologica tra la condotta posta in essere dal soggetto attivo e la declaratoria di fallimento – elemento che, se presente, avrebbe potuto valorizzare la stessa come evento del reato – non richiedendosi neppure una consapevolezza in capo all'agente dello stato di insolvenza, né la sussistenza dello scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente che lo stesso abbia concretamente posto in pericolo la consistenza della garanzia patrimoniale dell'impresa destinandone le risorse ad impeghi estranei alla sua attività (sul punto cfr. anche Cass., sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819). Le successive pronunce in tema hanno consolidato l'orientamento delle Sezioni Unite, tra cui ad esempio Cass., sez. V, 22 marzo 2017, n. 13910, Santoro, con nota di N. Pisani, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2017, p. 1160: «la declaratoria fallimentare, nella struttura di bancarotta prefallimentare, in conclusione, ha natura di condizione di punibilità estrinseca al reato; la declaratoria che apre la procedura concorsuale, da un certo punto di vista, fissa il momento nel quale occorre "bloccare" l'orologio della vita dell'impresa e valutare la attualità dell'offesa immanente alle condotte distruttive o depauperative nel contesto dell'insolvenza».

[21] In giurisprudenza si afferma che tale condotta può ricadere nella fattispecie di bancarotta anche se commessa in epoca in cui «l'impresa ancora *non versava in condizioni di insolvenza*»: Cass., sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, Sgaramella (su cui v. *infra*, § 2.2.).

entro il novero di una pluralità anche vastissima di operazioni (segnatamente, nel caso di imprese di gradi dimensioni), le più parti delle quali plausibilmente sorrette da un *rationale* economico 'ortodosso'.

Per tale ragione, è indispensabile individuare le condotte pericolose, stabilendo una distinzione tra i comportamenti fisiologici, tipici dell'attività di impresa – inclusi, cioè nel normale rischio *imprenditoriale* – e i comportamenti che rientrano invece nella "zona di rischio *penale*" [22] in quanto idonei a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato, vale a dire, *in apicibus*, la garanzia creditoria [23].

Infatti, la condotta rilevante penalmente dovrebbe essere solo quella di un soggetto che ha messo in pericolo l'interesse dei creditori sbilanciando le garanzie [24], con consapevolezza della portata distrattiva [25] dell'atto compiuto;

---

[22] Per la teoria della zona di rischio penale cfr. P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., p. 47 ss. Successivamente ripresa dalla dottrina, preoccupata di fornire risposta alla «esigenza di tracciare un arco temporale che segnali il "confine della rilevanza" delle condotte tenute dal debitore», così A. Fiorella, in Id. (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 160; v. anche N. Pisani, *Diritto penale fallimentare*, *Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 10; S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, cit., p. 265 ss.; A. Ingrassia, *Rischio di impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, cit., p. 36 ss.; F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in *Leg. pen.*, 22 maggio 2020, p. 9 ss.; F. Mazzacuva, *Bancarotta e crisi d'impresa. Giustificazione e limiti dell'intervento penale nelle nuove procedure concorsuali*, cit., p. 104 ss.

[23] La giurisprudenza ha affermato che la c.d. "zona di rischio penale" può escludere la rilevanza penale della condotta solo qualora l'atto addebitato non sia idoneo ad esporre a pericolo il patrimonio dell'impresa e non sia collocabile in un contesto di condotte che abbiano determinato il dissesto, cfr. Cass., sez. V, 22 febbraio 2018, n. 18517 e già Cass., sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, Barbato; in tal senso v. altresì Cass., sez. V, 30 gennaio 2006, n. 75555, ove si osserva che la "fraudolenza", intesa come connotato interno alla distrazione, implica che non può esistere distrazione atta ad integrare il reato di bancarotta al di fuori dell'ipotesi in cui la diminuzione della consistenza patrimoniale, che in sé stessa potrebbe anche costituire legittimo esercizio del potere di disposizione del titolare dell'impresa *in bonis*, comporti uno squilibrio tra attività e passività tale da porre in pericolo l'interesse rappresentato dalle ragioni dei creditori.

[24] Cfr. già C. Pedrazzi, in C. Pedrazzi-F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 25, secondo cui occorre riconoscere l'intrinseca dannosità per gli interessi dei creditori al momento in cui le condotte si realizzano; per una recente ricostruzione delle riflessioni dell'A. in relazione ai recenti approdi giurisprudenziali, F. Mazzacuva, *Bancarotta e crisi d'impresa. Giustificazione e limiti dell'intervento penale nelle nuove procedure concorsuali*, cit., p. 104 ss.

[25] A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 43 e p. 63, in cui fa l'A. fa notare che è sufficiente la consapevolezza di disporre di elementi del patrimonio sociale diversi da quelli dell'impresa, a volte accompagnata in giurisprudenza dall'accertamento della volontà di compiere atti che possono cagionare danno ai creditori, ma comunque viene esclusa la necessità di accertare

altrimenti, non si potrebbe distinguere la distrazione da ogni altro atto di disposizione compiuto nell'esercizio dell'attività di impresa.

Tuttavia, le condotte tipiche elencate nella fattispecie legale – soprattutto quella distrattiva – non hanno un contenuto *selettivo* immediato ed oggettivo tale da esprimere un reale contenuto lesivo. E l'attuale orientamento della giurisprudenza, come vedremo, ne è una significativa conferma [26], nella misura in cui la tipizzazione incompleta e imperfetta comporta *inevitabilmente* una "costruzione processuale" della fattispecie sostanziale attraverso massime di esperienza [27].

2.1. *La (ri-)costruzione processuale della bancarotta prefallimentare per distrazione*

Come detto, ai fini dell'integrazione della bancarotta fraudolenta è necessario riuscire a collocare il comportamento dell'imprenditore in una zona di rischio *penale*, caratterizzata da realistiche previsioni di "crisi" [28].

---

una *consapevolezza di uno stato di insolvenza*. In questo senso Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli, cit.

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

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

[28] In particolare, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice*

In assenza però di indicazioni legislative sul punto, le incertezze sul piano della tipicità sostanziale si ripercuotono in sede di applicazione giurisprudenziale, dove si assiste ad una sorta di costante adattamento degli elementi costitutivi del fatto alle necessità della prova [29].

Non a caso, è proprio in questo settore apparentemente periferico dell'ordinamento penale che si assiste storicamente – e con maggiore evidenza – a quel complesso e variegato fenomeno che va sotto il nome di "processualizzazione del fatto tipico" [30]. Infatti, si registra nella prassi la tendenza della giurisprudenza a fare un utilizzo meramente *strumentale* della categoria dell'offensività, anteponendo all'accertamento della condotta e delle modalità tipiche descritte nella fattispecie astratta un'acritica affermazione di lesività del fatto per come esso si è svolto ed è stato accertato sul piano storico-effettuale [31]. Si finisce così per prescindere da qualsiasi nesso di

---

dell'insolvenza, cit., p. 265 ss., afferma l'esigenza (confermata oggi anche dal nuovo codice della crisi e dell'insolvenza) di postulare l'insolvenza quale elemento costitutivo (presupposto della condotta) dei reati di bancarotta prefallimentare, rilevando così l'atipicità, ai sensi dell'art. 216 l. fall., di condotte distrattive realizzate al di fuori del "contesto significativo" rappresentato dallo stato di crisi; v. anche F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, cit., p. 9 ss., secondo cui non avrebbe senso punire una condotta tenuta in un tempo in cui la garanzia patrimoniale era sufficiente e solida, poiché occorre rapportare la condotta alla coeva posizione finanziaria netta per verificare se quanto meno il pericolo possa dirsi realizzato, poiché finché la garanzia patrimoniale è adeguata, le condotte tenute dal debitore non possono rilevare come ipotesi di bancarotta.

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

[30] Nel senso che la peculiare struttura dell'incriminazione si riverbera sui modi della valutazione probatoria, diverse riflessioni si sono sviluppate nell'ambito dello studio della criminalità organizzata, cfr. *ex multis* P. Maggio, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 491 ss.; Id., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, in *La Corte d'Assise*, 2010, spec. p. 366 ss.; già Id., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, in G. Fornasari (a cura di), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2002, p. 199 ss.; G. Fiandaca, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., p. 203 ss., v. anche *supra*, nota 2.

[31] Nel senso dell'irrilevanza di qualsiasi nesso di contestualità temporale con la dichiarazione di fallimento, *ex multis*, Cass., sez. V, 15 luglio 2008, n. 39546, in *Guida al diritto*, 2008, p. 101, secondo cui «i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono

contestualità temporale con l'insolvenza o con il dissesto, momento in cui è dato realmente verificare se un fatto – realizzato anche in un tempo significativamente anteriore al collasso dell'impresa – si sia tradotto in una consistente probabilità di verificazione di un pregiudizio per gli interessi patrimoniali dei creditori; ne consegue una significativa anticipazione della soglia di tutela penale [32].

In altre parole, e secondo una logica tipica dell'*hindsight bias,* qualsiasi condotta che si traduce *ex post* in un mancato o ridotto soddisfacimento coattivo degli interessi patrimoniali dei creditori può integrare gli estremi del fatto tipico di "distrazione". La componente offensiva della condotta viene individuata sulla base del mero riscontro della contrarietà dell'atto di disposizione patrimoniale posto in essere dall'imprenditore a criteri di giudizio formali, discrezionalmente – se non *arbitrariamente* – selezionati dal giudice, cui si ritiene debba 'conformarsi' il normale ed ordinato esercizio dell'attività imprenditoriale, in forma individuale e societaria [33]. Sicché il

---

rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Infatti, tutte le ipotesi alternative di distrazione previste dalla norma si realizzano mediante condotte che determinano una diminuzione del patrimonio pregiudizievole per i creditori: per nessuna di queste ipotesi la legge richiede un nesso causale o psichico tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, sicché né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, probabile o possibile, dell'atto dispositivo, né la percezione della sua preesistenza nel momento del compimento dell'atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta […]». In senso conforme, Cass., sez. V, 19 febbraio 2015, n. 33527; Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548. Cfr. anche Trib. Cassino, 18 aprile 2023, n. 120: «Ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta, non è necessario che le condotte indicate dall'alt. 216, comma primo, n. l) RD. 267/1942 si pongano in rapporto di stretta conseguenzialità con la dichiarazione di fallimento o con lo stato di decozione, trattandosi di comportamenti da considerare nell'implicita capacità di sottrarre beni alla loro naturale destinazione di supporto economico dell'impresa, ciò essendo sufficiente a giustificare un collegamento con lo stato di decozione e con la conseguente procedura esecutiva».

[32] Sui criteri di delimitazione temporale delle condotte penalmente rilevanti si veda in particolare A. Alessandri, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 47 ss.; v. anche, più di recente, F. Mazzacuva, *Bancarotta e crisi d'impresa. Giustificazione e limiti dell'intervento penale nelle nuove procedure concorsuali*, cit., p. 104 ss.

[33] Cfr. *ex multis*, Cass., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774, secondo cui «la condotta sanzionata dalla L. Fall., art. 216 – e, per le società, dall'art. 223, comma 1 – non sia quella di avere cagionato lo stato di insolvenza o di avere provocato il fallimento, bensì – assai prima – quella di depauperamento dell'impresa, consistente nell'averne destinato le risorse ad impieghi estranei all'attività dell'impresa medesima. La rappresentazione e la volontà dell'agente debbono perciò inerire alla *deminutio patrimonii* (semmai, occorre la consapevolezza che quell'impoverimento dipenda da iniziative non giustificabili con il fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale): tanto basta per giungere all'affermazione del rilievo penale della condotta, per sanzionare la quale è sì

bene giuridico viene '*svuotato*' della sua intrinseca funzione selettiva, che è legata alla necessaria considerazione dell'elemento oggettivo del reato così come descritto *nella fattispecie astratta*.

D'altronde, se, come già evidenziato, a livello testuale la disposizione non è in grado di esprimere la dimensione offensiva del fatto tipico, diviene inevitabile, nell'ambito del giudizio di conformità del fatto storico al modello legale astratto, lo spostamento del baricentro offensivo in funzione della tutela di un bene incerto e vago come la "correttezza gestionale dell'impresa" [34]. Nondimeno, l'estraneità della condotta 'economica' dell'imprenditore e/o del soggetto apicale agli interessi imprenditoriali/societari, non può di per sé avere *efficacia inferenziale* sull'effettivo depauperamento della garanzia patrimoniale e non pare quindi sufficiente per l'accertamento di un pericolo concreto di pregiudizio patrimoniale (o dell'effettiva verificazione del medesimo) [35]; l'attribuzione a tale parametro di un valore probatorio concludente appare come l'esito dell'applicazione di un ragionamento *di tipo presuntivo* [36].

---

necessario il successivo fallimento, ma non già che questo sia oggetto di rappresentazione e volontà – sia pure in termini di semplice accettazione del rischio di una sua verificazione – da parte dell'autore»; v. anche Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548, Cass., sez. V, 12 dicembre 2014, n. 20532 e Cass., sez. V, 3 ottobre 2003, n. 37565, secondo cui: «in tema di bancarotta fraudolenta, gli atti di disposizione che determinano un vincolo per il patrimonio dell'impresa fallita, creando obbligazioni pertinenti alla destinazione di un bene (nella specie, la stipulazione di un contratto preliminare di vendita immobiliare), possono configurare un'ipotesi di distrazione solo quando detto vincolo sia privo di inerenza alle finalità dell'impresa […]».

[34] Si è parlato di un processo di «depatrimonializzazione» e correlata «pubblicizzazione» del bene giuridico, così N. Pisani, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in Id. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 21.

[35] Per tale rilievo, N. Selvaggi, *Estraneità dell'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in N. Pisani (a cura di), *Diritto penale fallimentare*, cit., p. 97 ss.

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

Peraltro, un risvolto di queste 'metamorfosi' processuali dell'offesa tipizzata si può apprezzare anche in ordine all'accertamento dell'elemento soggettivo di questo Tipo criminoso, rappresentato dal c.d. "dolo generico"[37]: sotto questo profilo, si ritiene, infatti, sufficiente l'accertamento della consapevolezza da parte del soggetto attivo che l'atto dispositivo non appaia giustificabile rispetto al fisiologico esercizio dell'attività imprenditoriale[38].

Come è stato fatto notare in dottrina[39], il rischio che si cela dietro tale tendenza giurisprudenziale è quello di rendere il delitto in esame suscettibile di tradursi in uno «strumento di controllo dirigistico sul governo dell'impresa, tale da legittimare un vero e proprio sindacato giurisdizionale sul merito delle scelte imprenditoriali, racchiuse in comportamenti, *ex post* rivelatesi privi di successo»[40].

---

[37]Cfr. per una ricostruzione, G. Minicucci, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, Firenze, 2018; M. Poggi D'Angelo, *Il dolo di pericolo nella bancarotta fraudolenta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2019, p. 2129 ss.

[38] Così, *ex multis*, Cass., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774, cit. Si tratta, invero, del ricorso al modello di semplificazione probatoria del *dolus in re ipsa*, secondo cui la sussistenza del coefficiente psichico reale (dolo generico) può essere desunta, in via presuntiva, dal fatto stesso che il soggetto ha realizzato una condotta penalmente rilevante (es. destinazione di beni sociali a finalità estranee all'oggetto sociale). In tal senso, Cass., sez. V, 9 marzo 1999, n. 4424, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, pp. 1204 ss.: «In tema di bancarotta per distrazione, per verificare la sussistenza del dolo appare sufficiente accertare che l'atto dispositivo che ha comportato diminuzione patrimoniale sia privo di sinallagma rispondente al fine istituzionale dell'impresa e, poiché per la realizzazione del reato è richiesto il dolo generico (ravvisabile, a volte, "*in re ipsa*"), la divergenza obiettiva dell'atto di disposizione da tale fine (che è l'unico cui devono ispirarsi gli atti di gestione), dà sufficientemente conto della direzione del volere dell'agente, essendo del tutto irrilevanti i motivi che hanno determinato il comportamento del soggetto». Cfr., in senso apertamente conforme, Cass., sez. V, 13 febbraio 2014, n. 21846; Cass., sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077; Cass., sez. V, 30 gennaio 2015, n. 29099, v. anche, più di recente, Trib. Vicenza, 30 giugno 2022, n. 478: «In merito all'imputazione per il reato p. e p. dall'art. 216 e 219 L.F., l'elemento soggettivo della fattispecie incriminatrice è costituito, al di fuori dell'ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa e nemmeno lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo invece sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte. Ai fini della sussistenza del dolo è necessaria la rappresentazione da parte dell'agente, della pericolosità della condotta distrattiva, da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare».

[39] Sulla ricognizione dei limiti del sindacato penale sull'attività d'impresa v. già le riflessioni di F. Stella, *Fatti di bancarotta e intervento del magistero punitivo*, in AA.VV., *La crisi dell'impresa e l'intervento del giudice*, Milano, 1978, p. 121 ss.

[40] Così N. Pisani, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., pp. 9-10.

Per quanto più rileva ai nostri fini, a ben vedere, tali tendenze esemplificano quanto si intendeva dimostrare, ossia che il profilo lesivo del fatto tipico di bancarotta fraudolenta per distrazione è – e se ci si pone nella prospettiva della presente indagine *non può che essere* – *(ri-)costruito* in base al compendio probatorio che emerge di volta in volta nel corso del processo [41]. Si assiste, pertanto, ad una manipolazione giurisprudenziale del Tipo criminoso che desta fondate perplessità in ordine all'osservanza del principio di legalità costituzionale (e convenzionale) e dei suoi corollari.

2.2. *L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di fraudolenza"*

Per ovviare alle aporie che connotano la fattispecie astratta e che conducono alle distorsioni processuali del Tipo criminoso poc'anzi osservate, la giurisprudenza ha esperito un tentativo di "*tipizzazione in via pretoria*" del delitto di bancarotta fraudolenta prefallimentare.

Il riferimento va, in particolare, alla pronuncia di legittimità Sgaramella [42], in cui la Suprema Corte, dopo aver affrontato il tema dell'offensività necessariamente concreta del fatto, dell'individuazione del bene giuridico tutelato, della rilevanza della correlativa collocazione temporale dei fatti di bancarotta e della relazione cronologica con il fallimento, si cimenta direttamente nell'elaborazione di *"indici di fraudolenza*".

Si tratta, nella materia *de qua,* di un complesso di circostanze di fatto basate su massime di esperienza, prese in considerazione dal giudice in quanto si ritengono dotate di un "rilievo probatorio qualificato", che

---

[41] In altri termini, il ricorso ai criteri di valutazione del singolo atto di gestione elaborati in via giudiziale si traduce, sul piano processuale, in una progressiva formalizzazione del contenuto sostanziale dell'illecito penale, consentendo al giudice (e, prima ancora, alla pubblica accusa) di eludere la dimostrazione probatoria che quella «isolata» operazione economica ha determinato una lesione effettiva (o un pericolo di lesione) del fabbisogno di garanzia dei creditori. Sul processo di «formalizzazione» processuale del profilo lesivo del fatto tipico, A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, cit., p. 397 ss.; S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., p. 99 ss.

[42] Si tratta di Cass., sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, Sgaramella, con note di E. Fassi, *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli "indici di fraudolenza" della condotta nel caso concreto*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4339 ss.; F. Brembati, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principî costituzionali e "indici di fraudolenza"*, in *Le soc.*, 2018, p. 645 ss.; S. Cavallini, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 187 ss.; L. Messori, *Il pericolo concreto nella bancarotta prefallimentare: nulla poena sine crimine...et condicione?*, in *Cass. pen.*, 10, 2018, p. 3526 ss.

dovrebbero quindi consentire di circoscrivere meglio i fatti penalmente rilevanti ai fini dell'*accertamento* del delitto in esame.

Ripercorreremo in sintesi i passaggi della sentenza.

La Corte, anzitutto, ribadisce l'orientamento giurisprudenziale secondo cui ai fini dell'integrazione del delitto di bancarotta non sarebbe necessaria la sussistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione e il successivo fallimento, sicché le condotte distrattive *assumono disvalore* – una volta intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento – in qualsiasi momento siano state poste in essere, anche in una fase in cui l'impresa non versava in stato di decozione [43].

In questa prospettiva, la disciplina prevista per la bancarotta fraudolenta a livello di fattispecie astratta "selezionerebbe" già i comportamenti passibili di incriminazione, dovendosi però giustificare in concreto *l'effettiva offesa* alla massa dei creditori quale portato del comportamento illecito, anche mediato e consequenziale, derivato dalla perdita di ricchezza e non compensato *medio termine* da alcun riequilibrio economico. Quanto all'elemento soggettivo, il "dolo generico", dovrebbe sostanziarsi nella consapevolezza di imprimere al patrimonio sociale una destinazione diversa dalle finalità dell'impresa che *potrebbe mettere in pericolo* la garanzia patrimoniale dei creditori, non essendo necessaria la consapevolezza né dello stato di insolvenza, né di una lesione per il patrimonio dei creditori [44].

Risulta pertanto evidente la volontà di considerare l'offensività *in concreto* e non meramente in astratto, di tal che questa ipotesi di reato non finisca per costituire un ulteriore esempio di «pervicace resistenza dei "reati di sospetto"» [45], prendendo così le distanze dalle ricostruzioni in termini di

---

[43] V. già *supra*, § 2.

[44] Cass., sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, Sgaramella, cit., § 4.3 del *Considerato in diritto*: «in quanto afferente a un reato di pericolo concreto, caratterizzato dalla "fraudolenza" come connotato interno del fatto, il dolo generico della bancarotta fraudolenta patrimoniale richiede comunque la rappresentazione da parte dell'agente della pericolosità della condotta distrattiva, dissipativa, etc., da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e, dunque, la consapevole volontà del compimento di operazioni sul patrimonio sociale, o su talune attività, idonee a cagionare un danno ai creditori», v. già Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli, cit.

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

pericolo presunto che si accontentano di constatare *la mera presenza dell'atto distrattivo in sé*[46].

Ciò premesso, la Suprema Corte sottolinea che, ai fini di fornire un'adeguata motivazione circa l'integrazione di entrambe le componenti suddette – oggettiva e soggettiva – che integrano la *fraudolenza* della condotta, occorre riferirsi a *indici di fraudolenza*; questi ultimi si ambientano, appunto, sia sul versante della tipicità oggettiva che su quello della tipicità soggettiva (*i.e.* del dolo) dei fatti di bancarotta e sono funzionali a ricondurre l'attività interpretativa del giudice entro binari più definiti e 'certi'.

Nella specie, si tratta di «elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie», per i quali è necessario un collegamento soggettivo con l'agente[47], individuati come segue: (i) collocazione del fatto in *una serie* di condotte di spoliazione; (ii) *contestualità* con una situazione di dissesto; (iii) *congiuntura economica* in cui si trova la condotta; (iv) *contesto* operativo in cui il soggetto si è trovato, avuto riguardo a cointeressenze dell'imprenditore rispetto ad altre imprese coinvolte nei patti depauperativi (conflitto di interessi); (v) *grado di disallineamento* tra il fatto generatore del disequilibrio rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale.

Gli indici di fraudolenza sarebbero quindi da rintracciare fondamentalmente nel *contesto* di rischio *penale* che, secondo massime di esperienza, fa da cornice alla condotta distrattiva; e va, in proposito, rilevato che le caratteristiche degli indici riconducono il nucleo di tipicità del fatto 'attorno al dissesto', quantomeno come *sbocco tendenziale* (*i.e.* a partire da uno stato di crisi)[48].

---

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

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

[48] Cfr. C. Pedrazzi, *Art. 216*, cit., p. 16, secondo cui «l'effetto di procurata insufficienza della garanzia [è] concettualmente ed empiricamente inseparabile dal dissesto». Sulla *differenza tra crisi*, *insolvenza e dissesto*, v. di recente F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, cit., p. 17 ss., il quale ritiene che dissesto e insolvenza possano essere intesi come sostanzialmente sinonimi, entrambi idonei a descrivere una situazione irrimediabilmente squilibrata di un'impresa decotta e senza continuità, mentre lo stato di crisi è

Sul punto, è stato acutamente affermato che, mentre in presenza di una situazione di insolvenza qualsiasi diminuzione dell'attivo risulterà *ipso facto* offensiva – e stesso discorso può farsi in riferimento al dissesto che si profili all'orizzonte come probabile –, considerazioni diverse si impongono quando la situazione patrimoniale dell'impresa risulti sana [49]. Dinnanzi ad una situazione patrimoniale solida e tranquillizzante, la pericolosità concreta potrà rinvenirsi unicamente nei fatti distrattivi idonei a *destabilizzare* l'equilibrio patrimoniale dell'impresa, mettendo in pericolo la garanzia creditoria [50]. Un fatto con tali connotati, *unito al disvalore di contesto*, nella specie economico-imprenditoriale, è suscettibile di integrare la condotta tipica di distrazione [51].

In questo caso, evidentemente, è il contesto che qualifica di disvalore la condotta [52], assegnandole la dimensione finalistica in termini di messa in

logicamente e temporalmente anteriore all'insolvenza, meno grave qualitativamente in quanto è qui ancora possibile progettare un recupero della continuità aziendale.

[49] In tal senso, S. Cavallini, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, cit., p. 187, il quale evidenzia come sia «uno spartiacque, quello segnato dall'imminente insolvenza, che modifica l'oggettività giuridica degli atti dispositivi, proiettando in primo piano la conservazione della (residua) garanzia a tutela dei creditori, e illuminando il pericolo concreto per il bene presidiato e il correlativo substrato psichico». Sul sindacato giudiziale e i criteri con cui si esercita a seconda che la società fallita fosse "*in bonis*" o in "situazione prefallimentare" al momento dell'operazione economica contestata v. A. Ingrassia, *Rischio di impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, cit., p. 36 ss.; F. Mazzacuva, *Bancarotta e crisi d'impresa. Giustificazione e limiti dell'intervento penale nelle nuove procedure concorsuali*, cit., p. 104 ss.

[50] Sul punto v. F. Brembati, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principî costituzionali e "indici di fraudolenza"*, cit., p. 652.

[51] Certamente, dunque, il disvalore di contesto risulta essere un elemento fortemente indicativo in sede di accertamento del fatto di reato, ma il valore decisivo di questo ulteriore nucleo di disvalore deve pur sempre essere accompagnato dalla necessaria verifica della *concreta portata offensiva della condotta*. Cfr. C. Pedrazzi, *Art. 216*, cit., p. 54.

[52] In riferimento al contesto come elemento costitutivo *implicito* del tipo nell'ambito in esame cfr. S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, cit., pp. 217 ss., 297 ss. e in particolare p. 308 ss., in cui si individua la crisi d'impresa, intesa come squilibrio reversibile, quale "*habitat*" dei fatti di bancarotta se non gestita attraverso le procedure previste dalla legge. Si osserva infatti che, se il legislatore ha rinunciato a punire condotte volte a rimediare ad uno stato di crisi, non può allo stesso tempo ritenere tipiche condotte realizzate all'infuori di tale contesto. Cfr. in termini simili già A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, *Uno sguardo d'insieme*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 21, secondo cui il transito nell'area dell'illecito avviene solo se le condotte sono tenute in una situazione imprenditoriale nella quale il patrimonio a garanzia delle pretese creditorie è appena sufficiente soddisfarle, dato che da questo punto in poi la distrazione incide negativamente sui diritti dei creditori, giacché erode il patrimonio

pericolo del bene giuridico e fungendo da *bussola* per la selezione delle condotte distrattive fraudolente.

2.3. *Massime di esperienza e definizione del Tipo criminoso*

L'intento della Cassazione, con la pronuncia esaminata, era quello di contrassegnare il disvalore della fattispecie «in termini del tutto in linea con il principio di offensività e di colpevolezza» [53], selezionando massime di esperienza "dal rilievo probatorio qualificato" funzionali a circoscrivere la zona di rischio *penale*.

Sebbene il giudice di legittimità non potesse certo avere la pretesa di fornire un quadro esaustivo e definito in ogni aspetto degli indici di fraudolenza, emerge, *d'altro canto*, la necessità di fornire all'interprete strumenti che possano orientare l'applicazione in concreto della fattispecie, onde assicurare maggiore certezza nell'esito del giudizio, in conformità ai principî cardine del diritto penale [54].

Occorre però domandarsi se, assolvendo gli indici tale funzione di *orientamento* dell'attività interpretativa del giudice, si limitino ad avere rilievo probatorio e non anche '*costitutivo*', in termini di tipizzazione *ex post* della fattispecie legale [55].

L'opinione di chi scrive propende per la seconda ipotesi. L'elaborazione di tali indici, utilizzati a più riprese anche dalla giurisprudenza successiva [56],

---

sufficiente a garantirli; N. Pisani, *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., p. 10 ss., il quale ricollega l'esigenza di delimitazione della zona di rischio al requisito della pericolosità in concreto.

[53] Cass., sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, Sgaramella, cit., § 4.6.

[54] Cfr. anche la giurisprudenza successiva in cui si fa riferimento agli indici "che colorano di illiceità la condotta": Cass., sez. V, 17 maggio 2023, n. 31702; Cass., sez. V, 23 giugno 2022, n. 37109; Cass., sez. V, 20 maggio 2022, n. 29850; Cass., sez. V, 11 marzo 2022, n. 24071.

[55] In ogni caso si avverte il problema di assicurare la correttezza del ragionamento inferenziale basato sugli indici che deve essere specifico oggetto della motivazione, sul punto G. Todaro-G. Orsi, *La valutazione ex post della pericolosità in concreto della condotta distrattiva e del dolo sulla base di c.d. indici di fraudolenza*, in *IUS Societario*, 30 maggio 2023, nota a Cass., sez. V, 13 gennaio 2023, n. 11230.

[56] Ad esempio, Cass., sez. V, 20 maggio 2022, n. 29850, in cui si afferma che «come ha precisato la sentenza Sgaramella, in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, l'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico deve valorizzare la ricerca di "indici di fraudolenza", rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività

va oltre la mera formalizzazione di un "prontuario per la prova" dei fatti di bancarotta, e può già ora essere vista nella prospettiva di un tentativo del "diritto vivente" di sanare il difetto di tipizzazione legale di cui si è detto in precedenza, conferendo rilevanza *costitutiva* e non meramente probatoria alle suddette circostanze concrete [57].

Invero, la strada intrapresa dalla Cassazione pare essere metodologicamente convincente [58], nella misura in cui, posto che il tipo legale qui non descrive l'*ambientamento contestuale* (*i.e.*, il quadro *situazionale* in cui la condotta si iscrive – o meglio, si deve iscrivere – per essere tipica), gli indici potrebbero consentire di distinguere con più chiarezza il normale rischio di *impresa* dalla zona di rischio *penale*, questione cruciale ai fini dell'accertamento della bancarotta fraudolenta prefallimentare, in cui, come visto, il *disvalore di contesto* connota 'fisiologicamente' se non proprio 'strutturalmente' il disvalore complessivo del fatto.

Il problema però resta. Per quanto siano apprezzabili gli sforzi della giurisprudenza di circoscrivere l'ambito applicativo della fattispecie, per tale via viene lasciato esclusivamente alla prassi il compito di individuare e selezionare gli indici fattuali sulla base dei quali identificare il disvalore tipico della bancarotta fraudolenta per distrazione [59], riservando alle massime di esperienza individuate nel processo l'ultima parola nella definizione della *sostanza* del reato (*i.e.* il Tipo criminoso). Un esito incompatibile con i principî fondamentali del sistema penale, segnatamente rispetto al monopolio del legislatore nel processo di criminalizzazione primaria.

Per la verità, sul fronte appena toccato, 'prove di dialogo' fra Formanti

---

rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall'altro, all'accertamento in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa». Cfr. anche Cass., sez. V, 17 maggio 2023, n. 31702; Cass., sez. V, 23 giugno 2022, n. 37109; Cass., sez. V, 11 marzo 2022, n. 24071.

[57] Sul punto si consenta il rinvio a F. Vitarelli, *La rilevanza degli "indicatori" nell'accertamento della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale: verso una dimensione dinamica della tipicità?*, in G. Di Vetta (a cura di), *Il nuovo volto del diritto penale fallimentare*, Pacini, Pisa, 2023, p. 187 ss.

[58] È il tema centrale della presente trattazione, per il cui sviluppo dalla 'prammatica' alla 'paradigmatica' si rinvia ai Cap. III e IV.

[59] Diverso è il caso in cui i criteri indiziari diventano di per sé elementi costitutivi della fattispecie codificati dal legislatore, come nella fattispecie di bancarotta semplice. Per tale riferimento v. A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 53; Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 134. Sul punto, v. più approfonditamente *infra*, Cap. IV, § 5.

(quello legislativo e quello giurisprudenziale) si possono rintracciare, da ultimo, nella Relazione elaborata nel luglio 2022 dalla "Commissione Bricchetti" [60], preparatoria di un intervento di riforma del settore da parte dell'allora ministra Cartabia [61]. Qui si palesa, infatti, l'esigenza di escludere, nella definizione dell'elemento oggettivo della fattispecie, la rilevanza di comportamenti risalenti nel tempo o comunque tenuti in un momento in cui ancora non si siano manifestati i segni del dissesto [62]. Ne è derivata la formulazione di una proposta di legge secondo la quale dovrebbero ritenersi tipiche solo le condotte tenute in presenza di una situazione di rilevante squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, nonché le condotte che determinino l'insorgenza della menzionata situazione di squilibrio: un'opzione che sembra voler dare rilevanza al concetto di zona di rischio *penale*, limitando in maniera più evidente l'intervento repressivo a fatti concretamente offensivi [63]. Non vi è, per converso, traccia dell'eventualità di valorizzare *ex lege* indici tratti dal contesto al fine di circoscrivere il disvalore tipico (ma su questo punto ritorneremo).

3. *Secondo caso di studio. La manipolazione del mercato*

Il delitto di manipolazione del mercato *ex* art. 185 T.U.F. [64] è stato introdotto

[60] La Relazione è disponibile qui: https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/07/RELAZIONE.pdf. Cfr. in argomento F. Mucciarelli, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022.

[61] Nel maggio 2023 il nuovo governo ha poi costituito una nuova "Commissione Bricchetti" funzionale ad «addivenire ad una proposta legislativa sull'articolato redatto dalla Commissione istituita con D.M. 12/10/2021, al fine di mettere a punto ogni opportuno intervento di integrazione e coordinamento normativo».

[62] Cfr. pp. 25-26 della Relazione. Sul punto v. anche F. Mazzacuva, *Bancarotta e crisi d'impresa. Giustificazione e limiti dell'intervento penale nelle nuove procedure concorsuali*, cit., p. 110 e nota 76.

[63] In termini critici A. Melchionda, *Diritto penale fallimentare e nuova disciplina di gestione della crisi d'impresa. Innovazioni e limiti di una riforma "gattopardesca"*, in *Arch. pen.*, 3, 2022, p. 10 ss., secondo cui una distonia ed incoerenza rispetto alla necessità di delimitare una zona di rischio penale «emerge ancora dalla mantenuta applicabilità dei reati di bancarotta nel caso di "concordato preventivo" o delle altre soluzioni di "composizione negoziata della crisi" indicate all'art. 341 CCII, e quindi anche prima del sopraggiungere dell'insolvenza».

[64] Art. 185, comma 1, T.U.F.: «Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni».

nel nostro ordinamento, nella attuale versione, dalla l. n. 62 del 2005, iscrivendosi nel più vasto genere dei delitti di aggiotaggio. Come noto, la differenza rispetto all'art. 2637 c.c. si rinviene nell'oggetto materiale della condotta, in questo caso costituita esclusivamente da strumenti finanziari ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato italiano o di altro paese UE[65]. Il bene giuridico è dunque costituito dal regolare funzionamento del mercato e del meccanismo di formazione del prezzo degli strumenti finanziari[66], nonché dalla tutela dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia che il pubblico nutre nei valori mobiliari e negli strumenti derivati, irrimediabilmente pregiudicati quando notizie false, operazioni simulate o altri artifizi vengono diffusi sul mercato o altrimenti usati.

In breve, e come è noto[67]. La fattispecie si articola in tre condotte distinte: (i) la manipolazione informativa; (ii) la manipolazione operativa mediante operazioni simulate; (ii) la manipolazione operativa tramite "altri artifizi", tutte «concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari» (c.d. "*price sensivity*")[68]. Nessun dubbio

---

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

[66] Cfr. R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 406. Secondo l'A, le norme in materia di *insider trading* «possiedono un indubbio ruolo di *enforcement* dell'etica del mercato e, in generale, di moralizzazione dei comportamenti nel settore economico».

[67] Per un'articolata analisi della fattispecie si rinvia a A. Melchionda, *Commento all'art. 2637 c.c. (Aggiotaggio) ed all'art. 185 d.lgs. 24/2/1998 n. 58 (Manipolazione del mercato)*, in A. Lanzi-A. Cadoppi (a cura di), *I reati societari*, Cedam, Padova, 2007, p. 241 ss.; R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., 2017, p. 406; E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 174 ss.; F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 101 ss.; S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Il diritto penale del mercato mobiliare*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2022, p. 97 ss.

[68] Si tratta di un orientamento costante in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. V, 21 novembre 2019, n. 15; Cass., sez. V, 19 ottobre 2018, n. 53437; Cass., sez. V, 14 settembre 2017, n. 54300; Cass., sez. V, 27 settembre 2013, n. 4619, cfr. per una recente ricostruzione, F. D'Alessandro, *La manipolazione del mercato*, in F. Consulich (a cura di), *Reati in materia bancaria e finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 211 ss., il quale osserva che l'accertamento non costituisce un'operazione facile, presentandosi anzi come un'attività normalmente complessa e bisognosa del contributo specifico di esperti in materia di dinamiche di mercato, che non potrà esaurirsi nella mera valutazione dei mezzi utilizzati dall'agente. Il giudice dovrà valutare la condotta dell'agente attraverso un giudizio di prognosi postuma, condotto alla luce della complessiva situazione di mercato nella quale essa si è inserita, e prescindendo dal successivo evolversi degli

quindi, anche perché lo dice la norma stessa, che si tratti di reato di pericolo concreto.

La *prima* ipotesi si realizza non appena la notizia falsa sia comunicata ad un numero indeterminato di persone attraverso qualsiasi mezzo, così che rientrano nell'ipotesi in commento interviste, comunicati stampa, comunicazioni telematiche e simili [69]; la *seconda* e la *terza* ipotesi, su cui ci soffermeremo nei successivi paragrafi, vengono sinteticamente classificate come "manipolazione operativa", in quanto il mercato non viene alterato attraverso l'inopinata e subdola diffusione di notizie ingannevoli, ma mediante lo svolgimento di una o più operazioni, portatrici di una loro intrinseca valenza informativa rispetto alle prospettive di un certo strumento finanziario, idonee ad alterare la percezione, da parte del mercato, delle reali condizioni di salute del titolo negoziato. Questo scopo può essere perseguito, alternativamente, con operazioni simulate o altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari.

Quanto all'elemento soggettivo del delitto di manipolazione del mercato, costituito dal c.d. "dolo generico", sarà necessaria la consapevolezza della falsità della notizia comunicata, della difformità effettiva tra l'operazione realizzata e quella realmente voluta nel caso di operazioni simulate nonché della oggettiva attitudine ingannatoria degli altri artifizi. In tutti e tre i casi, occorrerà, inoltre, accertare la consapevolezza della natura "*price sensitive*" delle notizie diffuse o delle condotte tenute. È invece esclusa la necessità di provare una finalità di speculazione; in quanto reato di pericolo, sia pure concreto, non è richiesta, dunque, alcuna reale volontà di turbativa del mercato o alterazione del prezzo degli strumenti finanziari [70].

Con riferimento alla manipolazione operativa tramite "operazioni simulate" [71], si discute se tale concetto sia dotato di una propria autonomia rispetto alle definizioni ricavabili dalle altre branche dell'ordinamento [72]: l'interpretazione

---

avvenimenti. È comune in dottrina l'osservazione critica circa la sostanziale indeterminatezza del requisito in argomento, cfr. A. Melchionda, *Aggiotaggio e manipolazione del mercato*, cit., p. 241 ss.; R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 406 ss.; E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., p. 233 ss.

[69] Cfr. ad esempio Cass., sez. V, 21 novembre 2019, n. 15, cit. Cfr. in dottrina, di recente, F. D'Alessandro, *La manipolazione del mercato*, in F. Consulich (a cura di), *Reati in materia bancaria e finanziaria*, cit., p. 201 ss.

[70] Cass., sez. V, 21 novembre 2019, n. 15.

[71] Cfr. sul tema E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 174 ss.

[72] Sul punto già C. Pedrazzi, *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol.

più accreditata affranca la nozione penalistica di "operazione simulata" dalle categorie giuridiche di diritto civile, attribuendole una valenza autonoma e sostanzialmente corrispondente a quella di "atto fraudolento". In questa prospettiva, rientra nella categoria delle operazioni simulate ogni condotta, lecita o illecita, caratterizzata – in sé o nel suo complesso o alla luce del contesto in cui si svolge – da una oggettiva valenza ingannatoria [73], a causa della sua capacità di influenzare l'andamento dei prezzi mediante la rappresentazione di una situazione di mercato non corrispondente alla realtà o la dissimulazione di una situazione reale [74]. La capacità selettiva di tale condotta a livello legislativo è, invero, scarsa, mentre vi sono fonti extra-penali che forniscono alcuni esempi di operazioni manipolative, come la comunicazione della Consob del novembre 2005, su cui torneremo [75].

Peraltro, la dottrina ritiene che la menzione delle operazioni simulate sia inserita nella fattispecie a mero scopo esemplificativo, per introdurre la clausola generale degli "altri artifizi" [76].

Come anticipato, si tratta di un'ipotesi *residuale* di manipolazione operativa, caratterizzata dall'utilizzo, da parte del soggetto attivo – appunto – di "altri artifizi" concretamente idonei a provocare l'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari [77].

XIII, Utet, Torino, 1997, p. 411 ss.; F. Trovatore, *Aggiotaggio su strumenti finanziari*, in C. Rabitti Bedogni (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1001 ss.

[73] La condotta deve essere idonea a condizionare il comportamento di ampie cerchie di operatori: si presuppone dunque la pubblicità dell'operazione. Cfr. in questi termini F. Mucciarelli, *Aggiotaggio*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 429; F. D'Alessandro, *Fattispecie di aggiotaggio e prassi di mercato ammesse*, *tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in M. Bertolino-L. Eusebi-G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 1834.

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

[75] La comunicazione Consob DME/5078692 del 29 novembre 2005, che ha recepito il documento Cesr (*Committee of european securities regulators*), elencando alcuni esempi "indicativi" della presenza di operazioni sospette espressamente considerati come non esaustivi; più di recente v. Regolamento europeo del 2016 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0522&from=SV, su cui *infra*, nota 110.

[76] Sul tema F. Consulich, *La giustizia e il mercato*, cit., p. 196 ss. e più di recente Id., *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, cit., p 38 ss.; v. anche S. Seminara, *L'aggiotaggio* (art. 2637), cit., p. 555; A. Rossi, *Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione del mercato art. 2637 cod. civ. e 185 d. lgs. 58/98: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 2662 ss.; F. Mucciarelli, *Aggiotaggio*, cit., p. 429 ss.

[77] La diffusione di notizie false o le altre condotte artificiose indicate nell'art. 185 T.U.F.

La formulazione è talmente ampia da ricomprendere in sé qualunque mezzo che sia però connotato da un'intrinseca idoneità a produrre gli effetti indicati dalla disposizione incriminatrice, quali conseguenze immediate e dirette dell'attività decettiva. Non solo mezzi illeciti, dunque, ma anche iniziative intrinsecamente *lecite* poste in essere per perseguire lo scopo illecito che caratterizza l'atto di manipolazione [78].

L'aggiotaggio finanziario è, infatti, un reato a forma libera e può essere «integrato da qualsivoglia operazione che – quand'anche conforme alle norme giuridiche e alla prassi economica – riveli, alla luce delle modalità di realizzazione, del contesto di esecuzione e dell'ambiente cui è diretta, una dimensione decettiva ben evidente» [79].

Data una siffatta formulazione del testo, il rischio concreto che si manifesta è quello di operare uno svuotamento sostanziale dell'elemento oggettivo della fattispecie e di ancorare la valutazione della rilevanza penale del fatto ai soli profili soggettivi dell'azione, esprimendo un giudizio – di fatto – unicamente sulle intenzioni che hanno mosso il soggetto agente. Di qui l'avvertita necessità, in dottrina come in giurisprudenza, di un maggiore sforzo esegetico rispetto alla nozione di "altri artifizi" [80].

Secondo un approccio marcatamente soggettivistico, al fine di delimitare i

---

devono essere concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari (c.d. "*price sensivity*"): l'accenno al requisito della concretezza è segno evidente che si tratta di reato di pericolo concreto, cfr. C. Pedrazzi, *Turbativa dei mercati*, in *Digesto pen.*, *XIV*, Utet, Torino, 1999, p. 421 ss.; S. Seminara, *L'aggiotaggio (art. 2637)*, cit., p. 543; D. Fondaroli, *Aggiotaggio mediante altri artifici*, *disvalore del fatto e disvalore del contesto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 747 ss.; G. Lunghini, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474 ss.; F. Mucciarelli, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465 ss.; S. Preziosi, *L'aggiotaggio (art. 2637)*, in A. Rossi (a cura di), *Reati societari*, Utet, Torino, 2005, p. 459 ss.; A. Rossi, *Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione del mercato: problemi e prospettive* (artt. 2637 c.c. e 185, D.Lgs. 24.2.1998, n. 58), cit., p. 2656 ss.; M. Poggi D'Angelo, *L'accertamento del 'pericolo concreto' nel delitto di manipolazione del mercato*, nota a Cass., sez. I, 6 maggio 2015, n. 45347, in *Cass. pen.*, 1, 2017, p. 286 ss.; E. Caia, *Manipolazione del mercato: il ruolo dirimente dell'idoneità concreta della condotta nella giurisprudenza di legittimità*, in *Arch. pen.*, 2, 2018; F. D'Alessandro, *La manipolazione del mercato*, in F. Consulich (a cura di), *Reati in materia bancaria e finanziaria*, cit., p. 211 ss.

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

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

[80] Peraltro, v. già i rilievi di M. Romano in relazione all'art. 2628 c.c., *supra,* nota 78.

confini del concetto di artificio si dovrebbe verificare se lo *scopo* che muove l'agire dell'individuo sia l'alterazione del corso dei prezzi; con la conseguenza che la condotta sarebbe penalmente rilevante ai sensi dell'art. 185 T.U.F. anche nel caso in cui fossero impiegati mezzi leciti, ma finalizzati al perseguimento di uno scopo *contra ius* [81]. Al contrario, secondo l'orientamento più garantista, che trova attualmente riscontro in giurisprudenza [82], al fine di circoscrivere l'area del penalmente rilevante occorre invece valorizzare la componente *oggettiva* dell'illecito; in questa prospettiva, è necessario valutare l'effettiva *capacità decettiva* del comportamento umano, tenendo conto del contesto in cui si svolge l'operazione, anche apparentemente lecita, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto [83] che, «combinate tra loro, ovvero realizzate in determinate circostanze di tempo e di luogo realizzino una distorsione del gioco della domanda e dell'offerta in modo tale da indurre in errore gli investitori» [84].

---

[81] Sul punto M. BERTOLINO, *Art. 501 c. p.*, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, VI ed., Cedam, Padova, 2017, p. 1674 osserva che l'intento di turbativa dei mercati, costituisce «un elemento autonomo di fattispecie e rappresenta il finalismo che guida la condotta tipica», sicché da esso «non può essere desunta la fraudolenza della condotta».

[82] Cfr. Cass., sez. V, 21 novembre 2019, n. 15; Cass., sez. V, 19 ottobre 2018, n. 53437; Cass., sez. V, 14 settembre 2017, n. 54300; Cass., sez. V, 27 settembre 2013, n. 4619; spec. Cass., sez. V, 8 novembre 2012, n. 4324: «In tema di aggiotaggio commesso mediante altri artifici, la tipicità della condotta non può essere desunta dal mero fine di alterazione del mercato perseguito dal suo autore, essendo invece necessario che la stessa risulti oggettivamente artificiosa, venendo realizzata con modalità di azione, di tempo e di luogo di per sé tali da poter incidere sul normale andamento del corso dei titoli» e Cass., sez. V, 2 ottobre 2008, n. 2063: «In tema di manipolazione del mercato, un mezzo in sé non illecito può integrare la nozione di altri artifici idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari qualora sia obiettivamente artificioso, ossia posto in essere con modalità dell'azione tali, per ragioni di modo, di tempo e di luogo, da alterare il normale gioco della domanda e dell'offerta, non essendo sufficiente che esso sia diretto al fine di turbare il mercato».

[83] Cfr. in particolare F. MUCCIARELLI, *Aggiotaggio*, cit., p. 428; A.L. MACCARI, *Art. 2637*, in F. Giunta (a cura di), *I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 200; A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggiotaggio*, cit., p. 2662; L. FOFFANI, voce *Società* (artt. 2621-2641 c.c.), in F. Palazzo-C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007, p. 2448 ss.; per una recente ricostruzione delle posizioni dottrinali sul punto v. F. D'ALESSANDRO, *La manipolazione del mercato*, in F. Consulich (a cura di), *Reati in materia bancaria e finanziaria*, cit., p. 207 ss.

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

Nonostante l'apprezzabile lettura in chiave oggettivistica, è chiaro comunque che l'espressione "altri artifizi" [85] resta una *clausola vuota*, trattandosi di un concetto di relazione: un'azione non è artificiosa e perciò illecita in sé, ma solo se posta in essere con determinate modalità [86], che però la norma non descrive [87].

Nella prassi, per dare 'sostanza' a tale espressione, si ritiene che l'elemento imprescindibile della condotta in esame sia la connotazione ingannatoria [88]; in assenza di tale fraudolenza, infatti, non si perfezionerebbe il contenuto del termine "artificio". Potrebbe rientrare in tale ipotesi, ad esempio, la fraudolenta comunicazione confidenziale di false notizie ad una cerchia molto ristretta di operatori economici, senza integrare gli estremi di una "diffusione", ma tale da poter influenzare, per il conseguente comportamento dei soggetti coinvolti, il prezzo di strumenti finanziari [89]. L'accertamento, dunque, si sposta sul requisito dell'idoneità ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari, che, come detto, può riguardare anche condotte *non intrinsecamente illecite*, ma che risultano in contrasto con il precetto

---

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

[86] Sottolinea come «si deve dare [...] atto [...] che quella di artificio è una nozione relativa, che a differenza delle falsità informative non inerisce necessariamente a un certo tipo di condotta: che si riscontra ricostruendo la manovra in tutti i suoi passaggi, collocandola nel suo contesto», C. Pedrazzi, voce *Turbativa dei mercati*, cit., p. 424 s.

[87] In questi termini ancora C. Pedrazzi, *Problemi del delitto di aggiotaggio*, 1958, ora in Id., *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 50 s. Cfr. anche F. Bacco, *Il delitto di aggiotaggio manipolativo: tensioni interpretative ed innovazioni sistematiche nella difficile repressione delle manipolazioni 'mascherate'*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2298; F. Mucciarelli, *Altri artifici*, cit., p. 2026 ss.

[88] Cfr. F. Mucciarelli, *Aggiotaggio*, cit., p. 430 ss.; A.L. Maccari, *Art. 2637*, cit., p. 199 ss.; A. Rossi, *Le fattispecie penali di aggiotaggio*, cit., p. 2662 ss.; A. Melchionda, *Aggiotaggio e manipolazione del mercato*, cit., p. 267 ss.

[89] In questi termini F. Mucciarelli., *Aggiotaggio*, cit., p. 430.

penale perché poste in essere in un determinato contesto [90].

In definitiva, la nozione di altri artifizi, costituisce una sorta di "clausola generale" [91] priva di capacità selettiva, per integrare la quale è stato necessario il supporto del diritto vivente [92].

3.1. *La (ri-)costruzione processuale della manipolazione operativa tramite "altri artifizi"*

Dall'analisi della fattispecie astratta emerge il tema della modalità con la quale l'interprete deve selezionare le condotte tipiche, considerato che è proprio il concetto elastico di "altri artifizi" a costituire «la linea di confine tra esercizio del diritto e illecito» [93]. Il diritto in questione è quello tutelato dall'art. 42 Cost., vale a dire l'iniziativa privata, che va protetta per scongiurare «una lacerazione nel tessuto di un ordinamento che (la) valorizza (...), con le sue inevitabili asprezze» [94].

Come anticipato, l'unico appiglio interpretativo, ai fini di selezionare le condotte penalmente rilevanti, consiste nell'idoneità a trarre in inganno gli operatori che compongono il mercato [95]. In questo modo, «il giudice è

---

[90] Lo rileva E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., p. 213. Criticamente, R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 438; S. Preziosi, *L'aggiotaggio*, cit., p. 482 s.; v. già sul punto M. Romano, *Il diritto penale e la borsa*, cit., p. 700, il quale auspicava una formulazione normativa ove «risultasse impresso in modo più evidente il disvalore di singole azioni tipiche, considerate in se stesse oppure viste in rapporto diretto con lo scopo che l'agente con esse si proponga».

[91] In questo senso F. Consulich, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale*, *tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 1, 2020, p. 60 ss.; sul tema, ampiamente, Id., *La giustizia e il mercato*, cit., spec. p. 209 ss.

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

[93] In questi termini G. Azzali, *Lineamenti dei delitti di aggiotaggio nell'attuale legislazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 763 ss.

[94] Così C. Pedrazzi, *Problemi del delitto di aggiotaggio*, cit., p. 92.

[95] Sul punto F. Consulich *Così è (se vi pare)*, cit., p. 61, sottolineando come tale standard non definisce il tipo di circostanze che devono condurre all'inflizione della sanzione, né il peso che devono avere nella formulazione del giudizio, ma si limita a identificare i caratteri generali che il fatto concreto deve presentare per determinare l'applicabilità della norma incriminatrice.

portato ad effettuare non una verifica di somiglianza tra tipi di condotte per poi valutare se ricorra la *eadem ratio*, ma una comparazione tra tipi di offese» [96], misurandone l'intensità di disvalore in base al contesto [97].

Anche in questo caso, dunque, è il *disvalore di contesto*, così come emerge dall'interpretazione giurisprudenziale, che consente di (ri-)costruire il Tipo criminoso; ne consegue che l'artificiosità dell'operazione può essere desunta solo *ex post*, attraverso il monitoraggio delle transazioni compiute, del volume e dell'andamento del corso dei prezzi, allorché si realizzi un repentino mutamento e un altrettanto riassestarsi immediato dei prezzi al livello precedente dopo il concludersi dell'operazione (ovvero a evento già verificato e solo successivamente alla realizzazione del risultato criminoso) [98].

In altri termini, la giurisprudenza non si limita a ricondurre una serie di ipotesi nella fattispecie astratta ma va di fatto a ricostruire *ex post* il Tipo criminoso alla luce del contesto in cui si è svolto il comportamento dell'agente, basandosi «su un'attitudine che non è connaturata alla condotta, ma che la condotta in date circostanze può assumere» [99].

Riprendendo le parole di Pedrazzi, «si deve dare [...] atto [...] che quella di artificio è una nozione relativa, che a differenza delle falsità informative non inerisce necessariamente a un certo tipo di condotta: che si riscontra ricostruendo la manovra in tutti i suoi passaggi, collocandola nel suo *contesto ambientale*» [100], sicché, seguendo tale impostazione, l'azione tipica del reato finisce addirittura per ricomprendere anche «comportamenti e

---

[96] Lo rileva F. Consulich, *ibidem.*

[97] Cfr. già F. Consulich, *La giustizia e il mercato*, cit., p. 282, con specifico riferimento agli "altri artifizi" fa notare come sia l'ambiente di riferimento a fare emergere la condotta illecita, in particolare attraverso «il contributo tipizzante del contesto nella definizione dell'illecito» e altresì si segnala «il *rapporto sussidiario tra il disvalore di contesto e il disvalore della condotta*, che tra i disvalori possibili del reato rimane fondamentale nel diritto penale dei mercati finanziari: non è vietato il risultato cui tende la condotta artifiziosa – il raggiungimento di un diverso livello di prezzo di uno o più strumenti finanziari –, ma la modalità anomala con cui questo risultato viene raggiunto» (corsivo aggiunto).

[98] Sul punto, criticamente, B. Magro, *Manipolazione di mercato e strumenti derivati. Una critica al modello di razionalità economica*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 61 ss.; nello stesso senso D. Fondaroli, *Aggiotaggio mediante "altri artifici": "disvalore del fatto" e "disvalore del contesto"*, cit., p. 758 ss.; F. Bacco, *Il delitto di aggiotaggio manipolativo*, cit., p. 2298 ss.; M. Scoletta, *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, in *Corr. merito*, 2011, p. 844 ss.

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

[100] C. Pedrazzi, voce *Turbativa dei mercati*, cit., p. 424 ss.

condotte omissive che con il rispetto dei principî di precisione e determinatezza nella formulazione delle norme non potrebbero vantare alcun rapporto di parentela» [101].

A fronte dell'inadeguatezza della fattispecie astratta nella selezione *ex ante* delle condotte tipiche, il giudice, sprovvisto delle cognizioni tecniche e delle possibilità di analisi del caso specifico che sarebbero in realtà necessarie, nel ricostruire la tipicità dell'illecito finisce inevitabilmente per attingere dalle decisioni dell'autorità amministrativa indipendente, che forniscono indicazioni sull'ambientamento tipico della condotta manipolativa [102].

3.2. *L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di manipolazione"*

A conferma di quanto evidenziato, la Suprema Corte nel caso Crovetto si è pronunciata sulla rilevanza penale *ex* art. 185 T.U.F. (anche) di condotte di per sé lecite [103], valorizzando il contesto in cui esse sono state poste in essere [104].

In tale pronuncia, la Cassazione, ribadisce, innanzitutto, la necessità di valutare l'artificiosità della condotta sulla base di parametri *strettamente*

---

[101] In questi termini A. Crespi, *Gli "altri artifici e raggiri" nell'aggiotaggio ex art. 2637 c.c. e la dubbia liceità del richiamo al "contesto" dell'azione*, in Id., *Studi di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 596 ss.

[102] Per un'analisi critica v. F. Consulich, *Così è (se vi pare)*, cit., spec. p. 60 ss.

[103] In questo senso in dottrina S. Seminara, *Il reato di aggiotaggio su strumenti finanziari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, pp. 448-449. In senso dubitativo, F. Sgubbi-A. Tripodi, voce *Abusi di mercato*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, Tomo II, Estratto, Giuffrè, Milano, 2009, p. 31 per i quali privare l'artificiosità di ogni connotato di intrinseca illiceità rischia di creare «una sorta di contenitore vuoto in cui ricondurre qualsivoglia operazione finanziaria che appaia riprovevole per le motivazioni dell'agente».

[104] Cass., 2 ottobre 2008, n. 2063, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1920 s., anche in *Dir. & Giust.*, 2009, con nota di E. Ceccarelli; anche in *Cass. pen.*, 2010, p. 1920 s., con nota di M. Castellabate, *Operazioni manipolative del mercato finanziario ed operazioni lecite: sui problematici confini tra testo e contesto*. Sul punto v. D. Fondaroli, *Aggiotaggio mediante "altri artifici": "disvalore del fatto" e "disvalore del contesto"*, cit., p. 762, che rileva come la Cassazione abbia ripreso quanto già emerso nel caso Mensi (Trib. Milano, 11 novembre 2002, Mensi), in cui si era sottolineato come «l'inganno può essere realizzato attraverso condotte apparentemente lecite, ma che combinate tra loro, ovvero realizzate in presenza di determinate circostanze di tempo e di luogo, intenzionalmente realizzino una distorsione del gioco della domanda e dell'offerta in modo tale che il pubblico degli investitori sia indotto in errore circa lo spontaneo e corretto processo di formazione dei prezzi; ed influenzare ingannevolmente la formazione del prezzo lede l'integrità del mercato perché interferisce sulla rappresentazione del reale valore del titolo trattato».

oggettivi, ovverosia considerando modalità dell'azione che «per ragioni di modo, tempo e luogo» sono in grado di alterare «il gioco normale tra domanda e offerta» [105], non essendo sufficiente la mera valutazione del fine di turbare il mercato. Al fine di individuare la fraudolenza della condotta, occorre dunque tenere ben distinti il piano oggettivo e, rispettivamente, soggettivo: «l'artificiosità della condotta è un connotato "oggettivo" di essa, che deve prescindere, evidentemente, dall'intenzione del soggetto. […] All'elemento soggettivo, che consiste nel dolo generico, può senz'altro attribuirsi il compito di illuminare il significato della condotta, ma altro è conferire esclusivo o primario rilievo all'intenzione dell'agente [...]» [106]. Pertanto, la caratterizzazione in termini finalistici non è un elemento sufficiente per attribuire al fatto stesso gli estremi della rilevanza penale, «in assenza di note decettive deducibili anche soltanto dal complesso di operazioni (per sé lecite) poste in essere, il fatto non è tipico *ex* art. 185 T.U.F., qualunque sia lo scopo perseguito dall'agente» [107]. Nelle parole della Corte troviamo riscontro dell'imprescindibile riferimento al contesto [108] in cui la condotta viene

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

[106] Così Cass., 2 ottobre 2008, n. 2063, cit., cfr. anche le successive Cass., sez. V, 8 novembre 2012, n. 4324: «in tema di aggiotaggio commesso mediante altri artifici, la tipicità della condotta non può essere desunta dal mero fine di alterazione del mercato perseguito dal suo autore, essendo invece necessario che la stessa risulti oggettivamente artificiosa, venendo realizzata con modalità di azione, di tempo e di luogo di per sé tali da poter incidere sul normale andamento del corso dei titoli»; Cass., sez. V, 27 settembre 2013, n. 4619: «La fattispecie di aggiotaggio manipolativo (artt. 2637 c.c. e 185 t.u.f.) costituisce un reato di pericolo concreto la cui consumazione non richiede la verificazione della effettiva sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, ma esclusivamente la idoneità della condotta a produrre tale effetto, la cui definizione normativa costituisce un concetto elastico, commisurabile alla particolare condizione del caso ed alla natura dello strumento su cui l'operatore va ad incidere con la sua condotta»; cfr. successivamente Cass., sez. V, 14 settembre 2017, n. 54300, in *Arch. pen.*, 2, 2018, con nota di E. Caia; Cass., sez. V, 19 ottobre 2018, n. 53437; Cass., sez. V, 21 novembre 2019, n. 15; Cass., sez. I, 2 marzo 2023, n. 1234; Corte appello Milano, sez. I, 13 novembre 2020, n. 2931; Corte appello Milano, sez. I, 16 novembre 2020, n. 2944.

[107] Così F. Mucciarelli, *Altri artifici*, cit., p. 2042.

[108] In tal senso, d'altronde, già C. Pedrazzi, *Problemi del delitto di aggiotaggio*, cit., pp. 71-72, il quale evidenziava come, per qualificare una condotta manipolativa, non sia sufficiente accertare lo scopo per il quale il soggetto ha compiuto l'azione, non essendo «l'idea di un mezzo fraudolento solo soggettivamente (...) concettualmente possibile». Lo scopo fraudolento può essere infatti individuato facendo leva «su un'attitudine che non è connaturata alla condotta, ma che la condotta *in date circostanze* può assumere» La voce "modalità" conferma che l'illecito «si radica in un'estrinsecazione obiettiva: che non si può pensare ad una frode tutta localizzata in mero intento, in uno scopo» (*ivi*, p. 82); ne consegue che gli artifici consistono in quegli «espedienti operativi, diversi dalla diffusione di informazioni fallaci, mediante i quali viene fatta

posta in essere perché emerga una sua caratterizzazione *obiettivamente decettiva* [109].

Ciò premesso, nella sentenza Crovetto vengono enucleati, traendoli, appunto, dal contesto, una serie di *indici di manipolazione* che permettono di riconoscere la sussistenza degli "altri artifizi" rilevanti *ex* art. 185 T.U.F. e che dunque – di fatto – consentono di (ri-)costruire il Tipo criminoso. Ai fini dell'individuazione di tali indici, si richiamano gli esempi di prassi manipolative indicate dalla Consob nella comunicazione del 29 novembre 2005 [110] quali ausili interpretativi per la propria attività 'ricostruttiva' [111]. In

---

apparire una situazione di mercato diversa dal reale o viene dissimulata una situazione reale" (*ivi*, p. 424).

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

[110] In particolare, v. Consob, *Comunicazione n. DME/5078692 del 29-11-2005*, in cui, come già anticipato (*supra*, nota 75) si recepisce documento Cesr (*Committee of european securities regulators*) elencando alcuni esempi "indicativi" della presenza di operazioni sospette espressamente considerati come non esaustivi. Le linee guida elaborate dal Cesr (Commitee of European Securities Regulators) svolgono una fondamentale funzione di garanzia rispetto all'applicazione uniforme della normativa comunitaria negli Stati membri, formulando standards concernenti la materia degli abusi di mercato (https://www.consob.it/documents/1912911/1914304/c5078692.pdf/34c386b0-c5cd-d17b-9323-fa09dc801c09). Più di recente è intervenuta la disciplina europea sugli Abusi di Mercato (c.d. *Market Abuse*), avente la finalità di contrastare l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato finanziario, che trova riferimento normativo nel Regolamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. MAR), che ha abrogato la precedente Direttiva Comunitaria in materia (2003/6/CE): https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0596. Il Regolamento MAR e i relativi Regolamenti Delegati si applicano a decorrere dal 3 luglio 2016. Tra i Regolamenti Delegati attuativi, assume particolare rilevanza il Regolamento delegato (UE) 2016/522 contenente all'allegato II un elenco di indicatori di manipolazioni del mercato, integrativi di quelli già previsti dal Regolamento (UE) 596/2014, anche in questo caso espressamente non esaustivi: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0522&from=SV.

[111] La giurisprudenza sottolinea come non si tratti di indicatori tassativi ma solo *esemplificativi* delle condotte tipiche, v. da ultimo: v. Corte appello Milano, sez. I, 4 settembre 2023, n. 2582: «Le finalità ivi indicate (falsi segnali sul reale valore dello strumento finanziario e variazioni dei prezzi funzionali a favorire gli interessi del manipolatore), a giudizio della Corte, sono riscontrabili nelle condotte imputate al P.F., che non ha fatto ricorso a regolari meccanismi di negoziazione e ha fornito segnali fuorvianti in merito alla dinamica domanda e offerta dei titoli. Il rinvio agli indicatori previsti dalla disciplina europea e, in particolare, dall'Allegato 1 del Regolamento MAR sollecitato dal ricorrente, non portano la Corte a diverse conclusioni. L'elenco degli indicatori di cui all'Allegato 1 non è tassativo, ma meramente esemplificativo di astratte ipotesi di abuso di mercato». D'altronde, è quanto esplicitamente prevede anche lo stesso Regolamento delegato (UE) 2016/522, integrativo del precedente, v. nota precedente e *infra*, nota 128.

particolare, si ritengono rilevanti in questo caso: (i) la *significatività* dei volumi, delle *variazioni* al prezzo, dell'importanza della *posizione* di acquisto o vendita; (ii) la successiva *inversione del trend del mercato*; (iii) soprattutto il *legame* con il prezzo o la scadenza di strumenti derivati [112].

La comunicazione della Consob del novembre 2005 [113], contenente l'elencazione, dichiaratamente esemplificativa, di operazioni fittizie e artificiose, ha finito quindi per assolvere la funzione di «*tipo di secondo grado*» [114] consentendo di elaborare degli indici di manipolazione e recuperare così una dimensione di tipicità dell'illecito. Del resto, in assenza di indicazioni legislative sulla dimensione offensiva del fatto, la giurisprudenza deve necessariamente ricorrere a *procedimenti logici di tipo induttivo*, ritenuti accettabili e affidabili nella misura in cui le generalizzazioni utilizzate rispecchiano l'esperienza comune. E infatti, sia la reazione dell'investitore alla condotta manipolativa che la conseguente potenziale reazione del mercato vengono ricostruite alla luce di massime di esperienza, 'contestualizzando' il giudizio sulla sussistenza del pericolo di alterazione [115]. Complessivamente, dunque, la decettività della condotta finisce per dipendere non tanto dalle proprie caratteristiche *intrinseche* e valutate in una prospettiva *ex ante*, ma da una valutazione *ex post*, anche alla luce degli *effetti* prodotti sul mercato.

Per quanto più rileva ai nostri fini, il caso di specie rappresenta la riprova che anche in tale settore dell'ordinamento si registra la tendenza della

---

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

[113] Cfr. Comunicazione Consob n. DME/5078692 del 29-11-2005 in cui si recepisce documento Cesr (*Committee of european securities regulators*). Il testo è qui reperibile: https://www.consob.it/documents/1912911/1914304/c5078692.pdf/34c386b0-c5cd-d17b-9323-fa09dc801c09.

[114] Così F. Consulich, *Così è (se vi pare)*, cit., p. 61. Parla invece di "tipicità postuma", in quanto l'agente saprà solo *ex post* se il suo comportamento avrà rilevanza penale, alla luce dell'orientamento, tra l'altro, delle autorità indipendenti o del giudice F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 45 ss.

[115] Come già ribadito, l'illecito di cui all'art. 185 T.U.F. è reato di pericolo che non richiede il verificarsi dell'evento di effettiva alterazione dei prezzi del mercato. Tuttavia, si noti incidentalmente come anche l'effettiva reazione dei mercati potrebbe assurgere a elemento empirico per esprimere il difficile giudizio di concretizzazione del pericolo, che costituisce l'evento giuridico del reato. Con il rischio, insito in tale approccio, di attribuire centralità a un fatto – l'alterazione del prezzo – estraneo alla fattispecie. Sul punto specificante F. Consulich, *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici. Tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*, in *Soc.*, vol. 30, 7, 2010, p. 823 ss.; M. Scoletta, *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, cit., p. 844 ss.; P. Chiaraviglio, *A proposito della manipolazione di mercato attraverso la diffusione di notizie idonee ad alterare il prezzo di strumenti finanziari: la sentenza 21.12.2010 del Tribunale di Torino*, in *Giur. comm.*, 2, 2012, p. 681 ss.

giurisprudenza a ricavare il disvalore della fattispecie tipica dal contesto pratico-applicativo. Per recuperare un *minimum* di certezza e prevedibilità nell'accertamento della responsabilità, la Corte ricostruisce il concetto di artificiosità attraverso le prassi manipolative elencate dalla Consob, pur sottolineando come si tratti di meri ausili interpretativi [116], che entrano nel processo come massime di esperienza: una 'cautela' comprensibile, in considerazione della dubbia compatibilità con i principî fondamentali in materia penale della funzione – di fatto – *costitutiva* attribuita a fonti extra-penali.

3.3. Fonti regolative e definizione del Tipo criminoso

La Cassazione Crovetto ha ricostruito le condotte tipiche sulla base del fatto che la tipologia comportamentale rientrasse tra gli esempi di prassi manipolative contenute nel documento Cesr recepito dalla comunicazione Consob DME/5078692 del 29 novembre 2005 [117], seppure la pronuncia specifichi che tali fonti sub-legislative possono valere solo come "*ausili interpretativi*", spettando pur sempre al giudice l'individuazione dell'artificiosità della condotta [118].

Se così fossi, peraltro, anche altre tipologie di condotte descritte da fonti extra-penali indicative di prassi manipolative potrebbero connotare tale ampio concetto [119], non comportando ciò necessariamente che una qualunque delle operazioni qualificate come "manipolative" dalle fonti sub-legislative possa di per sé essere considerata costituiva del delitto di manipolazione di mercato, neppure sotto la specie degli "altri artifizi" [120]. Infatti, le condotte descritte dalle fonti regolatorie sono illecite in quanto manipolative, ma *non necessariamente* sono espressive di per sé del disvalore tipico della fattispecie, ossia di un contenuto artificioso (e dunque penalmente rilevante *ex* art. 185 T.U.F.).

L'interprete dovrebbe quindi valutare se le singole operazioni poste in essere (corrispondenti a quelle indicate come "manipolative" dalle fonti regolatorie) presentino, *in sé considerate o nel loro complesso*, un autonomo

---

[116] Così anche nella giurisprudenza più recente, cfr. a titolo esemplificativo la già citata Corte appello Milano, sez. I, 4 settembre 2023, n. 2582.

[117] Cfr. Comunicazione Consob n. DME/5078692 del 29-11-2005 in cui si recepisce documento Cesr (*Committee of european securities regulators*). Il testo è qui reperibile: https://www.consob.it/documents/1912911/1914304/c5078692.pdf/34c386b0-c5cd-d17b-9323-fa09dc801c09.

[118] Così Cass., 2 ottobre 2008, cit. p. 6.

[119] Cfr. E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., p. 223.

[120] Lo rileva F. Mucciarelli, *Altri artifici*, cit., p. 2046.

carattere di artificiosità nel contesto applicativo: se, ad esempio, il collegamento modale delle condotte, ovvero le modalità attraverso le quali sono state realizzate, facciano leggere la manovra come espressiva di una ragione economica diversa da quella apparente ovvero la manovra sia segnaletica di un'informazione decettiva [121]. In questo senso, si tratterebbe solo di *criteri orientativi* che consentono di risalire dal fatto concreto alla fattispecie astratta, come del resto ribadisce la Cassazione.

Tuttavia, come si è già rilevato, la clausola legislativa degli "altri artifizi" è di per sé un *contenitore vuoto*. La mancanza di capacità selettiva della fattispecie astratta, comporta che – di fatto – le fonti sub-legislative richiamate contribuiscano a plasmare il Tipo criminoso: il giudice penale è quindi portato a (ri-)costruire il disvalore tipico in base a circostanze tratte dal contesto e nel farlo è per larga parte dipendente dalle fonti regolative del mercato stesso [122].

Come è stato osservato in dottrina, si è in presenza di una sorta di «illecito a formazione progressiva» [123], ove le modalità di realizzazione della condotta (gli "altri artifizi") sono descritte da un'autorità amministrativa indipendente (la Consob) e applicate dal giudice penale. In sostanza, gli indici elaborati dalla Consob non solo svolgono un ruolo di primo piano nel processo di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, ma, data la carenza di descrittività della norma, contribuiscono in realtà a definire lo stesso Tipo criminoso e dunque il disvalore tipico della fattispecie [124]. Ma, se tale meccanismo di integrazione può essere ammissibile sul piano dell'illecito amministrativo [125], di certo non può valere rispetto alla norma incriminatrice,

---

[121] Così F. Mucciarelli, *ivi*, p. 2047.

[122] Sul punto v. F. Consulich, *Così è (se vi pare)*, cit., p. 61.

[123] In questi termini C.E. Paliero, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, cit., p. 71.

[124] Cfr. F. Mucciarelli, *Altri artifici*, cit., p. 2045. Sulla valorizzazione di "indicatori" di potenziali abusi di mercato da elaborare, anche in ottica preventiva, sulla base dell'analisi economica e tecnico-finanziaria del fenomeno, si rinvia alle riflessioni di S. Preziosi, *La manipolazione del mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Cacucci, Bari, 2008, p. 73 ss.

[125] Queste fonti «sembrano comunque integrare altrettante fattispecie d'illecito amministrativo sub specie art. 187-ter d.lgs. 58/1998, ben potendo un siffatto genere d'illecito essere fondato sulla violazione di una disposizione di rango sub-primario (tanto più che nel caso in questione la fonte principale di tali indicazioni è propriamente l'Autorità preposta al controllo)», così F. Mucciarelli, *Altri artifici*, cit., p. 2045. Sul ruolo 'integrativo' della Consob, cfr. S. Preziosi, *La manipolazione di mercato*, cit., p. 115 ss., spec. p. 126, il quale si sofferma sulle "prassi ammesse" dalla Consob *ex* art. 180, lett. c, T.U.F., ritenendo possano costituire un limite alla rilevanza penale delle operazioni simulate e degli altri artifici; in senso contrario D. Fondaroli, *L'illecito*

ostandovi in maniera insuperabile il principio di riserva di legge tendenzialmente assoluta [126], che preclude a fonti sub-legislative di costituire autonomi elementi del Tipo punibile [127].

Un discorso *solo parzialmente* diverso può valere laddove il precetto venga integrato attraverso il richiamo agli indicatori di manipolazione elaborati a livello europeo con il Regolamento UE 2016/522 [128]. In questo caso, trattandosi di un rinvio ad una fonte primaria nel nostro ordinamento, si potrebbe considerare rispettato il principio legalità *formale*, ma residuerebbe comunque una dubbia compatibilità con gli obblighi 'contenutistici' di legalità *sostanziale*, nei termini intesi nella presente indagine [129]; permarrebbero, infatti, le incertezze derivanti dall'inquadramento *ex ante* delle condotte tipiche attraverso indicatori contenuti in una diversa normativa e – peraltro – meramente esemplificativi [130].

---

amministrativo di manipolazione del mercato, in F. Sgubbi-D. Fondaroli-A. Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, II ed., Cedam, Padova, 2013, p. 150, la quale ritiene che *ex* art. 187-*ter*, comma 4, T.U.F. l'ambito di operatività della causa di esenzione sia espressamente circoscritto agli illeciti amministrativi ivi descritti.

[126] Sulla necessità che la riserva di legge sia tendenzialmente assoluta, ossia consenta il rinvio ad atti generali e astratti del potere esecutivo soltanto per la specificazione di elementi sul piano tecnico, si rinvia a G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 1, cit., p. 104 ss.

[127] Rileva F. Consulich, *Così è (se vi pare)*, cit., p. 58, nt. 71 come l'intersezione tra le discipline emanate da un'Autorità amministrativa di settore e il precetto legale si verifichi di recente anche nell'ambito dei reati contro la P.A., in particolare con riferimento all'art. 323 c.p. e ai concetti normativi contenuti in quest'ultima previsione, via via riempiti dalle linee guida dell'ANAC.

[128] Si tratta della già menzionata disciplina europea sugli Abusi di Mercato (v. *supra*, nota 110), avente la finalità di contrastare l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato finanziario, che trova riferimento normativo nel Regolamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. MAR) che ha abrogato la precedente Direttiva Comunitaria in materia (2003/6/CE): https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0596. Come già segnalato, tra i Regolamenti Delegati attuativi, assume particolare rilevanza il Regolamento delegato (UE) 2016/522 contenente all'allegato II un elenco di indicatori di manipolazioni del mercato, integrativi di quelli già previsti dal Regolamento (UE) 596/2014 ed espressamente non esaustivi: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0522&from=SV.

[129] Per simili riflessioni in relazione alle norme penali in bianco si rinvia a G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 1, cit., p. 114 ss.

[130] In particolare, il Regolamento delegato (UE) 2016/522 al *Considerando* n. 5 dispone che «è fondamentale specificare gli indicatori di manipolazioni consistenti nel fornire indicazioni false o fuorvianti e nel fissare i prezzi previsti dall'allegato I del regolamento (UE) n. 596/2014, al fine di chiarirne gli elementi e tener conto degli sviluppi tecnici sui mercati finanziari. Pertanto, dovrebbe essere fornito un elenco non esaustivo di tali indicatori che contenga esempi di prassi» e al *Considerando* n. 6 aggiunge che «per quanto riguarda talune prassi, è opportuno individuare indicatori

Per concludere, sebbene nella prassi giurisprudenziale si continui a ribadire che tali strumenti fungono da *meri ausili interpretativi*[131], nella misura in cui svolgono – di fatto – funzione *costitutiva* del Tipo legale, occorrerebbe forse considerare una loro integrazione nel testo di legge (ma su questo punto ritorneremo).

4. *Terzo caso di studio. L'associazione di tipo mafioso*

L'ultimo caso di studio selezionato è il delitto di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c.p.[132], oggetto da anni di attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza[133], impegnate a definirne il profilo di

---

aggiuntivi al fine di chiarirle e illustrarle a seconda del caso. Tali indicatori non dovrebbero essere considerati né esaustivi né determinanti e i loro rapporti con uno o più esempi di prassi non dovrebbero essere considerati limitativi. Gli esempi di prassi non dovrebbero essere considerati di per sé una manipolazione del mercato; tuttavia, i partecipanti al mercato e le autorità competenti dovrebbero tenerne conto quando esaminano le operazioni o gli ordini di compravendita».

[131] Cfr. Corte appello Milano, sez. I, 4 settembre 2023, n. 2582: «L'elenco degli indicatori di cui all'Allegato 1 [del Regolamento MAR] non è tassativo, ma meramente esemplificativo di astratte ipotesi di abuso di mercato».

[132] La legge Rognoni-La Torre, 13 dicembre n. 646 del 1982 ha introdotto nell'ordinamento l'art. 416-*bis* c.p., che distingue l'associazione di tipo mafioso dalle consorterie criminali punite dell'ordinamento *ex* art. 416 c.p. L'art. 416-*bis*, comma 1, c.p., riferito all'incriminazione del fatto associativo, punisce «chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone con la reclusione da dieci a quindici anni». Il comma 2 distingue la partecipazione 'semplice' dalla partecipazione 'apicale', prevedendo che «coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni». Il comma 3 specifica che «l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali». Cfr. sulle riflessioni che seguirono all'introduzione della fattispecie, R. Bertoni, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1018 ss.; G. Neppi Modona, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 4, 1983, p. 49 ss.; G. De Francesco, voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. d. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 309 ss.; G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, Padova, 1993, p. 176; A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 73 ss.; per un'articolata recente ricostruzione v. G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 20 ss.

[133] Cfr. *ex multis*, i contributi di G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 353 ss.; Id., *"Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione"*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 239 ss.; Id., *Il diritto penale*

tipicità, per la sua continua tendenza a sfuggire da ogni consolidamento interpretativo.

La collocazione sistematica nel titolo V del Codice penale, fra i delitti contro l'ordine pubblico, e la rubricazione come sotto-fattispecie "*bis*" rispetto alla 'figura madre' di cui all'art. 416 c.p. indicano come l'intento primario del legislatore sia stato quello di approntare una tutela all'ordine pubblico in senso materiale, nella misura in cui venga minacciato dall'esistenza di un'associazione di tipo mafioso, che si avvale, ai sensi del comma 3, «della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva» per perseguire una serie di finalità tipiche pre-individuate, dalle quali sono ricavabili gli ulteriori beni giuridici tutelati dalla norma, ossia la tutela dell'ordine economico, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione e la tutela del metodo democratico nella distribuzione del potere reale tra i consociati [134].

---

giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 233 ss.; Id., *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis c.p.?*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, p. 357 ss.; V. Maiello, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Cedam, Padova 2005, p. 159 ss.; P. Maggio, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., p. 491 ss.; Id., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, cit., p. 366 ss.; Id., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 199 ss.; più di recente G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 1 ss.; C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2019, p. 5 ss.; G. Amarelli (a cura di), *Quarant'anni di 416-bis c.p. Bilanci e prospettive del delitto di associazione di tipo mafioso. Atti del Convegno*, Napoli 14 novembre 2022, Giappichelli, Torino, 2023, p. 3 ss.

[134] Unitamente alla tutela dell'ordine pubblico, si deve ritenere si possa ricomprendere quale oggetto di tutela diretta da parte della norma anche la libertà morale dei consociati, intesa come la facoltà di autodeterminarsi liberamente nelle decisioni e nelle scelte. L'associazione mafiosa, con la sua forza di intimidazione in grado di creare assoggettamento e omertà, creerebbe una situazione in cui la libertà dei singoli sarebbe compressa, non potendo questi prendere decisioni autodirette, ma essendo queste eterodirette dal timore e dalla presenza dell'associazione. Cfr. G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 110; inoltre, v. di recente G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 249 ss., secondo cui, oltre alla libertà morale e all'ordine pubblico materiale, gli ulteriori beni protetti dalla norma sarebbero ricavabili dalle finalità tipiche individuate dal legislatore e riguardano la tutela dell'ordine economico, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione e la tutela del metodo democratico nella distribuzione del potere reale tra i consociati, cfr. G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 249 ss.

Secondo un orientamento consolidato in giurisprudenza, si tratta di un reato di pericolo, quantomeno rispetto alle "finalità programmatiche del sodalizio", ferma la necessità che l'associazione sia dotata di *una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile*, non essendo sufficiente il mero pericolo che i suoi elementi costitutivi possano manifestarsi [135].

La norma non descrive i connotati che la condotta del partecipe deve assumere, limitandosi a incriminare, al comma 1, «chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone» (distinguendo le condotte degli 'apicali', che «promuovono, dirigono o organizzano l'associazione», incriminate al comma 2); quanto all'elemento soggettivo, si declina nella consapevolezza e volontà reciproca di partecipare ad un'associazione caratterizzata dal metodo mafioso descritto al comma 3 e di perseguirne le finalità, che costituiscono il c.d. "dolo specifico".

Nonostante, come noto, si possa riscontrare una significativa influenza del modello della mafia siciliana quale "referente criminologico" nella redazione dell'art. 416-*bis* c.p., la *voluntas legis* era quella di formulare una fattispecie di portata generale [136], che permettesse di reprimere situazioni criminali connotate da caratteristiche diverse dalle associazioni a delinquere tradizionali, sia in termini sincronici che in termini diacronici.

---

[135] Cfr., per tutte, Cass., sez. un., 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 36958, Modaffari, § 4.4. Parte della dottrina, proprio in considerazione della carica intimidatrice autonoma che caratterizza l'associazione, lo ritiene reato di danno, quanto meno sotto il profilo della lesione effettiva della libertà morale dei consociati e, di conseguenza, anche dell'ordine pubblico materiale, così G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 252; nello stesso senso, tra i primi commentatori della norma, G. Neppi Modona, *Il reato di associazione mafiosa*, cit., p. 49 ss.; G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 110 ss.; ma v. G. De Francesco, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 111, secondo il quale la fattispecie associativa presenterebbe una particolare connotazione, non potendosi tecnicamente configurare « né come attività preparatoria dei singoli reati, né come pericolo per i beni giuridici tutelati dalle norme sui delitti-scopo, né, infine, come un fatto lesivo di un bene giuridico del tutto autonomo, come l'ordine pubblico: l'associazione tende, piuttosto, a 'cumulare' alcuni aspetti propri di ciascuno di questi profili di qualificazione, *senza tuttavia risolversi integralmente in nessuno di essi.* (...) La costituzione di un ente associativo, nella misura in cui venga attribuita la dovuta importanza al requisito fondamentale della 'organizzazione', si rivela idonea a sviluppare *una carica di pericolosità*, insita nella sua stessa possibilità di permanere in vista di una reiterazione nel tempo di attività delittuose, che va ben oltre la prognosi di pericolo per l'offesa di un singolo bene giuridico o per il verificarsi di una pluralità di lesioni destinate ad esaurirsi in un limitato lasso temporale » (corsivo aggiunto).

[136] L'art. 416-*bis*, comma 7, c.p. si chiarisce infatti che «le disposizioni si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».

Incriminare ciò che assurge a un vero e proprio «fenomeno sociale complessivo»[137], come storicamente appare la mafia, ha giocoforza imposto al legislatore di impiegare per la prima volta, nella redazione di una fattispecie penale, modelli esegetici provenienti dalle scienze sociologiche[138]. È stata, infatti, assunta una prospettiva metodologica interdisciplinare, allo scopo di descrivere un sistema complesso[139], che si fonda su una rete di relazioni funzionali non facilmente *narrabili* attraverso i paradigmi descrittivi penalistici[140]. Forse proprio la peculiarità di tale tecnica legislativa, adottata, peraltro, in un clima emergenziale[141], si ripercuote sulla delimitazione dei tratti di tipicità della fattispecie, nel tempo dimostratasi molto permeabile alle interpretazioni giurisprudenziali sia nella determinazione dei confini della partecipazione associativa 'semplice' di cui al comma 1, sia nella identificazione concettuale del metodo mafioso di cui al comma 3, su cui ci soffermeremo nei successivi paragrafi.

4.1. *La (ri-)costruzione processuale della partecipazione associativa*

Sotto il profilo della tipicità plurisoggettiva, come accennato, l'art. 416-*bis* c.p., punisce, al comma 1, «chiunque fa parte di un'associazione di tipo

---

[137] Così già M. Nobili, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in S. Moccia (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, E.S.I., Napoli, 1994, p. 229.

[138] Una tecnica legislativa auspicata in dottrina da G. Insolera, *L'associazione per delinquere*, Cedam, Padova 1983, p. 318, secondo il quale era necessario «riassegnare valore alle indicazioni desumibili dalla immagine empiricamente afferrabile della criminalità organizzata» ai fini della definizione, in termini generali e astratti, della fattispecie incriminatrice.

[139] Cfr. in argomento G. De Francesco, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., p. 137 ss.; Id., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 113 ss.; di recente sul tema S. Aleo, *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pacini, Pisa, 2020.

[140] In questi termini M. Nobili, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., p. 265; v. anche D. Negri, *La costruzione della fattispecie giudiziaria oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 153 ss. che rispetto alle imputazione per 416-*bis* parla di «reati *storia*, la cui fattispecie giudiziale si lascia difficilmente racchiudere entro lo schema stilizzato dell'imputazione, visto il bisogno di allargare il quadro normativo ai contesti di vita, agli ambienti sociali ove si collocano i singoli episodi in sé privi di rilevanza penale. Per tale ragione la stesura del capo d'accusa risulta rarefatta sul piano linguistico» (*ivi*, p. 181).

[141] Si rinvia alla puntuale ricostruzione di G. Zagrebelsky, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in F. Bricola-V. Zagrebelsky (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. IV, Utet, Torino, 1996, p. 559 ss.

mafioso formata da tre o più persone»: una formulazione testuale che, limitandosi a incriminare "chi fa parte" senza fornire ulteriori indicazioni, si presenta all'interprete in un modo tale da rendere *inevitabile* un intervento giurisprudenziale volto a chiarirne meglio la portata applicativa [142].

Peraltro, se la condotta di partecipazione è già di per sé un terreno scivoloso, la sua (in)definitezza è direttamente proporzionale alla ricostruzione della condotta del concorrente esterno punibile *ex* artt. 110 e 416-*bis* c.p. [143]; si ricordi – incidentalmente – che tale istituto, utilizzato per reprimere le condotte della c.d. "contiguità compiacente", ha dato luogo a un acceso dibattito nell'ordinamento interno [144] perché da sempre considerato «liquido, fluido, controverso, tormentato, divisivo: insomma polemogeno», come icasticamente definito da Fiandaca [145].

---

[142] Sul tema G. De Francesco, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3500 ss.

[143] Secondo la Corte EDU, si tratta di un istituto "*di origine giurisprudenziale*", v. Contrada c. Italia, 14 aprile 2015, il cui § 141 recita, infatti: «(...) *non è oggetto di contestazione tra le parti che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale*». Si ricordi a tal proposito la Suprema Corte, evitando un vero e proprio 'dialogo' con Strasburgo, è intervenuta sul punto sottolineando che «la sentenza resa nel caso Contrada c. Italia muove da una premessa del tutto errata, ossia che il reato del quale si discute abbia origine giurisprudenziale, laddove, al contrario, la punibilità del concorso eventuale di persone nel reato nasce, nel rispetto del principio di legalità, sancito dall'art. 1 cod. pen. e dall'art. 25, comma secondo, Cost., dalla combinazione tra le singole norme penali incriminatrice speciali e l'art. 110 cod. pen.», così Cass., sez. II, 21 aprile 2015 n. 34147, Infinito, in *www.penalecontemporaneo.it*, ma v. anche Cass., sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino, in *C.E.D. Cass. 2015*, Cass., sez. II, 13 aprile 2016, n. 18132, Trematerra, in *Riv. pen.*, 2016, 6, p. 549; Cass., sez. II, 18 maggio 2016, n. 22447, Spinoccia, Cass., sez. V, sent. 14 settembre 2016, n. 42996/16, in *Foro it*., 2016, 12, II, p. 69.

[144] In dottrina, *ex multis*, O. Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, p. 11 ss.; S. Giordano, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 22 ss.; V. Maiello, *La Consulta e la Corte Edu attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1019 ss.; G. Marino, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, p. 46 ss.; P. Maggio, *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, p. 3432 ss.; M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. Responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2016, p. 346 ss.; C. Visconti, *Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di dell'Utri*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2016.

[145] «Fonte persistente non solo di complesse dispute tecnico-giuridiche, ma persino di guerre di religione combattute a colpi di contrapposti slogan sparati nel circuito politico-mediatico dagli

Tornando alla condotta di partecipazione, in mancanza di parametri univoci e certi preesistenti all'esame delle situazioni concrete, la giurisprudenza ha manifestato nel tempo diversi orientamenti interpretativi volti a definire la tipicità della fattispecie *in base ai fatti oggetto di accertamento processuale* [146], principalmente per due ragioni: (i) in primo luogo, come spesso accade, la definizione del concetto di partecipazione (e simmetricamente di concorso esterno) risulta influenzata dalle specifiche caratteristiche criminologiche [147] del tipo di organizzazione criminale oggetto di procedimento penale; (ii) in secondo luogo – e correlativamente – è il materiale probatorio a disposizione nel procedimento penale che influisce sul dato sostanziale, dando origine al fenomeno (emblematico in questo ambito, ma diffuso, come visto, anche nella criminalità economica) della c.d. "processualizzazione del fatto tipico" [148].

---

appartenenti ai due partiti avversi dei credenti e dei demolitori. Ciò sino al punto che la discussione pubblica finisce col trasformarsi in una sorta di scena surreale o di teatro dell'assurdo, in cui financo noti e qualificati magistrati finiscono col lasciarsi scappare banalità o sciocchezze", così, G. Fiandaca, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, p. 251; sul tema anche T. Padovani, *Il concorso esterno: alla ricerca del "bandolo" di un'intricata questione*, in *Leg. pen.*, 3, 2012, p. 730 ss.; Id., *Ancora sul diritto penale giurisprudenziale e sul ruolo della Cassazione*, in V. Plantamura-G. Salcuni (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 253 ss.; F. Viganò, *Riflessioni conclusive in tema di «diritto penale giurisprudenziale», «partecipazione» e «concorso esterno»*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 279 ss.

[146] G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 15 (nota 70), il quale fa notare come, non a caso, il primo tentativo di definizione di uno «statuto» di utilizzabilità (in senso a-tecnico, si intende) dei saperi extra-giuridici di carattere storico o socio-criminologico sia stato compiuto dalla Corte di Cassazione in materia di c.d. contiguità imprenditoriale alle associazioni di tipo mafioso: cfr. Cass., sez. I, 5 gennaio 1999, n. 84, Cabib, in *Foro it.*, 1999, p. 631 ss., con nota di C. Visconti, *Imprenditori e camorra: l'«ineluttabile coartazione» come criterio discretivo tra complici e vittime?*.

[147] Si tratta della precomprensione socio-criminologica del tipo di fenomeno associativo, che, ai fini della concretizzazione ermeneutica della fattispecie, prescinde dal contenuto testuale della norma, in favore di fattori extratestuali, v. G. Fiandaca, *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 357 ss.; Id., *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Scenari di mafia*, cit., p. 203 ss.; per un approfondimento del rapporto tra modelli criminologici esperienziali e fattispecie incriminatrice, M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., p. 693 ss.

[148] Sul tema, in relazione ai processi per criminalità organizzata cfr. R. Orlandi, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 534; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 361; I. Insolera, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 579 ss.; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 233 ss.; anche Id., *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale*

In particolare, la determinazione dei connotati di tipicità della condotta di partecipazione punibile tradizionalmente ha oscillato tra l'adozione del modello 'causale' [149] e l'adozione del modello 'organizzatorio' [150], estendendosi fino ad approdare al modello c.d. *misto*, tendenzialmente consolidatosi a seguito delle Sezioni Unite del 2005 Mannino; quest'ultimo, in particolare,

---

probatorio, cit., p. 143 ss.; A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie,* cit., 2016, p. 86 ss.; Id., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 103 ss.; G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 15 ss.; D. Negri, *La costruzione della fattispecie giudiziaria oltre i vincoli della legalità processuale: strategie*, *prassi*, *conseguenze del rifiuto di un paradigma*, cit., p. 153 ss., in part. 180 ss.; G. Fiandaca-A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, cit., p. 780 ss.

[149] Il modello causale individua la condotta di partecipazione nel *contributo eziologico* apportato dal soggetto alla vita del sodalizio e alla realizzazione del programma criminoso. Tale condotta si configurerebbe a forma libera nel senso che qualunque azione, purché dotata di efficacia causale rispetto all'evento tipico, sarebbe costitutiva della materialità del fatto. A titolo esemplificativo, v. Cass., sez. I, 18 dicembre 2015, n. 1911, in *DG*, 2016, in tema di associazione per delinquere «ai fini della condotta di partecipazione ad una associazione per delinquere, occorre la prova della permanenza di un contributo volontario e consapevole oggettivamente apprezzabile e causalmente rilevante alla vita ed all'organizzazione del sodalizio nonostante la privazione della libertà personale». Sull'insufficienza del modello causale nella rappresentazione della condotta collettiva, si rinvia a G. De Francesco, *Concorso di persone*, *reati associativi*, *concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., p. 137; Id., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 113; v. anche S. Aleo, *La problematica penalistica della criminalità organizzata*, *la teoria dell'organizzazione e lo Stato di diritto*, in M. Catenacci-R. Rampioni-V.N. D'Ascola (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma TrE-Press, Roma, 2021, p. 1103 ss.

[150] Il modello organizzatorio si discosta dalla prospettiva causale, richiedendo ai fini della configurabilità della partecipazione uno *stabile inserimento* nella struttura organizzativa. Criticamente è stato sottolineato come non sarebbe sufficiente una mera messa a disposizione a livello potenziale, dunque una mera manifestazione di volontà adesiva, la c.d. *affectio societatis*, bensì qualcosa di più tangibile, come l'oggettivo inserimento o l'assunzione di un ruolo all'interno della struttura organizzativa. Cfr. G. Fiandaca, *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, cit., p. 42 s. secondo il quale ne sarebbe chiara dimostrazione la vicenda giudiziaria riguardante il giovane Giuseppe Greco (figlio del boss Michele Greco), capace secondo i giudici, con la sola affiliazione, di contribuire alle sorti di Cosa Nostra, ma considerato dagli stessi pentiti un soggetto secondario, che viveva all'ombra della figura carismatica del padre. Più in generale, si rileva come il modello organizzatorio sia stato adottato negli anni '80 in occasione dei primi maxiprocessi alle organizzazioni mafiose classiche, in particolare alla Camorra e si giustifica per la forte influenza che hanno avuto sulla 'definizione della fattispecie', come principali fonti di prova, le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia. Sul tema v. anche R. Orlandi, *Le peculiarità del tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 534; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 136.

è volto a valorizzare una 'messa a disposizione' stabile a favore dell'associazione, che si concretizza in un *quid pluris* rispetto al mero fatto di associarsi.

Si richiede, dunque, oltre alla compenetrazione organica (c.d. *affectio societatis*), anche un contributo causale *non irrilevante* alla vita dell'associazione; le due componenti si riflettono, sul piano soggettivo, nella consapevolezza e volontà dello stabile inserimento all'interno dell'associazione descritta dal comma 3 e del contributo causale alla sua "vita", cui si accompagna la consapevolezza e volontà di perseguirne le "finalità mafiose", senza però la necessità di provarne l'effettiva realizzazione[151].

Tale assetto si è, appunto, solo tendenzialmente consolidato, perché, con l'avvento di nuove forme di manifestazione del fenomeno mafioso, la c.d. affiliazione rituale, che spesso caratterizzava nella prassi il modello 'organizzatorio', non è più un criterio discriminante per segnare l'ingresso del partecipe nell'associazione. Di conseguenza la giurisprudenza di legittimità, influenzata dal materiale probatorio disponibile nel processo, è sembrata ritornare su una prospettiva – di fatto – meramente 'causale' [152], che tende ad assorbire ogni considerazione in ordine al ruolo assunto dall'agente nel contesto organizzativo. Segnatamente, nelle pronunce attinenti alle "nuove mafie", il sostrato elementare della nozione di "partecipazione" è individuato nello specifico ed effettivo apporto prestato dall'*intraneus* in favore dell'associazione, da valutarsi alla stregua di effetti di rafforzamento o conservazione delle capacità operative dell'ente (già realizzate o che egli sia idoneo a

---

[151] Cfr. già Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, II, p. 453 ss., nel cui *iter* motivazionale si ripercorrono le oscillazioni interpretative tra i due modelli di partecipazione, 'causale' e 'organizzatorio'. Successivamente, con le Sezioni Unite Mannino del 2005, la Cassazione consolida l'orientamento volto a cogliere entrambe le componenti della condotta di partecipazione, rispondenti ai due modelli 'causale' e 'organizzatorio', come necessarie affinché la stessa possa essere perfezionata. Il "partecipe" è il soggetto che, inserito stabilmente e organicamente nella struttura, fa parte (o meglio, prende parte) alla stessa. In relazione al profilo soggettivo, il partecipe deve non solo voler contribuire causalmente al rafforzamento dell'associazione, ma deve volere anche la realizzazione del programma criminoso, escludendosi così l'applicazione del dolo eventuale, nel senso della mera accettazione del rischio di realizzazione dell'evento. Cfr. Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2, 2006, p. 81 ss., con nota di G. Fiandaca-C. Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*.

[152] Come rileva G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 22 ss., le ambiguità di fondo che già connotavano lo statuto di tipicità della partecipazione interna delineato dalle Sezioni Unite Carnevale e perpetuatisi con la sentenza Mannino (v. *supra* nota precedente), tendono a riproporsi, in forma più latente, nell'odierna giurisprudenza, in cui si continua a oscillare tra i due paradigmi, 'causale' e 'organizzatorio', in base alle dinamiche processuali.

realizzare) [153]. Si tratta, a ben vedere, di un'interpretazione che, valorizzando solo il contributo causale, fa sfumare la distinzione tra la partecipazione e il concorso esterno [154], nella misura in cui è propriamente il modello 'organizzatorio' che, richiedendo l'accertamento dello stabile inserimento all'interno dell'associazione, consente di fare emergere una più chiara distinzione tra la condotta di "messa a disposizione" da parte del partecipe e il "contributo idoneo" alla vita o al rafforzamento dell'organizzazione stessa da parte dell'*extraneus* [155]. Al contempo, nelle pronunce attinenti a "mafie storiche", pur dichiarando formale adesione al c.d. modello misto, la giurisprudenza finisce di fatto per eluderlo, nella sostanza segnando un ritorno al modello c.d. organizzatorio puro [156].

---

[153] Cfr., tra le altre, Cass., sez. II, 3 maggio 2012, D'Ambrogio e altri; di recente Cass., sez. II, 9 febbraio 2024, n. 9840, § 1.1.: «Si è coerentemente affermato che la condotta non penalmente rilevante di mera "contiguità compiacente", così come la "vicinanza" o "disponibilità" nei riguardi di singoli esponenti, anche di spicco, del sodalizio mafioso, non costituiscono comportamenti sufficienti ad integrare la condotta di partecipazione all'organizzazione, ove non sia dimostrato che l'asserita vicinanza a soggetti mafiosi si sia tradotta in un vero e proprio contributo, avente effettiva rilevanza causale, ai fini della conservazione o del rafforzamento della consorteria».

[154] Non a caso, una delle critiche rivolte dalla dottrina alla configurabilità di un concorso "eventuale" nel reato a concorso necessario, fin dall'introduzione dell'art. 416-*bis* c.p., riguardava proprio l'identicità della dinamica di tipizzazione causale del concorso esterno e della partecipazione. Secondo questa impostazione, l'apporto reso dall'agente sarebbe stato inglobato dalla condotta partecipativa se particolarmente significativo, mentre in caso contrario si sarebbe stati al di sotto della soglia del penalmente rilevante per mancanza di offensività. Sul punto v., in particolare, G. Insolera, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1986, p. 148 ss., Id., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 2, 1995, c. 429 ss.; ma anche F. Siracusano, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1872 ss.; A. Manna, *L'ammissibilità del concorso esterno nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1189 ss.; V.B. Muscatiello, *Profili giurisprudenziali e verifiche dommatiche del concorso eventuale in fattispecie associative*, in *Studi in memoria di Renato Dell'Andro*, II, 1994, p. 589 ss.; Id., *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 184 ss.; G. De Vero, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1325 ss.

[155] Ritorneremo sul punto *infra*, § 4.4.

[156] In questo senso v. G. Amarelli, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis c.p. e alternative possibili*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2022, p. 786 ss. a proposito di Cass., sez. un., 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 36958, Modaffari (su cui v. *infra*, § 4.3.); cfr. sul punto anche V. Maiello, *La partecipazione mafiosa: una fattispecie dalla tipicità ancora incerta*, in G. Amarelli (a cura di), *Quarant'anni di 416-bis c.p*, cit., p. 3 ss., Id., *La partecipazione associativa tra (fuga della) tipicità e (assorbimento nella) prova*, in *Giur. it.*, 3, 2022, p. 732 ss.; A. Apollonio, *Le Sezioni Unite tra "vecchie" e "nuove" mafie nella valutazione del requisito della partecipazione associativa*, in *Cass.*

Come emerge da questa breve ricostruzione, è soprattutto con riferimento alla condotta di partecipazione all'associazione di tipo mafioso che si percepisce maggiormente il *deficit* di tipicità sostanziale. È innegabile che il legislatore abbia sotto tale profilo delegato *tout court* alla giurisprudenza il compito di specificare gli elementi costitutivi del reato in questione [157]; per quanto, come vedremo subito, l'influenza del formante giurisprudenziale nella definizione dei tratti tipici della fattispecie si sia avvertita – a seguito del manifestarsi nella prassi di "nuove mafie" – anche in riferimento al terzo comma dell'articolo in esame, che definisce il concetto di "metodo mafioso".

4.2. *La (ri-)costruzione processuale del metodo mafioso*

Come noto, la 'descrizione' [158] del metodo mafioso di cui all'art. 416-*bis*, comma 3, c.p. è affidata a tre elementi: la forza di intimidazione del vincolo associativo, la condizione di assoggettamento e la condizione di omertà [159]. La presenza di tali requisiti presuppone, peraltro, l'esistenza stabile e permanente di una struttura organizzativa [160], la quale costituisce il *nesso* tra

pen., 1, 2022, p. 62 ss.; A.M. Di Leverano, *La rilevanza probatoria dell'affiliazione rituale tra indizi e massime d'esperienza*, in *Arch. pen.*, 13 febbraio 2022; G. Fiandaca-A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, cit., p. 780 ss.

[157] Sul tema, diffusamente, M. Nobili, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 265, secondo cui l'art. 416-*bis* c.p. è tra le più «importanti norme di rilievo processuale», giacché «…attualmente il rapporto [tra norma sostanziale e processo] tende a rovesciarsi: ora è la disciplina incriminatrice che spesso viene scelta e costruita, in funzione di un certo tipo di processo». Ma v. anche G. Insolera, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 579 ss.; G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, p. 1 ss.; G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giur. it.*, 4, 2018, p. 856 ss.; V. Maiello, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle sezioni unite*, Nota a Cass., sez. I, ord. 28 gennaio 2021 (dep. 9 febbraio 2021), n. 5071, in *Sist. pen.*, 10 maggio 2021, p. 1 ss.; G. Amarelli, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis c.p. e alternative possibili*, cit., p. 786 ss.

[158] Sul *deficit* definitorio in relazione alla struttura dell'associazione, oltre che al contributo rilevante del partecipe, G. De Francesco, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3500 ss.

[159] Cfr. G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 27 ss.

[160] In questo senso G. Fiandaca, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 5, 1985, c. 304 ss.; G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 23 ss.; G. De Francesco, *Societas sceleris*, cit., p. 113 ss.; *contra* G. Neppi Modona, *Il reato di associazione mafiosa*, cit., p. 49 ss.

forza di intimidazione e la condizione di assoggettamento ed omertà, permettendo così di escludere la rilevanza *ex* art. 416-*bis* c.p. di raggruppamenti rudimentali [161].

Ai fini dell'inquadramento della reale *capacità definitoria* del comma terzo della norma incriminatrice, nonché del contributo giurisprudenziale alla (ri-)costruzione di tale nozione, è necessario analizzare separatamente le sue 'componenti'.

4.2.1. *La forza di intimidazione e l'assoggettamento e l'omertà "che ne deriva"*

Nonostante si siano a lungo registrati orientamenti contrastanti circa la locuzione «si avvalgono della forza di intimidazione» [162], alla luce di una

---

[161] Così M. Ronco, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. Romano-G. Tinebra (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 72.

[162] Al momento dell'introduzione della norma nell'ordinamento G. Fiandaca, *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 259 ss., era dell'avviso che la locuzione "si avvalgono" volesse semplicemente fornire una immagine "dinamica" della mafia, punibile però già per il solo vincolo associativo; v. anche G. De Francesco, voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, cit., p. 312, e, pur con diversità di accenti, R. Bertoni, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1017 s.; F. Fortuna, *La risposta delle istituzioni alla criminalità mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 203 ss.; G. Neppi Modona, *Il reato di associazione mafiosa*, cit., 1983, IV, p. 123 ss. In giurisprudenza v. Cass., sez. I, 30 gennaio 1985, Scarabaggio, in *Riv. pen*., 1985, p. 1113; Cass., sez. I, 30 settembre 1986, n. 14134, Amerato, ivi, 1987, p. 871; Cass., sez. I, 6 aprile 1987, Aruta, ivi, 1988, p. 1006; Cass., sez. VI, 10 giugno 1989, n. 11204, Teardo, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., p. 1182; Cass., sez. V, 2 ottobre 2003, n. 45711, Peluso, in *CED Cass*., n. 227994; Cass., sez. V, 25 giugno 2003, n. 38412, Di Donna, *ivi*, n. 227361. *Contra*, G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 289 ss.; Id., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 385 ss. In particolare, secondo De Vero nel requisito in esame andava letta la necessità di riscontrare una serie ripetuta di attuali fatti di minaccia e di violenza personale e reale, vale a dire da una pratica attuale e seriale dell'intimidazione, la cui materialità ed offensività compensa il *deficit* di legittimità ascrivibile alla natura non intrinsecamente criminosa della gran parte delle finalità associative tipizzate nell'art. 416-*bis* c.p.; v. anche L. Liguori, *La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1611 s.; G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 26 ss.; A. Arceri, *Sull'art. 416-bis e in particolare sull'uso della forza intimidatrice*, in *Giur. merito*, 1995, 2, p. 317. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 19 marzo 1992, D'Alessandro, in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 535; Cass., sez. I, 20 novembre 1992, De Feo, *ivi*, 1994, II, col. 11; Cass., sez. I, 23 marzo 1994, Pulito, *ivi*, 1994, III; Cass., sez. V, 19 dicembre 1997, n. 4307, Magnelli, *ivi*, n. 211071; Cass., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 9604, Marinaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 228479; Cass., sez. I, 16 maggio 2011, n. 25242 in *CED Cass*., 250705.

giurisprudenza ormai consolidata essa si deve intendere come espressiva di un reato di pericolo concreto, per la cui integrazione il sodalizio punibile deve avere maturato una carica intimidatrice "*autonoma*" oggettivamente riscontrabile, che ingeneri nell'ambiente circostante un alone di assoggettamento ed omertà [163].

È ormai un dato acquisito, peraltro, che la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo possa essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto anche, o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Non si ritiene necessaria l'esplicazione di condotte di violenza o minaccia da parte dei singoli associati né la realizzazione delle finalità associative [164], ma

[163] Secondo A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 68, il requisito minimo per poter imputare l'art. 416-*bis* c.p. è l'esistenza della carica di intimidazione, cui fanno seguito assoggettamento ed omertà solo qualora la prima sia sfruttata: la capacità di intimidire deve, cioè, essere «idonea a determinare, se utilizzata, una condizione di assoggettamento e omertà». Per G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 11 ss., invece, la carica di intimidazione, benché non sfruttata attivamente, già di per sé determina in via inerziale, nei terzi, condizioni di assoggettamento e di omertà "primordiali" e generiche, diverse da quelle individuali prodotte in chi è soggetto passivo dell'esercizio della forza di intimidazione. In giurisprudenza v. Cass., sez. V, 19 dicembre 1997, Magnelli, in *CED-211071*; Cass., sez. VI, 10 marzo 1995, Monaco, in *CED-202579;* Cass., 11 febbraio 1994, n. 1793, De Tommasi, in *CED-198577*, p. 30. Di recente, Cass., sez. un., 27 maggio 2021, n. 36958, Modaffari, cit., § 5: «relativamente alla natura giuridica della fattispecie, il collegio ritiene che, pur non potendosi mettere in dubbio la natura di reato di pericolo, per integrare il tipo occorre riscontrare empiricamente che il sodalizio abbia in termini effettivi dato prova di possedere tale "forza" e di essersene avvalso. Si supera così l'interpretazione volta a conferire alla locuzione un rilievo solo sul piano soggettivo, ossia come mera intenzione di "avvalersi" e si attribuisce rilievo all'oggettività del metodo mafioso in ossequio ai già menzionati principî di oggettività ed offensività. […] Se, pertanto, occorre che il sodalizio mafioso, nel contesto di riferimento, abbia realizzato una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile, ciò significa che la natura di pericolo della fattispecie implica che l'organizzazione deve essere concretamente in grado di porre in pericolo l'ordine pubblico, l'ordine economico e la libertà di partecipazione alla vita politica, non essendo sufficiente il mero pericolo che i suoi elementi costitutivi possano manifestarsi».

[164] L'eventuale accertamento di concreti atti di intimidazione non è di per sé indicativo dell'esistenza di un'associazione mafiosa, ma lo è nella misura in cui essi appaiono ricollegabili ad una effettiva capacità criminale del sodalizio, di cui gli affiliati siano *consapevolmente* in grado di poter disporre. Frequente in giurisprudenza l'affermazione che la forza intimidatrice è l'"in sé" dell'associazione mafiosa: elemento strumentale che "trascende la stessa tipicità della condotta associativa" Nel senso che "è l'associazione, e solo l'associazione, indipendentemente dal compimento di specifici atti di intimidazione, ad esprimere il metodo mafioso e la sua capacità di sopraffazione". È chiaro, peraltro, che il partecipe dovrà avere la consapevolezza e volontà di partecipare e contribuire attivamente alla "vita" e al perseguimento delle "finalità mafiose" di un'associazione caratterizzata dal metodo mafioso di cui al comma 3. Negli esatti termini v. Cass.,

occorre un riscontro all'esterno dell'effettivo "avvalersi" della forza di intimidazione, che si sostanzia nelle condizioni di assoggettamento e omertà.

Questi ultimi costituiscono, appunto, il riflesso all'esterno della sussistenza di una "carica intimidatrice autonoma" maturata dall'associazione [165].

Appare fin da subito evidente come si tratti di concetti descrittivi di matrice sociologica, non facilmente traducibili in formulazioni tecniche dotate di adeguata precisione; eppure – lo si ribadisce – rappresentano la *chiave* per il riconoscimento del disvalore tipico della fattispecie. Da un lato, infatti, sono anch'essi elementi costitutivi che richiedono autonoma prova; dall'altro la loro sussistenza costituisce anche la "riprova", difficilmente rinunciabile, dell'avvalersi di una effettiva forza di intimidazione [166] in un determinato territorio o contesto sociale [167].

In particolare:

(a) l'assoggettamento è il risvolto *immediato e automatico* della carica intimidatrice autonoma, riscontrabile all'esterno del sodalizio come "alone di intimazione diffusa" [168] e consiste nella compressione della libertà morale provocata dall'immanenza intimidatoria, che comporta un'assunzione di comportamenti conformi alle pretese e alle finalità dell'associazione per paura delle conseguenze [169]. Peraltro, si ritiene che il

---

sez. II, 12 settembre 2013, Cicero, in *CED-258637*; Cass., sez. II, 16 aprile 2013, n. 1948, Avallone, in *CED-256039*; Cass., sez. II, 30 aprile 2013, n. 22989, Gioffrè, in *CED-255708*; Cass., sez. I, 16 maggio 2011, Baratto, in *CED-250704*; Cass., sez. V, 16 marzo 2000, n. 4893, Frasca, in *CED-215965*; Cass., sez. I, 10 luglio 2007, n. 34974, Brusca, in *CED-237619*; Cass., sez. II, 15 aprile 1994, n. 5386, Matrone, in *CED-198647*; Cass., sez. I, 25 febbraio 1991, n. 6203, Grassonelli, *ivi*, n. 188023; Cass., sez. I, 13 giugno 1987, n. 3492, Altivalle, *ivi*, n. 177895; Cass., sez. I, 6 aprile 1987, n. 13070, Aruta, *ivi*, n. 177304; Cass., 1 luglio 1987, n. 9859, Ingemi, in *Riv pen.*, 1988, p. 642; Cass., 5 novembre 1979, Mannolo, in *Giust. pen*., 1980, II, c. 279; Cass., sez. II, 24 marzo 1972, Balsamo, in *Cass. mass. ann*., 1973, p. 999, m. 1280.

[165] Cfr. G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 129 ss.

[166] In questo senso già A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 75 ss.; G. Turone, *Le associazioni di tipo mafioso*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 162 s.

[167] G. Fiandaca, *Commento*, cit., p. 260, per primo aveva distinto la coazione interna da quella esterna, sottolineando come «il cemento che lega tra loro gli associati più che dal timore e dalla soggezione, è costituito dalla comune adesione ad una specifica subcultura».

[168] Cfr. Cass., sez. I, 25 febbraio 1991, n. 6203, Grassonelli, cit., sulla strage di porto Empedocle del 1986 e lo scontro tra gruppi criminali per il controllo del territorio, in cui si afferma che la condizione di assoggettamento «implica uno stato di soggezione derivante dalla convinzione di essere esposti ad un concreto e ineludibile pericolo di fronte alla forza dell'associazione».

[169] G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 129 ss. per la distinzione tra

riflesso 'esterno' della forza di intimidazione in termini di assoggettamento non debba tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale [170], ma comunque di un contesto e/o di una comunità ben individuabili;

(b) l'omertà [171] evoca lo specifico fenomeno della mafia siciliana, presente nella 'mente' del legislatore sottoforma di precomprensione socio-criminologia, e consiste in una progressiva sfiducia nell'idoneità dello Stato a garantire protezione, che si esprime in condotte di reticenza con l'autorità e di favoreggiamento nei confronti dei membri del sodalizio [172].

A differenza dell'assoggettamento, concetto più "neutro", la forte connotazione "regionalistica" [173] dell'omertà ha sollevato perplessità in ordine al suo predicabile difetto precisione, determinatezza e tassatività.

Taluni ritengono che il rischio di indeterminatezza potrebbe essere superato considerando tale elemento come mera esemplificazione di una delle più caratteristiche espressioni dell'assoggettamento in un dato contesto sociologico [174]; altri, invece, sostengono che il concetto possa essere riempito di un significato autonomo e disancorato dal fenomeno della mafia siciliana,

---

assoggettamento generico e specifico. L'"assoggettamento *generico*" è elemento costitutivo della fattispecie, non può limitarsi a essere meramente potenziale o inerziale. Viceversa, le successive attività specifiche volte a sfruttare attivamente la carica intimidatrice autonoma acquisita sono riconducibili al c.d. assoggettamento *specifico* e non sono elementi costitutivi, ma sono potenzialmente oggetto del programma associativo.

[170] Cass., sez. VI, 10 giugno 1989, n. 11204, Teardo, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., p. 1182 ed in seguito nella fase cautelare del processo Mafia Capitale, Cass., 10 aprile 2015, n. 24535, in *Cass. pen.*, n. 1, 2016, p. 125, con nota di A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, I, 2016, p. 128 ss.

[171] Concetto non facilmente scindibile dall'assoggettamento, secondo G. Turone-E. Basile F., *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 140 ss.

[172] Così M. Ronco, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 72; L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale*? *Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2016, p. 7. Esprime la necessità di utilizzare un "concetto normativo" di omertà, limitato rispetto all'accezione del termine nell'ambito delle mafie storiche, G. Turone, *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 162 s., che sottolinea il «rischio di aprire il varco ad approcci in chiave spiccatamente sociologica».

[173] Cfr. N. Dalla Chiesa, *Il potere mafioso. Economia e ideologia*, Mazzotta, Milano, 1976, p. 67.

[174] Così M. Ronco, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 78.

potendosi riscontrare anche rispetto alle "nuove mafie" che si manifestano in contesti di abuso di potere politico-amministrativo [175].

Invero, la definizione giudiziale più puntuale dell'omertà non si rinviene in un procedimento nei confronti di una "mafia storica", ma nell'ambito di un procedimento per associazione per delinquere 'comune' in cui era in discussione la possibile evoluzione del sodalizio criminoso *ex* art. 416 c.p. in associazione di tipo mafioso *ex* art. 416-*bis* c.p. In tale sede si è affermato che per ritenere sussistente il requisito dell'omertà deve essere riscontrabile nella compagine sociale di riferimento un rifiuto a collaborare con gli organi dello Stato sufficientemente ampio, anche se non generale: cioè, la diffusa convinzione che la collaborazione con l'autorità giudiziaria comporterà ritorsioni, come la preclusione dalla possibilità concreta di lavorare (ad es. per sistematica esclusione dalle gare d'appalto) [176].

Del resto, è proprio con l'avvento delle c.d. "nuove mafie" che è sopraggiunta l'esigenza di individuare una *soglia minima di assoggettamento e di omertà* al di sotto della quale non può reputarsi configurabile un'associazione di tipo mafioso. Infatti, nei procedimenti penali relativi alle "mafie storiche" il materiale probatorio a disposizione è spesso di per sé tale da dimostrare agevolmente l'esistenza di una consolidata carica intimidatrice autonoma; mentre, al contrario, nei procedimenti relativi alle nuove mafie il materiale probatorio a disposizione è espressione di un contesto nuovo – appunto – non tradizionale, in cui l'associazione si sta affermando e rispetto al quale nasce l'esigenza di chiarire con maggiore certezza quando si può ritenere acquisita una effettiva (e non meramente potenziale) carica intimidatrice autonoma.

4.2.2. *Le finalità dell'associazione e la centralità del metodo mafioso*

La consapevolezza delle dimensioni economicamente rilevanti del fenomeno mafioso, acquisita già in sede giurisprudenziale prima dell'introduzione

---

[175] Non a caso, autorevole dottrina ha parlato di «definizione di crimine organizzato come reato del colletto bianco», così C.E. Paliero, *Criminalità economia e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in M. Barillaro (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 141-151, spec. p. 143. Sul tema sia consentito il rinvio a F. Vitarelli, *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, in *Leg. pen.*, 2020, p. 15 ss.

[176] Cass., sez. IV, 10 giugno 1989, n. 11204, Teardo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1182 ss. Una definizione confermata di recente in un'altra vicenda relativa ad una mafia nuova, "autoctona", del clan dei Casamonica, v. Cass., sez. II, 20 dicembre 2022, n. 47538, Casamonica.

dell'art. 416-*bis* c.p., si è tradotta nella formalizzazione legislativa di diverse finalità tipiche dell'organizzazione, oggetto del c.d. "dolo specifico" del partecipe [177]: accanto a finalità di carattere sicuramente criminale, come la commissione di delitti [178], ve ne sono altre che di per sé potrebbero essere giuridicamente lecite, come l'acquisizione diretta o indiretta della gestione o comunque del controllo di attività economiche.

A fronte della compresenza di finalità sia lecite che illecite, si può affermare che l'elemento cardine della definizione di associazione mafiosa sia proprio costituito dal *metodo* poc'anzi descritto, attraverso il quale le varie finalità possono essere perseguite (anche alternativamente) [179]: (i) quando la finalità dell'associazione costituisce di per sé un reato, il metodo mafioso ha la funzione di ulteriore qualificazione di un'attività criminale, che comporta l'applicazione di un regime sanzionatorio e di un apparato processuale e preventivo-amministrativo di peculiare rilievo (quello dell'art. 416-*bis* c.p.); (ii) quando, invece, la finalità è lecita, come nel caso di acquisizione o controllo di determinate attività economiche, il metodo mafioso svolge una funzione *costitutiva*, attraendo nell'orbita della fattispecie incriminatrice un'attività che, altrimenti, sarebbe consentita dall'ordinamento.

Peraltro, come già evidenziato, i tratti tipici di tale associazione criminale possono essere riconosciuti in contesti ben diversi da quelli che hanno originariamente ispirato l'introduzione della norma. Il fatto che il legislatore del 1982 abbia descritto il metodo mafioso di cui al terzo comma dell'art. 416-*bis* c.p. avendo in mente un modello ben preciso (quello del

---

[177] Art. 416-*bis*, comma 3 (seconda parte) c.p.: «per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali». Come già accennato, sul piano soggettivo, il partecipe, oltre, alla consapevolezza e volontà della compenetrazione organica all'interno dell'associazione e del contributo causale alla sua "vita", deve avere la consapevolezza e volontà di perseguirne le "finalità mafiose" descritte dal comma 3.

[178] Secondo G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 186 ss., va precisato che la finalità di commettere delitti è *solo apparentemente alternativa rispetto alle altre finalità:* lo è con riferimento ad un eventuale programma di delinquenza che trascenda quello criminale, ma è invece *necessariamente presente e connaturata al fatto base* con riferimento al solo programma delinquenziale minimale limitato ai reati di minaccia e violenza privata. *L'associazione non è mai totalmente priva del suo programma di delinquenza*, neppure quando apparentemente presenza solo una delle finalità para-lecite, con la conseguenza che il reato associativo mafioso è sempre in rapporto di specialità con l'associazione per delinquere di tipo comune.

[179] G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 205.

metodo caratterizzante la mafia siciliana) non significa, naturalmente, che la norma dovesse riferirsi soltanto a quella particolare realtà criminale, geograficamente connotata. Anzi, la volontà legislativa era quella di codificare una fattispecie generale e astratta potenzialmente applicabile in qualsiasi contesto, in linea con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità precedente all'introduzione della norma, che aveva superato qualsiasi visione "localistica" dei fenomeni mafiosi. Non a caso, con l'ultimo comma [180] il legislatore ha voluto richiamare l'attenzione dell'interprete sul senso dell'effettiva sostanziale convergenza di quei fenomeni variamente denominati in un *unico fenomeno imprenditorial-criminale*, all'interno del quale non è importante individuare le distinzioni sotto il profilo dell'origine regionale o delle radici più remote, quanto piuttosto mettere in risalto gli aspetti che lo caratterizzano nella sua dimensione nazionale: la struttura organizzativa, l'intimidazione sistematica da cui derivano assoggettamento ed omertà, inseriti in un programma criminoso finalizzato all'arricchimento illecito e al controllo di attività economiche e di settori della pubblica amministrazione. Il tutto improntato ad una logica di dominio e di conquista illegale e violenta di spazi di potere reale, a scapito delle componenti sociali non mafiose [181].

4.2.3. *Il concetto giuridico autonomo di mafia e le persistenti aporie interpretative*

Si può quindi confermare quanto anticipato in sede introduttiva, ossia che la norma ha inteso enucleare i caratteri comuni ed essenziali dell'associazione mafiosa costruendo una categoria generale e astratta che trascende «l'approccio regionalistico» [182], descrivendo un fenomeno criminale, connotato da maggior disvalore rispetto alla criminalità organizzata di tipo comune, rispetto al quale i termini "mafia" e "mafioso" assumono una accezione tecnico-giuridica indipendente e autonoma dal retroterra socio-criminologico cui sono legati.

Tuttavia, diverse sono le questioni che, per via della carente formulazione letterale della fattispecie, rimangono inevitabilmente aperte: (a) sul fronte della tipicità plurisoggettiva del fatto associativo abbiamo osservato che la

[180] Come già evidenziato (*supra*, nota 136), l'art. 416-*bis*, comma 7, c.p. prevede che: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla ´ndrangheta, alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».

[181] Così G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 27 ss.

[182] Cfr. G. Turone-F. Basile, *ibidem*.

questione centrale resta la definizione della figura del "partecipe" e, di conseguenza, la sua distinzione dal "concorrente esterno" [183]; (b) sul fronte della tipicità dell'associazione mafiosa, in quanto tale, dubbi permangono sull'estensione dell'ambito territoriale (e/o soggettivo) su cui deve esercitarsi la forza d'intimidazione, nonché sull'autonomia concettuale del concetto di "omertà" rispetto alla "condizione di assoggettamento".

Sotto quest'ultimo profilo, le aporie interpretative si sono ancora più accentuate nel momento in cui nella prassi ci si è dovuti confrontare con *nuove forme di manifestazione* del fenomeno mafioso [184], ossia con le già menzionate "nuove mafie": le "mafie straniere" (o etniche) [185], le "mafie delocalizzate" [186] e le "mafie autoctone" [187].

---

[183] Secondo il modello 'misto' organizzatorio e causale, che si concretizza in un *quid pluris* rispetto al mero fatto di associarsi, senza però la necessità di provare la realizzazione delle finalità dell'associazione, su cui v. *supra*, § 4.1.

[184] Cfr. già *supra*, § 4.1. in riferimento al 'ritorno' al modello 'causale' nella giurisprudenza sulle "nuove mafie". Per una ricostruzione della giurisprudenza, cfr. G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 27 ss. Per un quadro generale di carattere socio-giuridico v. R. Sciarrone, *Mafie vecchie mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, Roma, 2009; M. Santoro (a cura di), *Riconoscere le mafie: cosa sono, come funzionano, come si muovono*, Il Mulino, Bologna, 2015; G. Pignatone-M. Prestipino, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2019; A.M. Maugeri, *La fattispecie di associazione di stampo mafioso (art. 416 bis c.p.) dinanzi all'evolversi del fenomeno criminale*, in R. Barcellona-A. Fisichella-S. Laudani (a cura di), *Mafie, Antimafia e cittadinanza attiva*, Mimesis edizioni, Collana Eterotopie, Milano-Udine, 2021, p. 165 ss.

[185] Si tratta di gruppi criminali stranieri che operano sul territorio italiano, talvolta come cellule delocalizzate di grandi organizzazioni criminali. È nota sul tema la sentenza Cass., sez. VI, 30 maggio 2001, Hsiang Khe. Cfr. A. Caputo, *Criminalità degli stranieri in Italia e delitto di associazione mafiosa*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, p. 122 ss.; G. Grasso, *Compatibilità tra la struttura del reato di cui all'art. 416-bis ed i moduli organizzativi della criminalità straniera*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Arcidiacono*, 2010, Giappichelli, Torino, vol. IV, p. 1770 ss.

[186] Si tratta di associazioni che si sono manifestate nel Nord Italia come emanazione spesso "silente" di sodalizi fortemente radicati nelle regioni meridionali (specialmente la 'Ndrangheta calabrese). Cfr. in argomento F. Varese, *Mafie in movimento. Percorsi e geografie del crimine organizzato*, Einaudi, Torino, 2011; A. Balsamo-S. Recchione, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2013, p. 1 ss.; R. Sparagna, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2015, p. 1 ss.; C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord: una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, p. 367 ss.; Id., *Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord, in Libro dell'anno del diritto 2016*, in www.treccani.it, p. 1 ss.; F. Serraino, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 264 ss.; G. Amarelli, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2019, p. 1197 ss.

[187] Sul tema v., in particolare, le riflessioni di G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giur. it.*, 4, 2018, p. 856 ss., in relazione

Infatti, se, come evidenziato, la definizione dei tratti della partecipazione associativa ha sempre causato oscillazioni giurisprudenziali, anche per l'esigenza di *actio finium regundorum* rispetto al limitrofo istituto del "concorso esterno" [188], l'emergere di nuove forme di manifestazione del fenomeno ha portato a ridiscutere anche la definizione di metodo mafioso di cui al terzo comma.

È vero che, in linea di principio, tali associazioni, pur non rispondendo ai canoni tradizionali ed etnografici del fenomeno mafioso classico sociologicamente inteso, potrebbero rientrare nell'ambito applicativo della fattispecie [189] nella misura in cui integrino gli elementi costitutivi della norma giuridica, per come descritta dal terzo comma dell'art. 416-*bis* c.p. Tuttavia, analizzando la giurisprudenza in materia, è stata rilevata da attenta dottrina la tendenza a *modellare* i tratti di tipicità della fattispecie stessa – e dunque lo stesso Tipo criminoso – in base alle esigenze processual-probatorie che di volta in volta si presentano nel caso concreto [190].

---

alla sentenza di primo grado del caso "Mafia capitale", Trib. Roma, sez. X, 16 ottobre 2017, n. 11730, nonché alla pronuncia della Cassazione sulla "mafia ostiense", Cass., sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 57986, il quale rileva che «le sentenze in commento fanno luce sul problema della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso in relazione alle neoformazioni criminali autoctone che non siano diretta filiazione di consorterie "storiche". Pur celando tale processo il pericolo di generare un assurdo dimorfismo del tipo criminoso della associazione di tipo mafioso ed una deleteria "processualizzazione delle categorie penalistiche", definendone una fluttuante struttura a geometria variabile a seconda delle realtà socio-criminologiche» (*ivi*, p. 964). Cfr. anche A.M. Maugeri, *La fattispecie di associazione di stampo mafioso (art. 416 bis c.p.) dinanzi all'evolversi del fenomeno criminale*, in R. Barcellona-A. Fisichella-S. Laudani (a cura di), *Mafie, Antimafia e cittadinanza attiva*, Mimesis edizioni, Collana Eterotopie, Milano-Udine, 2021, p. 175 ss.

[188] Cfr. l'ormai celebre Requisitoria pronunciata dal Procuratore Generale F. Iacoviello del 9 marzo 2012, in *Dir. pen. cont.*, che ha dato luogo alle riflessioni di C. Visconti, *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2012, p. 247 ss.; G. Fiandaca-C. Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2012, pp. 489-491; D. Pulitanò, *La Requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2012, p. 257 ss.; P.G. Morosini, *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. Trim.,* 2012, p. 261 ss.; V. Maiello, *Luci ed ombre sulla cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2012, p. 265 ss.

[189] Cass., 22 ottobre 2019, n. 18125, p. 281. La sentenza, se da un lato ammette che in presenza di sodalizi non tradizionali – mafie straniere, delocalizzate, autoctone – si possa verificare una «riduzione di scala» dei requisiti richiesti per accertare la sussistenza di un'associazione mafiosa, dall'altro tiene a ribadire che «la riduzione di scala non consente comunque scorciatoie probatorie» in riferimento all'accertamento del metodo mafioso.

[190] Cfr. C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, cit., p. 5 ss.; si consenta il rinvio anche a F. Vitarelli, *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, cit., p. 15 ss.

Esemplificativo di un simile esito distorsivo è quel filone interpretativo volto ad operare una distinzione *sul piano dell'accertamento probatorio* nel caso di mafie storiche e mafie storiche delocalizzate (come le c.d. locali di 'ndrangheta al Nord), secondo cui la mafia delocalizzata che non avesse ancora acquisito la carica intimidatrice autonoma ma risultasse collegata alla 'ndrangheta avrebbe potuto comunque integrare gli elementi costitutivi dell'art. 416-*bis* c.p. [191]. Il problema ermeneutico è sorto perché le c.d. cellule delocalizzate si limitano sovente a mutuare i ruoli, i rituali di affiliazione e gli assetti organizzativi della "associazione-madre", senza però esteriorizzare *in loco* una propria forza intimidatrice. Per tale ragione è stato coniato il sintagma molto espressivo di "mafia silente" [192], più volte richiamato nelle decisioni dei giudici di legittimità, che ha dato luogo ad un acceso contrasto giurisprudenziale [193]. In particolare, per un certo periodo vi è stato un orientamento, anche di legittimità, che, in contrasto con i principî di materialità e offensività, riteneva sufficiente ai fini dell'applicabilità dell'art. 416-*bis* c.p., la mera costituzione di una "locale" di 'ndrangheta, che *potenzialmente* avrebbe potuto avvalersi della forza di intimidazione, purché fosse provato

[191] Tale distinzione si basa su un'impostazione sostenuta da parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, in caso di nuova articolazione periferica (c.d. «locale») di un sodalizio mafioso radicato nell'area tradizionale di competenza, il reato in esame doveva ritenersi sussistente anche in difetto della commissione di reati-fine e della esteriorizzazione della forza intimidatrice, qualora emergesse il collegamento della nuova struttura territoriale con quella "madre" del sodalizio di riferimento e il modulo organizzativo (distinzione di ruoli, rituali di affiliazione, imposizione di rigide regole interne, sostegno ai sodali in carcere, ecc.) presentasse i tratti distintivi del predetto sodalizio, lasciando concretamente presagire una già attuale pericolosità per l'ordine pubblico. Così Cass., 3 marzo 2015, n. 31666, su cui C. VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la mafia silente al nord: dicono di pensarla allo stesso modo ma non è così*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015, p. 1 ss. Precedentemente in giurisprudenza, sosteneva l'astratta applicabilità dell'art. 416-*bis* c.p. alle ipotesi di "mafia silente", *ex plurimis*, Cass., 11 gennaio 2012, Romeo; App. Torino, 10 dicembre 2013, Bandiera e altri, inedita; criticano, invece, espressamente lo stesso concetto di "mafia silente", *ex plurimis*, Cass., 5 giugno 2014, Albanese e altri; Cass., 20 dicembre 2013, n. 14582, D'Onofrio; Cass., 13 febbraio 2006, n. 19141, Bruzzaniti; Trib. Torino, sez. GIP/GUP, 8 ottobre 2012, Bandiera e altri.

[192] Cfr. C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis c.p.*, cit., p. 369.

[193] Sul tema cfr. A. BALSAMO-S. RECCHIONE., *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, cit., p. 11 ss.; F. SERRAINO, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416-bis c.p.*, cit., p. 264 ss.; C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis c.p.*, cit., p. 367 ss.; F. VITARELLI, *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, cit., p. 15 ss.; da ultimo E. ZUFFADA, *Il metodo mafioso alla prova delle mafie "diverse" dalle mafie tradizionali. Una sinossi della giurisprudenza*, in *Arch. pen.*, 1, 2024, p. 1 ss.

un collegamento di questa "mafia silente" con l'associazione principale altrove radicata [194]. Indubbiamente, si tratta di un'operazione interpretativa che tradisce il dato testuale, il quale, come detto, richiede, ai fini della configurabilità del metodo mafioso, l'accertamento di un'acquisita carica intimidatrice autonoma.

Occorre, a tal proposito, ribadire, riprendendo le riflessioni svolte in precedenza [195], che vi possono anche essere mutamenti interpretativi estensivi dell'ambito applicativo della fattispecie, purché coerenti con il suo disvalore tipico. Con ciò si intende dire che l'applicazione della norma alle "nuove mafie" non è di per sé un'operazione analogica *contra legem*: alla luce dell'analisi degli elementi della fattispecie è emerso come non vi siano ostacoli nella *littera legis* che impediscano, alla luce della *ratio* della norma, di applicarla in realtà diverse da quelle tradizionali. Dovendo però essere rispettato il dato testuale relativo alla *effettiva sussistenza* della carica intimidatrice autonoma, non si può certamente ritenere integrata la fattispecie quando il fenomeno mafioso si trova in uno stadio ancora "silente", in quanto il suo esercizio non è effettivo, ma solo potenziale [196].

Resta il fatto che, come già osservato [197], i concetti di assoggettamento e omertà, quali manifestazioni esteriori della forza di intimidazione su cui si impernia il disvalore tipico, hanno una *forte connotazione sociologica*, non facilmente traducibile in 'definizioni giuridiche' dotate di adeguata precisione.

Non a caso, si è affermato criticamente che risulta vano «tentare di forgiare la definizione di metodo mafioso al fuoco di immutabili concetti di diritto penale sostanziale: essa, infatti, pare quasi destinata a navigare nel mare aperto della dimensione fattuale e in ultima analisi probatoria che ne leviga i contorni fino a plasmarne i contenuti» [198].

---

[194] Cfr. *supra*, nota 191.

[195] Sul punto v. *supra*, Cap. I, § 3.

[196] Sul punto si è pronunciato il Primo Presidente della Corte con decreto del 28 aprile 2015, negando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulle mafie silenti, sul presupposto secondo cui la forza di intimidazione deve assumere sempre i caratteri di obiettiva percepibilità all'esterno, attualità, effettività: v. Cass., 17 giugno 2016, n. 55359, Pesce; Cass., 1 marzo 2017, n. 27094, Milite; Cass., 28 marzo 2017 n. 24850 Cataldo e lo conferma da ultimo la Cassazione nel caso "Mafia Capitale", Cass., 22 ottobre 2019, n. 18125. Cfr. A. Gargani, *416-bis-Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 2825 ss.

[197] Cfr. *supra*, § 4.2.1.

[198] Così C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis.*, cit., p. 8.

Per quanto più rileva ai nostri fini, le persistenti aporie interpretative dimostrano che il Tipo criminoso dell'associazione mafiosa non è pienamente espresso *ex ante*, ossia la fattispecie astratta non è idonea ad esprimere un nucleo di disvalore omogeneo: permane quindi l'esigenza di ricercare una 'soglia minima' di tipicità per via giurisprudenziale [199].

4.3. *L'elaborazione giurisprudenziale di "indici di mafiosità"*

Come già accennato, diverse volte negli anni la Cassazione a Sezioni Unite è dovuta intervenire sull'ambito applicativo dell'art. 416-*bis* c.p. [200]. È tornata a farlo con le Sezioni Unite Modaffari nel 2021, a distanza di quarant'anni dall'introduzione della fattispecie nel nostro ordinamento [201], con l'obiettivo di puntualizzare i più recenti esiti interpretativi riguardanti la partecipazione associativa e il metodo mafioso.

Nello specifico, i giudici di legittimità sono chiamati a pronunciarsi su un quesito che riguarda i sodalizi tradizionali: se l'affiliazione rituale ad un'associazione c.d. storica costituisca di per sé un fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione associativa

---

[199] «In un sistema a legalità formale, il metodo mafioso non è, né può diventare, un elemento costitutivo ''eventuale'' del tipo criminoso, la cui sussistenza deve essere provata solo per le nuove associazioni criminali e non anche per quelle tradizionali e per quelle gemmate al nord, ma ancora inerti. Al contrario, è, e deve restare sempre, un requisito modale indefettibile della tipicità e, quindi, oggetto inevitabile di scrupolosa verifica processuale», così G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, cit., p. 965.

[200] In *primis* nelle tre note pronunce a Sezioni Unite sulla configurabilità del concorso esterno in associazione di tipo mafioso *ex* artt. 110 c.p. e 416-*bis* c.p., tutte richiamate nella sentenza in commento in quanto storicamente funzionali a delineare i tratti tipici della partecipazione associativa (e – *à rebours* – del concorso esterno): Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry; Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit.; Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, cit.; tra i contributi monografici sul tema si ricordano in particolare A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, E.S.I., Napoli, 2003; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., spec. p. 136 ss.

[201] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 36958 e i relativi commenti di G. Amarelli, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis c.p. e alternative possibili*, cit.; V. Maiello, *La partecipazione mafiosa: una fattispecie dalla tipicità ancora incerta*, in G. Amarelli (a cura di), *Quarant'anni di 416-bis c.p.*, cit., p. 3 ss.; Id., *La partecipazione associativa tra (fuga della) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., p. 732 ss.; A. Apollonio, *Le Sezioni Unite tra "vecchie" e "nuove" mafie nella valutazione del requisito della partecipazione associativa*, cit., p. 62 ss.; A.M. Di Leverano, *La rilevanza probatoria dell'affiliazione rituale tra indizi e massime d'esperienza*, cit., p. 10 ss.

ex art. 416-*bis* c.p.[202]. Sebbene il contesto empirico-criminologico in cui si inquadra la *questio iuris* sia ben diverso da quello delle nuove forme di manifestazione del fenomeno, nondimeno la Corte coglie l'occasione per una ricostruzione esegetica *unitaria*, che lega insieme "vecchie" e "nuove" mafie[203], rilevando come le significative oscillazioni interpretative che da sempre investono la fattispecie denotino una «tipicità incompiuta»[204] della previsione normativa più che un fisiologico contrasto esegetico attinente ad aspetti del tipo. Si intraprende, dunque, un'operazione volta a "*recuperare la tipicità*" della fattispecie.

4.3.1. *La nozione di metodo mafioso*

In primo luogo, la Corte si sofferma sui tratti tipici del metodo mafioso[205], che, come detto, è stato un punto di contrasto e di dialettica sia in dottrina che in giurisprudenza, specialmente con riferimento alle mafie diverse da quelle tradizionali[206]. Il nucleo problematico riguarda la modalità con cui la 'cosca', per essere ritenuta sussistente dovrebbe estrinsecare la propria forza di intimidazione.

Dopo aver ripercorso le varie tesi[207], i giudici ritengono che la locuzione

---

[202] «La sentenza Modaffari, pronunciandosi sulla rilevanza penale della mera affiliazione rituale, segna il ritorno delle Sezioni Unite nella dialettica discorsiva tesa a co-definire i campi di significato e gli spazi di operatività del proteiforme delitto di associazione di tipo mafioso», così G. Amarelli, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis c.p. e alternative possibili*, cit. p. 787. v. anche G. Turone-F. Basile, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 277 ss. in cui si ricorda come il problema della rilevanza "tipica" dell'affiliazione rituale si è posto anche nel processo che vedeva come imputato Andreotti in cui sono stati provati i suoi rapporti collusivi con Cosa Nostra, anche in mancanza di affiliazione ma in presenza di un contributo causale e di stabili compiti affidati al soggetto, v. Cass., sez. II, 15 ottobre 2004, n. 48641, Andreotti.

[203] Cfr. sul tema R. Sciarrone, *Mafie vecchie*, *mafie nuove. Radicamento ed espansione*, cit., p. 70 ss.

[204] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 7.

[205] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., §§ 5. e 6.

[206] Ebbene, come rileva C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord: una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, p. 367, la questione dell'applicabilità dell'art. 416-*bis* a realtà associative diverse dalle "mafie storiche" si era presentata già dopo pochi anni di vigenza del delitto di associazione di tipo mafioso.

[207] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., § 1.3. La pronuncia richiama il dibattito relativo alla configurabilità di nuove cellule mafiose dislocate in territori differenti da quelli di originaria localizzazione tra chi intende la forza di intimidazione quale un insieme di singoli, determinati, ripetuti e soprattutto attuali atti di minaccia o di violenza, chiaramente riconoscibili, e coloro

«si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo» imponga la necessità, in ossequio ai principî di materialità e offensività, di «riscontrare empiricamente che il sodalizio abbia in termini effettivi dato prova di possedere tale "forza" e di essersene avvalso: solo così può attribuirsi rilievo all'oggettività del metodo mafioso»[208]. Si ritiene, pertanto, necessario che «l'associazione abbia conseguito, in concreto, nell'ambiente circostante nel quale essa opera, un'effettiva capacità di intimidazione, sino a estendere su di sé un alone permanente di paura diffusa, oggettivamente percepibile, che si mantenga vivo anche a prescindere dai singoli atti di intimidazione concreti»; dalla carica intimidatrice «formata, esternata ed obiettivamente percepita» va però tenuto distinto il profilo relativo alle modalità, del tutto libere, con cui tale capacità si esteriorizza[209]. Quindi, se da un lato, secondo la Cassazione, il dato letterale non consente di conferire rilievo alla mera intenzione ma necessita di un *effettivo avvalersi del metodo mafioso*, a conferma della natura di pericolo concreto del delitto in esame (quantomeno rispetto alle sue finalità tipiche)[210], dall'altro non possono sottacersi le diverse modalità di manifestarsi nella prassi del metodo mafioso, specialmente tra le mafie "vecchie" e "nuove" .

Occorre, a tal proposito, distinguere: (i) il metodo "statico"[211], tipico delle mafie tradizionali, che presuppone l'accumulo, nel tempo, di un patrimonio di intimidazione spendibile anche – e soprattutto – in assenza di

---

invece che considerano il fenomeno mafioso come l'instaurazione di un "clima di terrore" dettato dalla "fama" del gruppo. Cfr. *supra*, § 4.2.3.

[208] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 14.

[209] *Ibidem*.

[210] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., § 6: «Se, pertanto, occorre che il sodalizio mafioso, nel contesto di riferimento, abbia realizzato una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile, ciò significa che la natura di pericolo della fattispecie implica che l'organizzazione deve essere concretamente in grado di porre in pericolo l'ordine pubblico, l'ordine economico e la libertà di partecipazione alla vita politica, non essendo sufficiente il mero pericolo che i suoi elementi costitutivi possano manifestarsi». Sulla natura di reato di pericolo o di danno, cfr. *supra*, nota 135.

[211] Tale distinzione concettuale, utile per chiarire la dinamica di alcuni fenomeni delittuosi quale l'estorsione c.d. "ambientale" di tipo mafioso, è stata richiamata da A. Apollonio, *Estorsione ambientale e art. 416-bis.1 c.p. al cospetto dei modelli mafiosi elaborati dalla giurisprudenza metodo mafioso*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3482 ss. È fondamentale ricalcare il fatto che l'attività intimidatrice si sia effettivamente svolta in precedenza, e per un periodo di tempo sufficiente all'infondere l'omertà nella popolazione, come già rilevava G. De Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, cit., p. 309, secondo cui i requisiti dell'assoggettamento e dell'omertà si «ricollegano ad un'attività precedente, perché l'associazione ha acquistato la sua forza proprio in virtù di reiterati comportamenti di violenza e di minaccia».

condotte non esplicite di violenza o minaccia, la cui riprova ruota attorno alla condizione di assoggettamento e omertà in cui versa la popolazione; (ii) il metodo "dinamico", che pare invece essere una linea d'azione obbligata per le "nuove" mafie, tra le quali includiamo le c.d. mafie delocalizzate, straniere, autoctone, le quali, per ottenere una forza di intimidazione tale da ingenerare assoggettamento ed omertà, dovranno fare ricorso ad atti di violenza o minaccia [212].

In entrambi i casi, accanto all'accertamento della forza di intimidazione, la *chiave* per l'accertamento della carica intimidatrice autonoma si fonda sulla riprova dell'assoggettamento e dell'omertà, in quanto il metodo mafioso deve essere «desunto da *circostanze atte a dimostrare la capacità di incutere timore propria dell'associazione* e ricollegabile ad una generale percezione della sua terribile efficienza nell'esercizio della coercizione fisica e/o morale» [213].

In particolare, rispetto alle "nuove mafie", in dottrina si è parlato di una sorta di «*riduzione di scala*» [214] nell'accertamento *fattuale* dei requisiti oggettivi del reato, dovuta al diverso contesto socio-criminologico in cui opera l'associazione, purché sussista il riscontro oggettivo della carica intimidatrice autonoma, in conformità al Tipo criminoso legale. A conferma di questa impostazione, la Corte afferma che il metodo, per la verifica del suo effettivo esercizio, va sempre calato «nel contesto di riferimento» [215],

---

[212] Peraltro, la giurisprudenza ha anche osservato che la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti e che il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non debba tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale, v. già Cass., sez. VI, 10 giugno 1989, n. 11204, Teardo, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., p. 1182 ss. e in seguito nella fase cautelare del processo "Mafia Capitale", Cass., 10 aprile 2015, n. 24535, e n. 24535, in *Cass. pen.*, 1, 2016, p. 125, con nota di A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, I, 2016, p. 128.

[213] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 15; nello stesso senso già la pronuncia Cass., sez. II, 12 settembre 2013, n. 44315, Cicero, cit.

[214] In questi termini, C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, cit., p. 5 ss. Registra criticamente l'applicazione della fattispecie partecipativa in chiave di tipicità 'variabile' in base al contesto in cui si applica la fattispecie anche L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., p. 10.

[215] Sulla "tipicità di contesto" dell'associazione di tipo mafioso v. già i rilievi di A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p*., cit., p. 54, il quale rileva che «la scabrosità del problema deriva essenzialmente dalla perversa sinergia fra una

derivandone che l'organizzazione deve essere concretamente in grado di porre in pericolo l'ordine pubblico, l'ordine economico e la libertà di partecipazione alla vita politica, non essendo sufficiente il mero pericolo che i suoi elementi costitutivi possano manifestarsi [216].

Invero, ai fini della 'caratterizzazione' di una forza di intimidazione *esteriormente riconoscibile* rispetto alla consorteria criminale atipica, la giurisprudenza di legittimità aveva già elaborato '*indici di mafiosità*', quali, a titolo esemplificativo: (i) *l'intensità* del vincolo di assoggettamento omertoso; (ii) la natura e le forme di manifestazione degli *strumenti intimidatori*; (iii) gli specifici settori di intervento e *la vastità dell'area* attinta dalla egemonia del sodalizio; (iv) le molteplicità *dei settori illeciti di interesse*; (v) *la caratura criminale* dei soggetti coinvolti; (vi) la *manifestazione esterna* del potere decisionale; (vii) la *sudditanza degli interlocutori istituzionali e professionali* [217]; in relazione all'acquisita 'autonomia' di un nuovo gruppo criminale rispetto ai gruppi storici, si aggiungevano anche ulteriori indicatori fattuali come: (i) le modalità con cui sono *commessi i delitti-scopo*; (ii) la disponibilità di armi e il *conflitto con le tradizionali associazioni operanti sul territorio* [218].

Sotto questo profilo, le Sezioni Unite, si limitano a richiamare la giurisprudenza precedente, affermando che per assoggettamento deve intendersi lo stato di sottomissione alla volontà del gruppo e al suo potere; per omertà, invece, il rifiuto, dettato essenzialmente dal timore di vendette e di ritorsioni, a collaborare con gli organi dello Stato in situazioni che non

---

descrizione tipica del reato ad un tempo zeppa (di *elementi di contesto*) e silente (sulla *fisionomia della condotta punibile*) le quali – ad onta del richiamo a «massime di esperienza dotate di empirica plausibilità» – arrestano la motivazione ad uno stadio intuitivo-impressionistico. Da questa situazione deriverebbe non soltanto la funzionalizzazione del tipo legale al tema della prova, ma, più in generale, il peso decisivo del contesto "ambientale" che diventa «dirimente nell'adottare una determinata impostazione ricostruttiva intorno ai caratteri obiettivi del reato associativo e all'accertamento di una reale o virtuale capacità di intimidazione», da un lato; e, dall'altro lato, il peso di pregiudiziali socio-criminologiche» (corsivi aggiunti); v. anche Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 135, sul tema già G. Di Vetta, *Tipicità e prova*, cit., p. 24 ss.

[216] Una conclusione che recentemente veniva ribadita nella nota sentenza di legittimità sulla vicenda "Mafia Capitale" (sez. VI, 22 ottobre 2019 (dep. 12 giugno 2020), n. 18125), su cui, G. Amarelli-C. Visconti, *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *Sist. pen.*, 18 giugno 2020; sia consentito il rinvio anche a F. Vitarelli, *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, cit., p. 15 ss.

[217] Cass., sez. II, 29 novembre 2019, n. 10255, Fasciani, cit., v. già *supra*, Cap. I, nota 36.

[218] Cass., sez. VI, 1 marzo 2017, n. 27094.

necessariamente devono assumere i caratteri dell'assolutezza e dell'invincibilità [219].

Del resto, trattandosi di concetti elastici, la necessità di riferirsi a parametri esterni per 'riempirli' di contenuto ci pare un esito inevitabile. In assenza di indicazioni a livello normativo, la giurisprudenza sarà necessariamente portata a ricostruirne il significato *ex post*, attraverso 'indici di mafiosità', con il rischio però – come avvenuto nel caso delle "mafie silenti" [220] – che la prassi incida sulla definizione del Tipo stesso, specialmente in presenza delle c.d. "nuove mafie". A conferma di ciò, la stessa Corte di cassazione, ritornando di recente sul metodo mafioso di cui al terzo comma, ne ha evidenziato la "*tipicità fluida*", che rimette di fatto la definizione dei concetti elastici di assoggettamento e omertà alle pregiudiziali socio-criminologiche, che entrano nel processo sotto forma di massime di esperienza [221].

4.3.2. *La nozione di partecipazione associativa*

Dopo aver affrontato le questioni interpretative inerenti al metodo mafioso, la Corte ritorna sulla nozione di partecipazione punibile. Come anticipato, l'art. 416-*bis* c.p. si limita ad affermare che il "far parte" dell'associazione comporta per ciò solo l'applicazione della sanzione penale. L'oggettiva carenza definitoria del disposto normativo ha reso da sempre molto complessa l'attività interpretativa volta a chiarire i confini della tipicità plurisoggettiva [222]. Si è reso dunque inevitabile il ricorso a massime di esperienza di matrice sociologica per comprendere il reale significato di comportamenti che – anche se di per sé privi di rilevanza penale – inseriti in un determinato contesto vanno a connotare il disvalore tipico della fattispecie.

In particolare, la Cassazione, a partire dalle precedenti pronunce delle

---

[219] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 15, § 6.

[220] Cfr. *supra*, § 4.2.3.

[221] Così Cass., sez. II, 24 ottobre 2023, n. 48278, § 1.1.: «La riferibilità del modello associativo a realtà criminali diverse da quelle che ne hanno determinato la necessità punitiva ha reso necessario, in considerazione dell'evoluzione storica delle mutevoli modalità operative delle associazioni criminali, optare per *un'interpretazione dinamica degli elementi costitutivi della fattispecie*, ed, in particolare, del "metodo mafioso", della forza intimidatrice e del conseguente effetto dell'assoggettamento omertoso tipizzati dall'art. 416-bis c.p., comma 3, in modo tale da costruire un modello di tipicità *fluida e ripetibile*, adattabile a tutti quegli schemi di organizzazione criminale che, pur non inquadrandosi perfettamente nelle categorie già note, perseguano, nondimeno, scopi corrispondenti a quelli delle associazioni tradizionali».

[222] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 16, § 7.

Sezioni Unite sul punto, individua una serie di *indici di rilevanza della partecipazione punibile*, «che si elevano ad *elementi costitutivi* della fattispecie»[223], ossia: (i) l'effettivo *ingresso* nel sodalizio, anche se non accompagnato da un particolare rituale; (ii) il riconoscimento dell'associato da parte del gruppo e la speculare *accettazione* da parte dei sodali; (iii) *l'adesione alle regole* dell'accordo associativo; (iv) la conseguente assunzione dello *status* di *membro* da parte del neoentrato.

Quanto poi alla modalità con la quale *in concreto* si può manifestare la partecipazione, si opera ancora una volta una distinzione, tra mafie *vecchie* e *nuove*: (a) da un lato, vi è la modalità d'ingresso "formale" nel sodalizio, propria delle mafie tradizionali, in cui il "battesimo" rituale è notoriamente il presupposto per lo stabile inserimento nell'organigramma associativo da parte del sodale; (b) dall'altro lato, vi sono altre attività causalmente orientate a favore dell'associazione, da cui si deduce, indubitabilmente, la fidelizzazione dei comportamenti e il rispetto delle gerarchie. Una *effettiva* "messa a disposizione", appunto.

Sotto il profilo dell'accertamento processuale, la Suprema Corte introduce quindi la *distinta* nozione di *indici probatori*[224], affermando che «l'adesione al sodalizio in forme rituali, coerentemente con i principî di materialità e offensività, non può essere da solo un indice sufficiente a integrare il requisito della partecipazione, ma impone la ricerca di ulteriori elementi che possono comprovare l'effettiva e stabile intraneità e rendere certa e potenzialmente duratura la messa a disposizione del soggetto»[225].

---

[223] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., § 8.3., p. 18, in cui si richiamano le precedenti pronunce delle Sezioni Unite: Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry, cit.; Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit.; Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, cit., v. *infra*, § 4.3.3. per un approfondimento della questione.

[224] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., § 9, p. 21, richiamando Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, cit.; mentre in un passaggio precedente (*ivi*, p. 18) la Corte parla di indici "che si elevano a elementi costitutivi della fattispecie", riprendendo, in particolare, Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry, cit., cui aderiscono le successive pronunce a Sezioni Unite, v. nota precedente.

[225] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., § 12.4., p. 37 in cui la Corte richiama la "dote" di 'ndrangheta, non solo perché il caso concreto riguarda una cosca 'ndranghetista tradizionalmente presente, da decenni, sul territorio, ma anche perché una tale affiliazione – maggiormente qualificata – è stata parametro di giudizio nella sentenza "Pesce" (Cass., 17 giugno 2016, n. 55359, Pesce). Le doti (o "fiori") sono dei conferimenti, in seno all'organizzazione di stampo mafioso definita come 'ndrangheta, simili ai gradi delle forze dell'ordine ma in opposizione ad essi, eppure, afferma la Corte, «non è possibile ritenere che il possesso di una "dote" equivalga ad indefinita partecipazione all'associazione, così che, una volta certificato quel possesso, non

L'impostazione adottata è, almeno apparentemente, coerente con il modello 'misto' [226] tendenzialmente consolidatosi con le Sezioni Unite Mannino del 2005 [227], secondo cui non è sufficiente il *mero inserimento* nell'organizzazione, ma è necessario un *riscontro* circa la stabile adesione ai fini perseguiti e ai metodi utilizzati [228]. In questo senso, la Corte, con il proposito di

vi è alcun bisogno di un concreto accertamento in ordine alla partecipazione e al suo protrarsi nel tempo»; occorre insomma, necessariamente, la «prova della correlazione tra affiliato ed associazione [che] si rivela con riferimento al significato da attribuire al possesso della "dote"». Si apprezza qui una divergenza rispetto alla sentenza "Pesce", in quanto in questo caso si dava un significativo rilievo ad un elemento marcatamente *organizzativo-sociologico*, quale è il conferimento di un "alto" grado di 'ndrangheta come la "dote", affermando che, a differenza della 'mera affiliazione', il conferimento di questa implica per massima di esperienza quantomeno l'avvenuta attivazione del soggetto nell'ambito associativo. Le Sezioni Unite intendono però chiarire che il possesso di una "dote" non può di per sé equivalere al riconoscimento in concreto dei tratti tipici della partecipazione associativa, così tentando di tracciare una distinzione tra elementi 'costitutivi' ed elementi 'di prova'. Cfr. sul raffronto con la sentenza 'Pesce', A. Apollonio, *Le Sezioni Unite tra "vecchie" e "nuove" mafie*, cit., p. 94 ss.; V. Maiello, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle sezioni unite*, *Nota a Cass.*, *sez. I*, *ord. 28 gennaio 2021 (dep. 9 febbraio 2021)*, *n. 5071*, cit., p. 8 ss.

[226] Il modello prescelto dalle Sezioni Unite è formalmente misto, ma *sostanzialmente organizzatorio* secondo G. Amarelli, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis c.p. e alternative possibili*, cit., p. 790 s. e V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga della) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., p. 738, il quale rileva che «a una tipicità indebolita sul piano semantico e affievolita su quello dell'offesa, si contrappone *un ruolo preponderante assegnato alle dinamiche probatorie*. Tale conclusione è avallata dal riferimento alle massime di esperienza, intese quali generalizzazioni empiriche tratte dalla casistica delle vicende di funzionamento delle associazioni mafiose, che – lungi dall'esaurire il compito ricostruttivo del giudice – accentua la complessità delle incombenze probatorie, trattandosi di un ragionamento che delinea mere ipotesi esplicative esposte alla falsificazione di spiegazioni alternative» (corsivo aggiunto).

[227] Cfr. sul punto C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, cit., p. 5 ss.

[228] In particolare, la sentenza argomenta che, per la punibilità dell'agente a titolo di partecipazione, si rende necessaria la verifica dimostrativa della ricorrenza di un duplice aspetto: (a) sul terreno soggettivo, l'*affectio societatis*, ossia la consapevolezza e volontà del singolo di far parte stabilmente del gruppo criminoso con piena condivisione dei fini perseguiti e dei metodi utilizzati; (b) sul piano oggettivo, il "fattivo inserimento" nell'organizzazione criminale, attraverso la ricostruzione di un "ruolo" svolto dall'agente o, comunque, di singole condotte che, per la loro particolare capacità dimostrativa, possono essere ritenute quali "indici rivelatori" dell'avvenuto inserimento nella realtà dinamica ed organizzativa del gruppo, non potendosi ritenere sufficiente la mera ed astratta "messa a disposizione" delle proprie energie, dato che ciò, oltre a costituire un dato di notevole evanescenza sul piano dimostrativo, si porrebbe in insanabile contrasto con il fondamentale principio di materialità delle condotte punibili di cui all'art. 25 Cost. Così Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 21.

un «irrinunciabile recupero di una dimensione probatoria»[229], procede a elencare una serie di circostanze che costituirebbero appunto gli indici "probatori" dai quali possa inferirsi il "fattivo inserimento" del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio, vale a dire: (i) la "*qualità*" dell'adesione e il tipo di percorso che l'ha preceduta; (ii) la dimostrata *affidabilità criminale* dell'affiliando; (iii) la "*serietà*" del contesto ambientale in cui la decisione è maturata; (iv) il rispetto delle *forme rituali* anche con riferimento all'accertamento dei "poteri" di chi sceglie, di chi presenta e di chi officia il rito dei nuovi adepti; (v) la *tipologia* del reciproco impegno preso; (vi) la misura della *disponibilità pretesa e/o offerta*; (vii) ogni altro elemento di fatto che, sulla base di tutte le fonti di prova utilizzabili e di comprovate massime di esperienza, costituisca circostanza concreta, capace di rendere *inequivoco e certo il contributo attuale* dell'associato a favore della consorteria mafiosa. Tali sarebbero gli indici "rivelatori" della partecipazione associativa a livello di *accertamento fattuale*, capaci di fungere da criterio metodologico di verifica processuale, da calibrare caso per caso, in ragione della situazione concretamente considerata.

4.3.3. *Segue. Gli "indici di mafiosità" tra tipicità e prova*

Occorre a questo punto soffermarsi sulla distinzione proposta dalle Sezioni Unite tra gli '*indici di tipicità*', considerati come veri e propri elementi costitutivi della partecipazione punibile, e gli '*indici probatori*', rilevanti sul piano dell'accertamento fattuale. Il ragionamento dei giudici di legittimità sembra infatti essere mosso da *due diverse esigenze*, che occorre tenere

[229] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 33, cfr. di recente, nella prospettiva dell'individuazione di 'indici probatori' della partecipazione punibile, Cass., sez. VI, 8 febbraio 2024, n. 9444: «gli indici evidenziati si collocano all'interno dell'alveo di legittimità secondo il quale la condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso si caratterizza per lo stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa dell'associazione, idoneo, per le specifiche caratteristiche del caso concreto, ad attestare la sua 'messa a disposizione' in favore del sodalizio per il perseguimento dei comuni fini criminosi, risultando comportamento concludente, idoneo a costituire indizio di intraneità al sodalizio criminale: (i) l'essere posto a conoscenza dell'organigramma e della struttura organizzativa delle cosche della zona, dell'identità dei loro capi e gregari, dei luoghi di riunione, degli argomenti trattati; (ii) nonché l'essere stato ammesso a partecipare ad incontri deputati all'inserimento di nuovi sodali; (iii) ancora, considerandosi comportamento concludente idoneo, sul piano logico, a costituire indizio di intraneità al sodalizio criminale la partecipazione a più riunioni organizzative tenute in un immobile riconosciuto quale "sede" organizzativa del gruppo criminale, non essendo ipotizzabile che un estraneo possa essere più volte ammesso a tali consessi», v. anche già Cass., sez. VI, 22 dicembre 2023, n. 2112; Cass., sez. VI, 22 dicembre 2023, n. 5930; Cass., sez. VI, 7 dicembre 2023, n. 238; Cass., sez. II, 24 ottobre 2023, n. 48278.

distinte: il recupero della tipicità della condotta di partecipazione e la sua dimensione probatoria [230].

Non a caso, in un primo momento, la Corte si riferisce agli indici di 'rilevanza' della partecipazione punibile, che si elevano ad elementi costitutivi della fattispecie e *connotano il disvalore complessivo del fatto associativo*; in un secondo momento, elenca una serie di indici probatori che, accompagnati alla affiliazione rituale, possono confermare *a livello di accertamento fattuale* la sussistenza di un contributo *ex* art. 416-*bis* c.p. [231].

Secondo le Sezioni Unite è fondamentale tenere distinti i due piani, perché le derive formalistiche di alcuni orientamenti giurisprudenziali sulla partecipazione punibile sono nate proprio dalla malintesa collocazione di elementi attinenti al materiale probatorio – come l'affiliazione rituale [232] – tra gli elementi costitutivi della tipicità criminosa.

Ciò che è necessario rilevare ai fini della presente analisi è che in precedenza, con riferimento al metodo mafioso, la Corte aveva elaborato indici fattuali funzionali a denotare una forza di intimidazione *esteriormente*

---

[230] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 8. Secondo A. Apollonio, *Le Sezioni Unite tra "vecchie" e "nuove" mafie*, cit., p. 99 ss., la carenza del tipo descrittivo non può ravvisarsi nel dato partecipativo, a cui si collega solo e soltanto *un problema di prova* dell'inserimento nella struttura; v. anche V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga della) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., p. 738, secondo cui «nella formulazione del principio di diritto [Le Sezioni Unite] convertono *apertis verbis* un limpido problema di configurabilità del reato in una questione *processuale/cautelare di gravità indiziaria*(!)» (corsivi aggiunti). Sulla necessaria distinzione delle due dimensioni della tipicità e della prova cfr. A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 54 ss.; G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 15 ss.

[231] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., pp. 18-21, in cui si richiamano le precedenti pronunce delle Sezioni Unite: Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry; Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit.; Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, cit., enucleando, rispettivamente, quali indici della partecipazione punibile: (i) l'effettivo ingresso nel sodalizio, anche se non accompagnato da un particolare rituale; (ii) il riconoscimento dell'associato da parte del gruppo e la speculare accettazione da parte dei sodali; (iii) l'adesione alle regole dell'accordo associativo; (iv) la conseguente assunzione dello status di membro da parte del neoentrato; quali indici probatori, a titolo esemplificativo: i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", l'affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti-scopo oltre a molteplici, variegati e però significativi *facta concludentia*.

[232] Oltre all'affiliazione rituale, un altro elemento di prova tradizionalmente 'convertito' in elemento costitutivo è l'assunzione della mera qualifica di «uomo d'onore»: su questo aspetto, G. De Francesco, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3502 ss.

riconoscibile, ma solo ai fini dell'accertamento processuale, senza alcuna pretesa, almeno 'a parole', di intervenire per colmare la carenza di tipicità della fattispecie; mentre, in questo caso, al di là del piano probatorio, il Supremo collegio ha avvertito l'esigenza di intervenire dichiaratamente sul piano *sostanziale*, distinguendo gli indici che – valorizzando il *disvalore di contesto* – contribuiscono a *definire* la partecipazione punibile da quelli che chiama "indici probatori" [233]. La giurisprudenza, dunque, si sostituisce al legislatore nell'individuazione degli elementi contestuali che connotano la tipicità plurisoggettiva.

4.4. *Pregiudiziali socio-criminologiche e definizione del Tipo criminoso*

Come si è detto nell'introdurre la fattispecie analizzata, la tecnica di tipizzazione adottata dal legislatore per descrivere l'associazione mafiosa è tutto fuorché una «gabbia linguistica "chiusa e invincibile", presentando piuttosto plurimi elementi elastici, che, alla stregua di polmoni utili a far respirare alla norma l'aria del tempo che vive» [234] consentono di adeguare la norma ai mutamenti storico-sociali, e di assicurarne quindi il funzionamento nel corso del tempo.

Tuttavia, come già sottolineato, un conto è l'elasticità della fattispecie che può comportare l'interpretazione più o meno estensiva del suo contenuto all'interno del Tipo criminoso legale, un altro conto è la *carenza di tipicità*, che fa sì che le condotte punibili non siano facilmente riconoscibili *ex ante* ma solo *ex post*, a seguito di una (ri-)costruzione giurisprudenziale del Tipo criminoso [235]. In assenza di una chiara e precisa indicazione legislativa, è rimessa al giudice la definizione dei tratti 'costitutivi' della fattispecie, con il rischio, più volte evidenziato, di confondere il piano della tipicità con quello

---

[233] Sull'elaborazione giurisprudenziale di indici *ex* art. 416-*bis* c.p. v. A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 54; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 135; v. anche G. FIANDACA-A. MERLO, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, cit., p. 780 ss.

[234] Cfr. C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2015, p. 5; cfr. anche G. FIANDACA, *Ermeneutica ed applicazione giurisprudenziale del diritto penale*, cit., p. 361.

[235] Sul punto R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'*inquisitio generalis*?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 569; ID., *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 534; G. FIANDACA, *Ermeneutica ed applicazione giurisprudenziale del diritto penale*, cit., p. 361 ss.; ID., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 176 ss.; G. INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 579 ss.

della prova [236], fissando i contenuti precettivi dell'illecito associativo sulla base delle esigenze repressive del caso concreto.

Una recente riprova della *permeabilità* alle vicende processuali della fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p. è stata offerta dalla già menzionata "*rivisitazione*" [237] dei tratti tipici del metodo mafioso rispetto alle nuove mafie, che ha avuto conseguenze anche sul piano alla tipicità plurisoggettiva del fatto associativo. Sotto quest'ultimo profilo, non potendosi in tali contesti desumere la partecipazione da circostanze di fatto tradizionalmente riconducibili all'affiliazione alle mafie storiche, come il "rito" di iniziazione che segnava l'ingresso nell'associazione tradizionale, e risultando, di conseguenza, più difficile la prova dello stabile inserimento all'interno dell'organizzazione attraverso il c.d. modello 'organizzatorio', è stato "riscoperto" il paradigma 'causale' [238], più adatto ad inquadrare la "messa a disposizione" nel contesto delle nuove mafie.

Si può quindi riscontrare una stretta interdipendenza tra il recente ampliamento dell'ambito di operatività del 416-*bis* c.p. alle "nuove mafie" e l'esigenza di un nuovo intervento nomofilattico per tentare di circoscrivere i tratti tipici della partecipazione punibile: ciò è tanto vero che, nella sentenza delle Sezioni Unite Modaffari, la questione dell'interpretazione del

---

[236] Cfr. V. Maiello, *La partecipazione mafiosa: una fattispecie dalla tipicità ancora incerta*, G. Amarelli (a cura di), *Quarant'anni di 416-bis c.p.*, cit., p. 21, secondo cui «Le Sezioni Unite convertono *apertis verbis* un limpido problema di configurabilità del reato in una questione processuale di gravità indiziaria», "scaricando" sul versante degli indici probatori il quesito nomofilattico a detrimento delle istanze di ricostruzione strutturale della fattispecie criminosa espressiva del tipo legale; Id., *La partecipazione associativa tra (fuga della) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., p. 739: «A risultare sovvertito è il regime delle righe su cui dovrebbe svilupparsi il dialogo tra diritto penale (riflesso nel tipo legale criminoso) e processo (nella sua declinazione probatoria): alla funzione del primo di perimetrare l'oggetto del secondo, si sostituisce la pretesa della prova di strutturare *ex post* la materia del divieto».

[237] In questi termini C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, cit., p. 5 ss.; v. anche in argomento L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., p. 10 ss.

[238] Cfr., tra le altre, Cass., sez. II, 3 maggio 2012, D'Ambrogio e altri; di recente Cass., sez. II, 9 febbraio 2024, n. 9840, cit., §1.1.: «Si è coerentemente affermato che la condotta non penalmente rilevante di mera "contiguità compiacente", così come la "vicinanza" o "disponibilità" nei riguardi di singoli esponenti, anche di spicco, del sodalizio mafioso, non costituiscono comportamenti sufficienti ad integrare la condotta di partecipazione all'organizzazione, ove non sia dimostrato che l'asserita vicinanza a soggetti mafiosi si sia tradotta in un vero e proprio contributo, avente effettiva rilevanza causale, ai fini della conservazione o del rafforzamento della consorteria». Per la ricostruzione dei due modelli 'di partecipazione punibile', rispettivamente 'causale' e 'organizzatorio' e per la già menzionata 'riscoperta' del paradigma causale, v. *supra* § 4.1.

metodo mafioso viene affrontata *prima* della questione dell'interpretazione della tipicità plurisoggettiva del fatto associativo.

Tuttavia, nonostante quest'ultimo apprezzabile sforzo di "*recupero della tipicità*" da parte della giurisprudenza, a fronte di concetti imprecisi ed elastici permane ancora un'inaccettabile *interferenza tra profili sostanziali e dinamiche probatorie*, in cui entrano in gioco fattori extra-testuali, ed extrapenali, che incidono sul ragionamento giudiziario. Le pregiudiziali socio-criminologiche, che entrano nel processo sotto forma di massime di esperienza, continuano a esercitare, infatti, un ruolo cruciale al momento di circoscrivere la condotta di partecipazione (rispetto al concorso esterno), nonché nella definizione delle caratteristiche del metodo mafioso [239].

In particolare:

(a) Sotto il profilo dell'individuazione dei tratti tipici della partecipazione punibile, l'influenza delle pregiudiziali socio-criminologiche è dovuta al fatto che il rinvenimento del significato di tale condotta è *delegato* di fatto agli interpreti. Infatti, il legislatore non precisa in che cosa debba consistere il "far parte" di un'associazione. La determinazione dei tratti di tipicità della condotta di partecipazione punibile è stata quindi affidata all'interprete, che ha oscillato tra l'adozione del modello 'causale' e quello 'organizzatorio' [240], fino ad approdare al modello 'misto', come detto, solo "tendenzialmente" consolidatosi a seguito delle Sezioni Unite Mannino del 2005 [241].

---

[239] Sul tema si rinvia a G. Fiandaca, *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto*, cit., p. 357 ss.; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 693 ss.; G. Borrelli, *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della "contiguità mafiosa"*, in *Cass. pen.*, 3, 2007, p. 1086 ss.

[240] Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, II, p. 453 ss., nel cui *iter* motivazionale, si ripercorrono le oscillazioni interpretative tra i due modelli di partecipazione, 'causale' e 'organizzatorio'. Su questo tema v. G. Fiandaca, *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, in M. Barillaro (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, cit., p. 42 ss.; R. Orlandi, *Le peculiarità del tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 534 ss.; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 235 s.

[241] Come già sottolineato, si concretizza in un *quid pluris* rispetto al mero fatto di associarsi, senza però la necessità di provare la realizzazione delle finalità dell'associazione. Cfr. Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2, 2006, p. 81 ss. Per un'adesione (quantomeno formale) al modello 'misto', valorizzando molto la componente 'organizzatoria' da ultimo, Cass., sez. un., 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 36958. Abbiamo peraltro rilevato che, con l'avvento di nuove forme di manifestazione del fenomeno mafioso, la c.d. affiliazione rituale, che spesso caratterizzava nella prassi il modello 'organizzatorio', non è più un criterio discriminante per segnare l'ingresso del partecipe nell'associazione. Di conseguenza la giurisprudenza di legittimità, influenzata dal materiale probatorio disponibile nel processo, è sembrata ritornare su una

(b) Analogamente, e – forse – a *fortiori,* sotto il profilo dell'interpretazione del metodo mafioso si può riscontrare un significativo ricorso alla *precomprensione* del sapere extragiudiziale, che condiziona la ricostruzione della stessa fattispecie legale tipica. Infatti, le caratteristiche della forza dell'intimidazione derivante dal vincolo associativo, della condizione dell'assoggettamento e dell'omertà, dopo aver contribuito a costruire *ab imis* la stessa disposizione penale di cui all'art. 416-*bis* c.p. [242], essendo di per sé dei concetti elastici hanno originato risultati processuali che, a loro volta, hanno influenzato i successivi momenti di "valutazione probatoria" [243] e, in ultima istanza, la stessa tipicità. È quanto si è verificato, ad esempio, nelle vicende giudiziarie legate alle infiltrazioni delle mafie delocalizzate nelle aree tradizionalmente refrattarie alle dinamiche del controllo mafioso: in tale ambito, come già sottolineato, si è registrata la tendenza a differenziare tanti "*sotto-tipi associativi*" quanti sono i differenti contesti di radicamento o le speciali caratteristiche antropologico-culturali del fenomeno criminale in esame [244].

Invero, la necessità di ricostruire il retroterra ambientale e il contesto socio-culturale e socio-economico, come premessa irrinunciabile del procedimento ermeneutico, deriva dal fatto che la fattispecie incriminatrice è stata legislativamente tipizzata mediante elementi a forte connotazione socio-criminologica: è dunque la stessa tecnica legislativa a indurre il giudice a utilizzare anche saperi e parametri extra-giuridici per vagliare la corrispondenza tra fatto concreto e modello delittuoso.

Del resto, che il processo penale non possa fare a meno di un sapere extragiudiziale preformato e progressivamente accumulatosi, trasfuso in dati esperienziali che fungono da "nutrimento" alle prove indiziarie, è ormai un

---

prospettiva – di fatto – meramente 'causale', che tende ad assorbire ogni considerazione in ordine al ruolo assunto dall'agente nel contesto organizzativo. Cfr. Cass., sez. II, 9 febbraio 2024, n. 9840, cit., § 1.1.: «Si è coerentemente affermato che la condotta non penalmente rilevante di mera "contiguità compiacente", così come la "vicinanza" o "disponibilità" nei riguardi di singoli esponenti, anche di spicco, del sodalizio mafioso, non costituiscono comportamenti sufficienti ad integrare la condotta di partecipazione all'organizzazione, ove non sia dimostrato che l'asserita vicinanza a soggetti mafiosi si sia tradotta *in un vero e proprio contributo*, avente effettiva rilevanza causale, ai fini della conservazione o del rafforzamento della consorteria» (corsivo aggiunto).

[242] Sul punto F. Bricola, *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legisl. pen*., 1983, p. 241.

[243] In questi termini, G. Fiandaca, *Diritto penale e processo*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 77.

[244] Sul punto C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis*, cit., p. 15.

dato acquisito [245]. Il problema, quindi, non è l'utilizzo in sé di questi dati esperienziali, i quali, invero, non possono essere banditi dal processo, ove si discute di vicende umane, bensì, come è stato riscontrato in dottrina, dal cattivo uso dei medesimi o, addirittura, dall'abuso del "notorio", quale *surrogato* dell'accertamento concreto delle singole responsabilità [246].

Come si è inteso dimostrare nell'affrontare il presente caso di studio, le distorsioni sul piano applicativo derivano dall'incapacità della fattispecie astratta di esprimere *ex ante* un univoco nucleo di disvalore di fondo, *i.e.* il Tipo criminoso, che consentirebbe, al di là dei mutamenti interpretativi che possono derivare da evoluzioni storico-sociali, di circoscriverne chiaramente l'ambito di operatività all'interno di una determinata cornice semantica [247].

Così com'è formulata, pregna di elementi *elastici*, la fattispecie è destinata a rimanere costantemente in bilico tra l'interpretazione estensiva nei limiti del Tipo legale, e il superamento dei confini dell'area semantica ad esso riconducibile, che inevitabilmente sfocia nell'analogia *in malam partem* [248].

5. *L'esito dell'analisi dei casi di studio: un primo bilancio*

Nei casi di studio esaminati trova conferma quanto sostenuto nel primo capitolo: l'attività interpretativa comporta – fisiologicamente – l'interazione tra testo e contesto nel processo ermeneutico, ma occorre isolare concettualmente le condizioni che rendono *strutturalmente* necessario il ruolo del contesto non solo sotto il profilo identificativo, nel momento della sussunzione 'dal concreto all'astratto', ma anche sotto il profilo *valoriale*, nella misura in cui si rivela funzionale a far emergere il disvalore complessivo del Fatto.

A tal fine, si è inteso fornire alcune esemplificazioni delle situazioni in cui il Tipo criminoso emerge solo a seguito del confronto con *l'ambientamento*

---

[245] Sul punto, in particolare, P. Maggio, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, cit., p. 491 ss.; Id., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, cit., 2010, p. 366 ss.; Id., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 199 ss.

[246] Così P. Maggio, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, cit., *ibidem.*

[247] Cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia 2008*, cit., p. 498: «il contesto, sia testuale, sia situazionale, gli argomenti interpretativi e le tesi dogmatiche operano all'interno della cornice e non la determinano: essi servono a scegliere tra i significati possibili di un enunciato normativo, ad argomentare a favore di uno di essi».

[248] Così G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 356.

tipico della condotta, che la giurisprudenza ricostruisce *ex post,* attraverso le circostanze di fatto che emergono nel processo, *i.e.* gli indici. Abbiamo riscontrato come il diritto vivente operi sulla fattispecie legale consegnata al processo una selezione 'alla luce del contesto' dei contenuti tipologici concretamente esperibili in sede di accertamento: alla selezione primaria, svolta dal legislatore, si aggiunge un'impropria selezione *processuale*, la cui pervasività sulla struttura della fattispecie dipende dal materiale probatorio di volta in volta disponibile nonché dalle massime di esperienza, tratte da *pregiudiziali socio-criminologiche* relative ad un determinato fenomeno ovvero da *comportamenti* già formalizzati descritti da fonti extra-penali.

Si registra così una forma di manifestazione del più ampio fenomeno della "processualizzazione del fatto tipico", che si traduce in un'*interazione patologica* tra logica probatoria, massime di esperienza utilizzate dal giudice e identificazione del Tipo criminoso e, in ultima istanza, degli stessi elementi costitutivi del reato.

In linea di principio, con riferimento a una simile distorsione prasseologica, in dottrina è stato rilevato che la mancata definizione a livello di fattispecie astratta dell'oggetto della prova può determinare una sorta di «adattamento biologico»[249] della categoria sostanziale della tipicità allo standard di prova utile alla decisione, chiamato a compensare l'originario difetto della disposizione; il *deficit* di tecnica normativa conduce quindi a una «fissazione giurisprudenziale dei contenuti precettivi»[250] dell'illecito sulla base delle esigenze repressive del caso concreto[251].

I rischi specifici della tipicità aperta alla "conformazione" giudiziaria sono fondamentalmente rappresentati, riprendendo le osservazioni di Padovani, dalla «selettività tendenziosa e dall'interscambio dei piani di valutazione»[252]: quando l'oggetto della prova non è definito in termini normativi certi, *la prova stessa tende a surrogare il suo oggetto*[253]. Alla selettività tendenziosa si collega

---

[249] L'espressione è di G. Insolera, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 579 ss.

[250] Così A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 846 ss.

[251] Sul punto, v. G. Insolera, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., p. 579.

[252] In questi termini citato da A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., p. 95.

[253] «Nel senso che l'elemento di cui essa diventa ad un tempo significativo sul piano reale (come elemento della *notitia criminis*, come *corpus delicti*) e su quello sintomatico (come elemento che rimanda presuntivamente ad un contesto più ampio e significativo)»: icastica immagine offerta da T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., p. 539.

poi il secondo rischio, rappresentato dall'interscambio dei piani di valutazione, per cui «una stessa circostanza assume valore reale sul piano sintomatico, e, trattata sul piano sintomatico, determina una ricaduta reale, come in un gioco di specchi»[254].

Lo scambio tra oggetto e mezzo della prova fa sì che «fattori processuali attraverso la loro rilevanza sintomatico-probatoria, sostituiscono i corrispondenti elementi oggettivi, che in realtà non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, cosicché il profilo dell'accertamento si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto o della categoria penalistica, secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale»[255]. La «perversa sinergia»[256] fra descrizione tipica del reato e peso degli elementi probatori disponibili nel processo, ad onta del richiamo a «massime di esperienza dotate di empirica plausibilità»[257], rischia così di arrestare la motivazione ad uno stadio «intuitivo impressionistico»[258]. Si è parlato, con espressione efficace, di un «adeguamento pragmatico, a geometria variabile, dell'oggetto della prova alle prove che dell'oggetto si hanno ed, ancor prima, al tipo di indagini preliminari che si sono condotte»[259]; una tendenza rilevata da tempo risalente nei settori cui appartengono i casi esaminati, ossia negli studi sulla criminalità organizzata[260] e nel diritto penale

---

[254] T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., *ibidem.*

[255] Così T. Padovani, *Corso di lezioni di diritto penale*, cit., p. 84, successivamente ripreso da A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., p. 96.

[256] In questi termini, A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 54.

[257] Cfr. Cass., sez. un., 12 luglio 2005, cit., § 5.

[258] L'espressione è di G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 20.

[259] Così, A. Cavaliere, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., p. 146 in relazione ai reati associativi, secondo cui il pubblico ministero tende a costruire l'imputazione «a misura del materiale probatorio di cui dispone, a costo di tralasciare o di impoverire qualche elemento della fattispecie associativa astratta, oppure di presumere la prova e questo modo di procedere viene, talora, assecondato dal giudice». cfr. anche S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., p. 101 ss.

[260] Il tema meriterebbe una trattazione a sé. Ci si limita quindi a segnalare alcuni tra i contributi che esprimono una singolare sensibilità al problema della formulazione della contestazione, come essenziale riflesso del principio di tipicità, a cominciare da G. Fiandaca, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., p. 253, secondo cui la commistione tra profili sostanziali e probatori si verifica fin dal momento "nascente" del processo penale, cioè all'atto di formulare l'imputazione per un "fatto" di criminalità organizzata e «se si dà uno sguardo alle parti

dell'economia [261], dove – non a caso – si registra tradizionalmente una difficoltà di descrizione in astratto degli elementi costitutivi della fattispecie [262].

Breve. Alla luce di questo sommario 'primo bilancio', emerge dalla prassi la tendenza a una confusione dei piani tra tipicità e prova, tale per cui gli indici giurisprudenziali assumono rilievo non solo sul piano dell'accertamento processuale, ma anche sul piano *lato sensu* definitorio della fattispecie astratta.

I casi di studio, dunque, confermano il ruolo 'ordinatorio' – quantomeno *di fatto* [263] – esercitato dagli indici. Si impone ora il tentativo di ricondurre a sistema, *dalla prammatica alla paradigmatica*, il valore *strutturalmente* 'costitutivo' del contesto, così da poterne indagare le eventuali ricadute sul piano dogmatico e politico criminale.

---

della sentenza di secondo grado, ci si accorge che i fatti sono contestati con una genericità e una vaghezza addirittura imbarazzanti». Sul sistematico interscambio tra fatto e prova che si realizza con riferimento alle fattispecie di associazione di tipo mafioso, si considerino anche, *ex multis*, V. Maiello, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, cit., p. 159 ss.; Id., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, *Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 41 ss.; G. De Francesco, *Concorso di persone*, *reati associativi*, *concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., p. 138; G. Fiandaca-C. Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto polemogeno*, cit., p. 489 ss.; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 418 ss.

[261] Inteso come «l'insieme delle fattispecie che presidiano lo svolgimento di attività economiche, pubbliche o private che siano», così, A. Melchionda, *Genesi*, *sviluppo e caratteri attuali del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2023, p. 491.

[262] Sul tema, *ex multis*, K. Volk, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica*, *politica criminale e processo*, cit., p. 207 ss.; A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, cit.; S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., p. 99 ss.; più di recente A. Melchionda, *Genesi*, *sviluppo e caratteri attuali del diritto penale dell'economia*, cit., p. 491 ss.; F. Consulich, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, cit., p. 38 ss.

[263] Sul punto si ricordi che la giurisprudenza, nei casi di studio esaminati, considera gli indici alla stregua di strumenti funzionali all'accertamento processuale, con l'unica eccezione delle Sezioni Unite Modaffari, che distinguono gli indici probatori dagli indici che "si elevano a elementi costitutivi della fattispecie", cfr. Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 18.

Capitolo III

IL VALORE STRUTTURALMENTE COSTITUTIVO DEL CONTESTO: DALLA 'PRAMMATICA' ALLA 'PARADIGMATICA'

Sommario: 1. Il 'fulcro' del problema: indici giurisprudenziali e struttura dei concetti di riferimento. – 2. Il 'minimo comune denominatore' in chiave epistemologica: i concetti disposizionali. – 3. Il dato contestuale tra tipicità e prova: il banco di prova del dolo come *Dispositionsbegriff*. – 3.1. L'accertamento del dolo tramite indicatori. – 3.2. La definizione del dolo tramite indicatori. – 3.3. La *Zwei-Stufen Modell theorie*: gli indicatori del dolo tra definizione e accertamento. – 4. Dalla 'prammatica' alla 'paradigmatica' del disvalore di contesto. – 5. L'inquadramento dei concetti disposizionali nell'autonoma categoria dei *Wertbegriffe*. – 6. Un nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto: [ds(Cs)].

1. *Il 'fulcro' del problema: indici giurisprudenziali e struttura dei concetti di riferimento*

Arrivati a questo punto dell'indagine, occorre risalire al 'fulcro' del problema muovendo dall'analisi della natura, delle fonti e dei criteri di individuazione degli indici elaborati nei casi di studio esaminati.

In questa prospettiva, ripercorreremo brevemente i principali tratti della prammatica giurisprudenziale selezionata.

(a) *Gli indici di fraudolenza associati al concetto di "distrazione"*. In questo caso la Cassazione ha elaborato una serie di *indicatori esterni* inerenti a elementi *oggettivi e soggettivi* del Tipo funzionali, secondo massime di esperienza, a tracciare una distinzione, non altrimenti rilevabile in astratto, tra comportamenti ascrivibili al normale rischio *imprenditoriale* e comportamenti riconducibili nell'area di rischio *illecito* che fa da cornice alla condotta distrattiva. Il contesto penalmente rilevante *qualifica di disvalore la condotta distrattiva*, assegnandole una dimensione finalistica in termini di messa in pericolo del bene giuridico e fungendo da bussola per la selezione delle

condotte penalmente rilevanti [1]. In questa prospettiva, non sembra che gli indici si limitino ad avere un mero rilievo probatorio, ma piuttosto che si tratti di un apprezzabile – e tuttavia fortemente problematico – tentativo ad opera del diritto vivente di sanare un difetto di legalità sostanziale [2], conferendo *ex post* rilevanza *di fatto* 'costitutiva' alle suddette circostanze concrete [3].

(b) *Gli indici di manipolazione del mercato associati al concetto di "altri artifizi"*. In questo caso, l'elaborazione giurisprudenziale richiama le prassi manipolative elencate dalla Consob [4] che – senza alcuna pretesa di esaustività – possono valere come ausili interpretativi ai fini del riconoscimento della condotta tipica di operazione manipolativa tramite altri artifizi [5].

---

[1] In riferimento al contesto come elemento costitutivo *implicito* del tipo nell'ambito in esame cfr. S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, cit., pp. 217 ss., 297 ss.

[2] Sia consentito il rinvio a F. VITARELLI, *La rilevanza degli "indicatori" nell'accertamento della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale: verso una dimensione dinamica della tipicità*? in G. Di Vetta (a cura di), *Il nuovo volto del diritto penale fallimentare*, cit., p. 187 ss.

[3] Sebbene in giurisprudenza se ne parli comunque in termini di strumenti funzionali *all'accertamento della condotta tipica*, quindi dal rilievo meramente probatorio: ad esempio, Cass., sez. V, 20 maggio 2022, n. 29850, in cui si afferma che «come ha precisato la sentenza Sgaramella, in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, *l'accertamento* dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico deve valorizzare la ricerca di "indici di fraudolenza", rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall'altro, all'accertamento in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa». Cfr. anche Cass., sez. V, 17 maggio 2023, n. 31702; Cass., sez. V, 23 giugno 2022, n. 37109; Cass., sez. V, 11 marzo 2022, n. 24071.

[4] Tra i numerosi indici elencati dalla Consob, si ritengono rilevanti in questo caso: (i) la significatività dei volumi, delle variazioni al prezzo, dell'importanza della posizione di acquisto o vendita; (ii) la successiva inversione del trend del mercato; (iii) soprattutto il legame con il prezzo o la scadenza di strumenti derivati. Cfr. Consob, Comunicazione n. DME/5078692 del 29-11-2005 in cui si recepisce documento Cesr (*Committee of european securities regulators*). Il testo è qui reperibile: https://www.consob.it/documents/1912911/1914304/c5078692.pdf/34c386b0-c5cd-d17b-9323-fa09dc801c09. Cfr. *supra*, Cap. II, nota 110.

[5] La giurisprudenza successiva sottolinea come non si tratti di indicatori tassativi, ma solo esemplificativi delle condotte tipiche e che si tratta di *meri ausili interpretativi*, cfr. da ultimo Corte appello Milano, sez. I, 4 settembre 2023, n. 2582: «Le finalità ivi indicate (falsi segnali sul reale valore dello strumento finanziario e variazioni dei prezzi funzionali a favorire gli interessi

Tuttavia, a ben vedere, anche in simili circostanze non sembra che gli indicatori si limitino a svolgere una mera funzione di orientamento probatorio, dal momento che la giurisprudenza *ricostruisce il concetto di artificiosità* solo a seguito del confronto con il contesto pratico-applicativo, ricavando *ex post* il disvalore della fattispecie tipica. D'altronde, a fronte di una fattispecie astratta che manca dell'"ambientamento contestuale" [6] necessario a fare emergere *ex ante* il Tipo criminoso, la giurisprudenza, per dare pregnanza al concetto di altri artifizi, deve *necessariamente* ricorrere a procedimenti logici di tipo induttivo che vanno ad integrare la disposizione penale come "*tipo di secondo grado*" [7]; ciò in aperta collisione, prima ancora che con il principio di legalità sostanziale, già con il principio di legalità formale, *i.e.* con il principio di riserva di legge [8].

(c1) *Gli indici di mafiosità associati al concetto di partecipazione associativa.* In questo caso, le Sezioni unite enucleano una serie di circostanze di fatto basate su precomprensioni socio-criminologiche trasfuse in dati esperienziali, che segnalano la 'messa a disposizione' [9] nei confronti del sodalizio criminale. La Corte, mossa *esplicitamente* dall'intento di un recupero della legalità sostanziale, distingue tra indici «che si elevano ad *elementi costitutivi* della fattispecie» [10] e indici funzionali al «recupero di una dimensione

---

del manipolatore), a giudizio della Corte, sono riscontrabili nelle condotte imputate al P.F., che non ha fatto ricorso a regolari meccanismi di negoziazione e ha fornito segnali fuorvianti in merito alla dinamica domanda e offerta dei titoli. Il rinvio agli indicatori previsti dalla disciplina europea e, in particolare, dall'Allegato 1 del Regolamento MAR sollecitato dal ricorrente, non portano la Corte a diverse conclusioni. L'elenco degli indicatori di cui all'Allegato 1 non è tassativo, ma meramente esemplificativo di astratte ipotesi di abuso di mercato», sul punto v. *supra*, Cap. II, note 111 e 128.

[6] Cfr. già F. Consulich, *La giustizia e il mercato*, cit., p. 282, che, con specifico riferimento agli "altri artifizi", fa notare come sia l'ambiente di riferimento a fare emergere la condotta illecita, attraverso il disvalore di contesto.

[7] Così Consulich, *Così è (se vi pare)*, cit., p. 61.

[8] Nei termini qui intesi, oltre al rispetto del principio di legalità 'formale', *i.e.* la riserva di legge in materia penale, occorre anche soddisfare le esigenze di legalità 'sostanziale', in cui si compendiano gli obblighi contenutistici che attengono al *quomodo* della formulazione dell'enunciato normativo. Cfr. Cap. I, spec. note 32 e 198.

[9] In questi termini G. Fiandaca-A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, cit., p. 780.

[10] Cfr. Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 18, che considera, tenendo conto della precedente giurisprudenza delle Sezioni Unite in materia, i seguenti 'indici di partecipazione punibile': (i) l'effettivo ingresso nel sodalizio, anche se non accompagnato da un particolare rituale; (ii) il riconoscimento dell'associato da parte del gruppo e la speculare accettazione da parte dei sodali;

probatoria»[11]. I primi, connotando lo *status* di partecipe[12], contribuiscono *lato sensu* a definire – necessariamente *ex post* – il disvalore complessivo del fatto associativo.

(c2) *Gli indici di mafiosità associati ai concetti di "assoggettamento" e "omertà".* La giurisprudenza ha, inoltre, già prima dell'intervento delle Sezioni Unite Modaffari, elaborato indici al fine di riconoscere la manifestazione esterna dell'effettivo esercizio della forza di intimidazione da parte dell'associazione[13]. La differenza, rispetto al *paradigma sub(c1)* elaborato

(iii) l'adesione alle regole dell'accordo associativo; (iv) la conseguente assunzione dello status di membro da parte del neoentrato.

[11] Sotto il profilo probatorio la sentenza individua poi una serie di indicatori fattuali «dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio», tra cui, a titolo esemplificativo: i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", l'affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti-scopo oltre a molteplici, variegati e però significativi *facta concludentia*. Del resto, anche il Procuratore generale nella memoria depositata per l'udienza in Camera di consiglio n. 34566 del 2020, ha sottolineato che l'affiliazione rituale atterrebbe ad una questione di prova "*e solo di prova*". Come già evidenziato, secondo la Corte la distinzione è fondamentale, in quanto in passato si sono verificate delle manipolazioni del Tipo criminoso legale proprio a causa della confusione dei piani tra tipicità e prova, come la riconduzione dell'affiliazione rituale.

[12] Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., cfr. G. Fiandaca-A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, cit., p. 780, secondo cui si tratta di una sorta di teorizzazione implicita della «processualizzazione» del concetto sostanziale di partecipazione punibile, data dalla stretta interazione, in termini di interferenza o di interdipendenza, tra presupposti di diritto sostanziale della fattispecie incriminatrice ed elementi probatori. A tal proposito, si rileva criticamente che: «che la magistratura – non solo d'accusa, ma anche giudicante – possa finire col propendere per una nozione di partecipazione intesa, nella sostanza (se non anche nella etichettatura logico-filosofica) come *concetto «disposizionale»* è tutto sommato comprensibile, ancorché *discutibile in chiave garantista*. Questo modo di intendere la condotta partecipativa, in luogo di rafforzare il principio di tipicità col rischio di temuti «ingabbiamenti» della discrezionalità interpretativo-applicativa, giustifica infatti la logica della decisione caso per caso e dà, nel contempo, spazio alle preoccupazioni preventivo-repressive contingentemente affioranti sul terreno della politica penale giudiziaria. Ciò con buona pace dei principî di riserva di legge e di tipicità penale, destinati sempre più ad essere fatti oggetto di un ossequio soltanto formale e ad essere di fatto elusi nella loro sostanza garantista».

[13] Tra gli 'indici di mafiosità' associati ai concetti di assoggettamento e omertà, a titolo esemplificativo: (i) l'intensità del vincolo di assoggettamento omertoso; (ii) la natura e le forme di manifestazione degli strumenti intimidatori; (iii) gli specifici settori di intervento e la vastità dell'area attinta dalla egemonia del sodalizio; (iv) le molteplicità dei settori illeciti di interesse; (v) la caratura criminale dei soggetti coinvolti; (vi) la manifestazione esterna del potere decisionale; (vii) la sudditanza degli interlocutori istituzionali e professionali . In relazione

per la definizione della tipicità plurisoggettiva, è che, quantomeno a livello di 'intenti', nella sentenza Modaffari ha specificato di intervenire anche *sul piano sostanziale*, mentre nelle precedenti pronunce la Corte si è limitata a riconoscere l'utilità degli indici sul piano dell'*accertamento fattuale* del metodo mafioso. Cionondimeno, a ben vedere, la carenza di descrittività in astratto dei concetti di assoggettamento e omertà comporta che la loro stessa *definizione* sia di fatto rimessa alle *pregiudiziali socio-criminologiche*, che entrano nel processo sotto forma di massime di esperienza per riempire di contenuto la nozione di metodo mafioso [14].

Breve. I casi di studio ripercorsi confermano che nelle situazioni esaminate non ci troviamo meramente in presenza della *fisiologica* relazione tra testo e contesto che caratterizza il processo ermeneutico nel momento della sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta [15].

È evidente, infatti, che la giurisprudenza avverte un *problema ulteriore* che attiene all'attribuzione di significato ai concetti di riferimento, ossia alla necessità *strutturale* di riferirsi al contesto non già nel processo di sussunzione, ma, ancor prima, per *ricostruire* il Tipo criminoso legale funzionale a 'tracciare i confini' della fattispecie astratta. In altri termini, al fine di avere a disposizione una *precomprensione* [16] – in questo caso 'virtuosa' (perché foriera di stabilità semantica) – del modello comportamentale di cui il Tipo è

---

all'acquisita 'autonomia' di un nuovo gruppo criminale rispetto ai gruppi storici, la Corte richiamava anche altri indicatori fattuali come: (i) le modalità con cui sono commessi i delitti-scopo; (ii) la disponibilità di armi e il conflitto con le tradizionali associazioni operanti sul territorio. Cfr. Cass., sez. II, 29 novembre 2019, n. 10255, Fasciani, cit. e Cass., sez. VI, 1 marzo 2017, n. 27094, cit.

[14] D'altronde la stessa Corte (Cass., sez. II, 24 ottobre 2023, n. 48278) riconosce che: «La riferibilità del modello associativo a realtà criminali diverse da quelle che ne hanno determinato la necessità punitiva ha reso necessario, in considerazione dell'evoluzione storica delle mutevoli modalità operative delle associazioni criminali, optare per un'interpretazione dinamica degli elementi costitutivi della fattispecie, ed, in particolare, del "metodo mafioso", della forza intimidatrice e del conseguente effetto dell'assoggettamento omertoso tipizzati dall'art. 416-bis c.p., comma 3, in modo tale da costruire un modello di tipicità fluida ed ripetibile, adattabile a tutti quegli schemi di organizzazione criminale che, pur non inquadrandosi perfettamente nelle categorie già note, perseguano, nondimeno, scopi corrispondenti a quelli delle associazioni tradizionali».

[15] Cfr. sul tema F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 525 s.

[16] Per i condizionamenti che il processo di sussunzione subisce da parte della precomprensione, si rinvia a J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., p. 38 ss.

l'astrazione stereotipica, sulla quale operare il processo di "avvicinamento" [17] dal fatto concreto alla fattispecie astratta.

In questo senso, il contesto assume 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:* l'ambientamento tipico della condotta espresso dagli indici *attribuisce significato* – descrittivo e valutativo – al concetto di riferimento contenuto nel testo di legge, in questo modo contribuendo a esprimere il Tipo criminoso [18].

Tuttavia, per quanto, come già accennato, il percorso tracciato dalla giurisprudenza ci sembri *metodologicamente convincente* (per le ragioni che successivamente proveremo ad esporre) [19], lasciare esclusivamente alla prassi il compito di individuare e selezionare gli indici sulla base dei quali (ri-)costruire il disvalore di contesto è un'operazione incompatibile con le note – e qui rimarcate – esigenze di legalità sostanziale.

Il problema, quindi, non è la funzione assunta dagli indici (in cui, semmai, potrebbe risiedere la 'soluzione'), ma – a monte – l'*intrinseca* povertà espressiva, descrittiva e assiologica, della fattispecie astratta (*Tatbestand*), che conduce *inevitabilmente* alla manipolazione processuale del Tipo criminoso.

Assunta questa prospettiva, approfondiremo, *a partire dal piano epistemologico*, le caratteristiche strutturali dei concetti venuti in rilievo nei casi di studio, con l'obiettivo di verificare la sussistenza di un minimo comune denominatore tra le ipotesi selezionate e, in ultima analisi, di elaborare una 'paradigmatica' del disvalore di contesto, inteso come nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto [ds(Cs)] [20].

---

[17] Sull'avvicinamento tra fattispecie e fatto nel processo di sussunzione si rimanda a W. Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 74: «Quest'avvicinamento è compiuto quando è noto che il comportamento dell'individuo X è un elemento della classe dei possibili comportamenti che una fattispecie definisce».

[18] Cfr. *supra*, Cap. I, § 2., in cui si è già rilevato che la norma penale non è solo un contenitore di parole, ma contiene una narrazione, che esprime un nucleo essenziale di significato ed è quest'ultimo ad essere sottoposto agli obblighi di "legalità sostanziale". Assunta tale prospettiva, come già evidenziato, è ben possibile che l'interpretazione letterale possa determinare indebite estensioni analogiche che trascendono il Tipo criminoso legale, come è altrettanto possibile che l'interpretazione teleologica consenta di ridurre il novero di significati attribuibili al testo legislativo ai fini della fattispecie penale, coerentemente con lo scopo della norma.

[19] Si rinvia al Cap. IV per un'ampia riflessione in merito.

[20] Per un riferimento ai *nuclei di disvalore orientati sul Fatto*, in 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*, cit., p. 65: i 'nuclei di disvalore' *orientati sul Fatto* sono: (1) il

2. *Il 'minimo comune denominatore' in chiave epistemologica: i concetti disposizionali*

Nei casi di studio esaminati la *(ri-)costruzione giurisprudenziale del Tipo criminoso* si rende necessaria perché la definizione della fattispecie astratta necessita di essere 'integrata' attraverso un parametro esterno a carattere fenomenico-sociale: ossia mediante indicatori tratti dal contesto, che riempiono di significato i concetti di riferimento. Occorre adesso verificare se vi sia una *comune matrice,* sul piano della loro *connotazione semantica,* che conduce inevitabilmente a questo risultato.

In ambito epistemologico, la rilevanza del contesto nella attribuzione di significato è stata oggetto di studio da parte della "teoria causale del riferimento" di Putnam[21], in cui il mondo esterno gioca un ruolo *cruciale* nel fissare i *riferimenti* delle nostre espressioni linguistiche.

Come noto, la teoria semantica tradizionale distingue fra: (i) significato come '*estensione*' (o riferimento), alludendo con tale espressione alla classe di oggetti ricompresa sotto un determinato concetto; (ii) significato come '*intensione*', da intendersi come la proprietà o l'insieme di proprietà condivise dagli oggetti che ricadono sotto quel concetto. L'idea di fondo è che il significato dei termini (come "limone"), può essere specificato per mezzo di una 'congiunzione di proprietà' (per il limone, ad esempio: gusto aspro, colore giallo, una certa dimensione, etc.): in altre parole, conoscere il significato di un termine equivale a denotarne '*ontologicamente'* le proprietà e il nome datogli viene così a sintetizzare la "somma" delle stesse.

Al contrario, l'eternalismo semantico, *superando la concezione tradizionale* del significato, propone di definire il termine *non scegliendo un oggetto da identificare* con lo stesso[22] ma specificando una "forma normale del significato", composta da una sequenza di *indicatori tratti anche dal contesto*: «a fissare l'estensione di un termine non è un concetto che il singolo parlante

---

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).

[21] Cfr. H. Putnam, *The Meaning of 'Meaning'*, in *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 7, 1975, pp. 131-193, trad. it. in Id., *Mente, linguaggio e realtà*, Adelphi, Milano, 1987, p. 239 ss.

[22] Come già evidenziato in precedenza (v. *supra*, Cap. I, nota 15), il binomio *intensione/estensione* è una coppia concettuale che compare nei *Nuovi saggi sull'intelletto umano* (1700-05) di Leibniz. Ripreso successivamente, nella forma *denotazione-connotazione*, da J.S. Mill, *Sistema di logica deduttiva e induttiva* (1843), costituisce il fondamento della teoria logica delle espressioni linguistiche. Cfr. in ambito penale, per la distinzione tra significato come estensione e intensione, F. Palazzo, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 238; G. Caruso, *La discrezionalità penale*, cit., p. 180.

ha in testa (…) sia perché l'estensione è, in generale, determinata *socialmente* (…) sia perché l'estensione è in parte determinata *indicialmente*»[23].

La teoria causale del riferimento si presta quindi a inquadrare concetti non descrivibili *ontologicamente* nei termini tradizionalmente intesi, ma piuttosto riconducili alla categoria logico-filosofica dei c.d. "concetti disposizionali" (*Dispositionsbegriff*)[24]. Con tale nozione, si intende fare riferimento a concetti che indicano tendenze, capacità, inclinazioni a reagire in un certo modo o a comportarsi in un certo modo al ricorrere di una serie di circostanze/condizioni e che non si prestano, appunto, ad essere descritti mediante una 'congiunzione di proprietà'[25].

---

[23] Mentre quasi tutti i filosofi tradizionali pensavano ai concetti come qualcosa di *mentale*, secondo Putnam la descrizione tipica *consiste in uno o più indicatori*, H. PUTNAM, *Mente, linguaggio e realtà*, cit., p. 269 ss. Putnam costruisce la sua teoria su un caposaldo ben diverso rispetto alla concezione tradizionale del significato: l'estensione dei nostri termini dipende dalla realtà circostante, intesa sia come realtà naturale che come realtà sociale: «La filosofia del linguaggio tradizionale lascia fuori gli altri e il mondo, una filosofia migliore e una migliore scienza del linguaggio devono includerli entrambi». In tal modo, supera quelle posizioni che cercano di ridurre il significato agli stati mentali o ai processi interiori (*ivi*, p. 295), in cui fa riferimento all'utilizzo per la determinazione del significato di "indicatori sintattici" e "indicatori semantici", "descrizione dello stereotipo" e "descrizione dell'estensione".

[24] Come già evidenziato, il tema è stato oggetto di studio nell'epistemologia generale da parte di U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., p. 25 ss., di Si veda anche G. RYLE, *The Concept of Mind*, London, 1949, trad. it. di Ferruccio Rossi-Landi, *Lo spirito come comportamento*, Einaudi, Torino, 1955. Per l'applicazione della teoria dei concetti disposizionali in ambito penale cfr. C. MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, cit., p. 77 ss.; W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 497 ss.; K. VOLK, *Dolus ex re*, cit., p. 117 ss.; ID., *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi, dattiloscritto presentato all'Associazione* F. Bricola, 2000), poi in lingua ted. *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Beck, München, 2000, p. 742 ss.; G. DEMURO, *Il dolo*, *vol. II*, *L'accertamento*, cit., p. 34 ss.; G. DE FRANCESCO, *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, cit., p. 138 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 235 ss.; ID., *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, cit., p. 143 ss.; di recente anche A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 74 ss.

[25] Cfr. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., p. 25 ss., ma anche C. MYLONOPOULOS, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., § 1, secondo cui la disposizione di un oggetto o di una persona è considerata come la sua tendenza o attitudine o propensione *a reagire in un certo modo in determinate circostanze o a comportarsi in un certo modo se sono soddisfatte determinate condizioni*. Pertanto, i concetti disposizionali (*Dispositionsbegriff*) esprimono esattamente le tendenze o le capacità di queste persone o oggetti.

Per comprendere meglio i termini del problema, occorre partire dall'ambito scientifico, in cui la presenza o l'assenza della 'proprietà disposizionale' può essere determinata solo sottoponendo l'oggetto in questione a un'osservazione sistematica, da cui emerge una certa reazione a determinate condizioni. Le proprietà disposizionali – in sé – non sono accessibili all'osservazione diretta, ma lo sono solo i loro *sintomi*, cioè i modi e le modalità con cui la disposizione si esprime (ad esempio, non è possibile stabilire se un oggetto è "fragile", "solubile in acqua" o "infiammabile" sulla base dell'osservazione diretta). In altri termini, per poter definire un oggetto (ad esempio, un pezzo di legno) come "infiammabile" o "flessibile", dobbiamo sottoporlo a determinate condizioni di prova [26].

Si possono dunque distinguere, mutuando la terminologia di Scarpelli [27]:

(a) la definizione 'diretta', in cui un'espressione, costituita da un 'segno designativo', è sinonimo di un'altra espressione (ad esempio, il leone può essere descritto come animale, terrestre, mammifero, carnivoro etc.);
(b) la definizione 'condizionale', in cui i 'segni disposizionali' non designano caratteristiche direttamente osservabili degli oggetti, ma servono a dire che, al verificarsi di date circostanze, allora gli oggetti reagiranno in un certo modo (ad esempio, dicendo che lo zucchero ha la disposizione della solubilità in acqua non se ne descrivono le caratteristiche osservabili, ma si 'segnala' che, se verrà a trovarsi in acqua, allora si scioglierà).

Il concetto di definizione 'condizionale' (*bedingte Definition*) è riconducibile all'operazionismo [28], metodo epistemologico nato in ambito scientifico,

---

[26] Cfr. C. Mylonopoulos, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, cit., p. 82.

[27] Per la distinzione tra "definizione diretta" e "definizione condizionale", U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., p. 25 ss.

[28] Come già accennato in sede introduttiva (v. *supra*, Introduzione, nota 16), l'operazionismo in ambito scientifico risale a P.W. Bridgman, *The Logic of Modern Physics*, New York, Macmillan, 1927. Nella sua applicazione alle scienze sociali si intende per operazionismo il tentativo di collegare un concetto con le sue *proprietà osservabili*. A rigore, i concetti le cui operazioni non sono "pubbliche" e "ripetibili" non sarebbero concetti scientifici, ma a tanto rigore non arrivano nemmeno le scienze più avanzate. Per Bridgman, la definizione di un concetto *consiste sempre nella determinazione delle operazioni attraverso le quali si stabilisce se il concetto può essere impiegato*, dandogli un significato così largo da comprendere qualsiasi atto di esperienza soggettiva, come il semplice vedere, sentire etc.; in altri termini, l'accertamento delle condizioni di impiego di un concetto comporta sempre delle operazioni e la determinazione, con la definizione, delle condizioni di impiego di un concetto comporta sempre la determinazione di operazioni. Scarpelli, rispetto a tale teoria della definizione, prende in parte le distanze. In particolare, l'A. adotta un *vocabolario 'fisicalista'*, secondo cui il significato del concetto di operazione deve essere coerentemente ridotto alle operazioni suscettibili di esser descritte per mezzo di tale vocabolario,

che comporta uno spostamento dal *conceptum* al *perceptum*, in quanto i termini vengono definiti in funzione delle 'operazioni' che ne consentono la verifica empirica. Tale metodo è stato poi *esportato* in altri saperi e applicato in tutti i casi in cui la 'regola d'uso' di un segno, o di un insieme di segni combinati, si dà non mediante una definizione diretta, bensì determinando le condizioni che devono sussistere perché il segno o i segni possano essere impiegati [29].

Proprio in virtù di questa generalizzazione, la definizione 'condizionale' può essere adottata anche con riferimento ai concetti propri del linguaggio in uso normativo [30]; anzi, secondo Scarpelli la definizione 'condizionale' è quella che meglio si attaglia ai termini referenziali del vocabolario normativo o a molti di essi, collegando, mediante le 'regole di attribuzione', *concetti valutativi* e *fenomeni direttamente osservabili.*

I 'segni' del linguaggio osservativo che, attraverso l'applicazione di regole di correlazione, rappresentano le condizioni esteriori di sussistenza dei concetti teorici – *i.e.*, dei concetti disposizionali – sono chiamati indicatori (*Indikatoren*), in quanto descrivono reazioni e modi di comportamento immediatamente osservabili dell'oggetto, "indicando" che il concetto disposizionale, non osservabile direttamente, è dato.

Non essendo immediatamente percepibili con i sensi, i concetti disposizionali non possono essere oggetto di una *definizione diretta*, ma possono essere ricostruiti solo attraverso una serie di indicatori esterni ("*indicatori disposizionali*"), che ne 'segnalano' l'esistenza attraverso definizioni 'operazionali'. In altri termini, le definizioni 'operazionali' sono composte da una serie di condizioni che devono sussistere perché i 'segni' possano essere associati i concetti di riferimento mediante una connessione logica "se … allora …" [31].

---

operazioni fisiche, per esempio l'uso di strumenti, od operazioni logiche, *manipolazioni di segni linguistici*: «adottato tale vocabolario fisicalista e ristretto così il significato del concetto di operazione, *la definizione di un concetto non comporta necessariamente la determinazione di operazioni*: non la comportano mai le definizioni dirette, non sempre le definizioni condizionali», cfr. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., p. 25 ss.

[29] Con riferimento al linguaggio in uso nelle scienze sociali, è stato anche osservato che: «della operazionalizzazione del linguaggio si deve dire bene nella misura in cui produce quel linguaggio osservativo-percettivo senza il quale non c'è vera aderenza empirica. Ma bisogna anche rendersi canto dei limiti dell'operazionismo, del fatto che le definizioni operazionali sviluppano l'estensione o denotazione dei concetti a scapito della loro intensione o connotazione. Dal che consegue che un operazionismo ossessivo e male inteso atrofizza la teoria, e cioè la fecondità teoretica dei concetti». Così G. SARTORI, *La politica come scienza*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2, 1972, p. 257.

[30] In questi termini U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., p. 27.

[31] U. SCARPELLI, *Contributo*, cit., pp. 24-25: in questo caso «la regola d'uso di un segno si dà

Dal momento che si abbandona il 'campo' delle strutture puramente concettuali, le definizioni 'condizionali' sono chiamate "definizioni operative" o "operazionali" (*operationale Definitionen*). Si tratta di definizioni *parziali*[32], nella misura in cui il *definiendum* è specificato solo in relazione alla singola operazione empirica a esso associata; semmai, è dall'insieme dei 'segni' riconducibili al concetto di riferimento che può emergere una definizione esaustiva (ma su questo punto ritorneremo).

Peraltro, se in ambito scientifico le regole di attribuzione tra concetti disposizionali e indicatori operano secondo lo schema "se … allora …"[33], in quanto *invariabilmente* al verificarsi di date condizioni *si determina* una precisa conseguenza[34], in ambito gius-filosofico il discorso è necessariamente diverso; le circostanze di fatto selezionate attraverso gli indicatori sono associabili ad un concetto non secondo una rigorosa logica scientifico-deterministica, ma – semmai – sulla base di *massime di esperienza*, la cui fruizione è consentita dalla dinamica processuale.

Ecco che emerge il minimo comune denominatore tra i casi esaminati: la struttura *disposizionale* dei concetti di riferimento comporta l'elaborazione di indici in funzione *lato sensu* definitoria.

Nella letteratura penalistica, per primo Visconti[35] ha notato la struttura disposizionale di concetti riconducibili a fattispecie di parte speciale, la cui connotazione semantica indica tendenze, capacità, inclinazioni, che possono essere rilevate solo attraverso indicatori esterni, come la "messa a disposizione"

---

non mediante una definizione diretta, bensì determinando le condizioni che devono sussistere perché il segno o i segni possano essere impiegati con un enunciato nel quale, oltre a segni designativi figurano i segni logici "se … allora …"».

[32] Cfr. C. MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, cit., p. 92, il quale già segnalava che, trattandosi di proposizioni ipotetiche, si pone il problema di elaborare una definizione "totale", che copra l'intero contenuto concettuale del *definiendum* in modo che tra questo e il *definiens* esista una relazione di equivalenza. Si tornerà sul punto *infra*, Cap. IV, § 3.3.

[33] Come osservato da C. MYLONOPOULOS, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., § 1, i concetti disposizionali costituiscono la maggior parte del linguaggio scientifico.

[34] Sul punto cfr. A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 74, il quale rileva che si tratta di circostanze di fatto difficilmente ricostruibili in modo certo e univoco (come nel caso del dolo eventuale) o fatti sociali la cui lettura è frutto dell'applicazione di categorie stipulative.

[35] L'A. osservava l'elaborazione nella prassi di indici fattuali che, seppure utilizzati in funzione probatoria, di fatto riempiono di contenuto il concetto di diritto penale sostanziale di riferimento, cfr. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 235 s. Si veda anche ID., *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, cit., p. 143 ss.

in riferimento al concetto di partecipazione ad associazione di tipo mafioso e il "contributo idoneo" in riferimento al concetto di concorso esterno[36].

Nel solco di tali riflessioni, i casi di studio esaminati confermano la struttura *disposizionale* non solo del concetto di partecipazione associativa (e – *à rebours* – di concorso esterno), ma anche dei concetti di "assoggettamento e omertà" che derivano dall'esercizio del metodo mafioso, del concetto di "altri artifizi" quale modalità di esecuzione della manipolazione del mercato operativa, del concetto di "distrazione" fraudolenta nella bancarotta patrimoniale prefallimentare.

Muovendo dalla prammatica giurisprudenziale, con l'obiettivo di pervenire alla paradigmatica del *disvalore di contesto*[37] come nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto, si comprende quindi la fecondità della chiave di lettura epistemologica che assimila le categorie sostanziali penalistiche ai "concetti disposizionali" teorizzati dall'epistemologia generale[38].

È già sul piano epistemologico, infatti, che si manifesta la necessità *strutturale* di ricorrere ad *indicatori esterni* in presenza di concetti di difficile definizione '*ontologica*'. Attraverso tale chiave di lettura, appare più chiara la ragione per la quale, in assenza di una formalizzazione legislativa delle definizioni 'operazionali', la giurisprudenza avverta l'esigenza di elaborare indici tratti dal contesto in funzione 'integrativa' – e, dunque, 'costitutiva' – del significato del concetto disposizionale di riferimento. Con il rischio, tuttavia, già evidenziato e riscontrato nell'analisi dei casi di studio, di una *confusione dei piani tra la tipicità e la prova*[39].

---

[36] Si è già rilevato nella presente trattazione come le Sezioni unite "Modaffari", Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., abbiano di recente avallato il ricorso ad "indicatori" tratti dal contesto per riconoscere la partecipazione associativa punibile valorizzando proprio il concetto di 'messa a disposizione'. Cfr. sul tema i rilievi critici di G. Fiandaca-A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, cit., p. 780 ss.; G. Amarelli, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis c.p. e alternative possibili*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2022, p. 786 ss.

[37] Sulla necessità che il diritto sostanziale venga concepito in modo da trovare effettiva realizzazione in sede processuale v. già la teorizzazione del principio di determinatezza secondo G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 1, cit., p. 163 ss.

[38] Sul punto già C. Mylonopoulos, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., § 3, secondo cui le 'caratteristiche disposizionali' utilizzate dal legislatore penale possono essere suddivise in tre categorie: (i) disposizioni umane o del carattere; (ii) disposizioni comportamentali o situazionali; (iii) disposizioni delle cose.

[39] Già C. Mylonopoulos, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., § 1, rilevava che, traducendo *concetti scientifici in fatti osservabili*, si può "*creare una pericolosa confusione tra strutture concettuali e analisi empirica*".

Del resto, che il rischio di sovrapposizione/confusione fra i due piani sussista e possa essere usuale è un dato di fatto; e, a ben vedere, non riguarda isolate ipotesi di 'parte speciale'.

Vi è, in particolare, un tema che, più di ogni altro, può rappresentare il banco di prova privilegiato per constatare sia la *contiguità epistemica* tra 'fatto' e 'prova del fatto', sia la *proficuità dei concetti disposizionali* nella semantica penalistica. È un tema di 'parte generale' per eccellenza, e, nella sua storia dogmatica secolare, si porta dietro da sempre queste connotazioni: ci riferiamo al dolo.

Questo istituto sarà funzionale nel prosieguo dell'analisi proprio al fine di approfondire il fondamento teorico dell'ambivalenza del dato contestuale tra tipicità e prova emersa nella prassi [40], nell'ottica di tracciare – se possibile – un *criterio di distinzione* tra indici che svolgono una funzione *lato sensu* definitoria e indici che si limitano a operare sul piano dell'accertamento processuale.

3. *Il dato contestuale tra tipicità e prova: il banco di prova del dolo come* **Dispositionsbegriff**

È certo che la *relazione tra la definizione del concetto dolo e le relative dinamiche probatorie* è uno dei capitoli più importanti nel dibattito sul rapporto tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale [41].

Tradizionalmente, si ritiene che la ragione risieda nella circostanza secondo cui, mentre la prova del *fatto materiale*, anche se indiretta, consente di distinguere tra concetti sostanziali e indici probatori [42], la prova dei fatti psichici non permette una distinzione così chiara: il concetto vive e *si concretizza* attraverso gli indicatori esistenti al momento della verifica processuale, soprattutto quanto alla componente volitiva [43].

Ma vi è di più. Non solo la *prova* del fatto psichico può essere soltanto indiretta, mediata, indiziante; è lo stesso *concetto* di dolo, *i.e.* "mettere in

---

[40] Come intuito anche dalle Sezioni Unite "Modaffari", Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, cit., p. 18, gli indicatori possono assumere, rispetto ai concetti disposizionali, una doppia funzione, probatoria e costitutiva, v. *supra*, Cap. II, § 4.3.3.

[41] Secondo G. Demuro, *Il dolo. II: L'accertamento*, cit., p. 186, si scontra qui la tendenza dell'uno e dell'altro di regolare per proprio conto *autonomamente* la fase dell'accertamento.

[42] Come riscontrato nei casi di studio, non è sempre così, v. *supra*, Cap. II.

[43] Cfr. R. Bartoli, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità* in G.A. De Francesco-C. Piemontese-E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 223.

conto approvandolo, un pericolo" [44] (*rectius*: un evento), che può essere reso *operativo* soltanto attraverso gli indicatori [45].

Il dolo è quindi l'esempio classico di concetto disposizionale, *non osservabile direttamente* e *non descrivibile contemplativamente* [46].

Non a caso, lo studio dei concetti disposizionali negli istituti di parte generale del diritto penale è stato portato avanti principalmente proprio in relazione al dolo, in particolare grazie al contributo di Mylonoupoulos [47], Hassemer [48] e Volk [49].

Mylonoupoulos, tematizzando per la prima volta i concetti disposizionali in ambito penale, nota che i *predicati disposizionali* descrivono non proprietà o relazioni evidenti soggette a un'osservazione diretta, bensì tendenze interiori rilevabili solo attraverso i loro *sintomi*, cioè i mezzi con cui questa disposizione interiore si esprime, «creando una pericolosa confusione tra strutture concettuali e analisi empirica» [50].

---

[44] In questi termini K. Volk, *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, cit., p. 742, così citato da G. Demuro, *Il dolo. II*: *L'accertamento*, cit., p. 35.

[45] Sul tema, in ordine cronologico, F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 16 ss., ora in Id., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, Giuffrè, Milano, 2000; C. Fiore, voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988, p. 4 ss.; W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 487 ss.; M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, p. 262 ss.; K. Volk, *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi*, cit., ma anche Id., *Dolus ex re*, cit., p. 117 ss.; S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 74 ss., spec. pp. 74-75; G. Fiandaca, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in S. Moccia (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, E.S.I., Napoli, 2007, p. 237 ss.; G. Demuro, *Il dolo. II*: *L'accertamento*, cit., p. 27 ss.; P. Astorina, *L'accertamento del dolo: determinatezza*, *normatività e individualizzazione*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 424 ss.

[46] W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 487 ss.; per una puntuale ricostruzione della teoria di Hassemer, v. G. Demuro, *Il dolo. II*: *L'accertamento*, cit., p. 27 ss.

[47] Come già anticipato, la più ampia introduzione al tema dei concetti disposizionali in ambito penalistico si deve a C. Mylonopoulos, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, cit., p. 77 ss. ma anche Id., *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., § 1 ss.

[48] Cfr. in generale sugli elementi psicologici del reato W. Hassemer, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch*, cit., 1980, p. 229 ss.

[49] K. Volk, *Dolus ex re*, cit., p. 117 ss. Sulla duplice funzione sostanziale e probatorio-processuale dei "concetti disposizionali" (c.d. modello a due livelli o "*zwei-Stufen-Modell*"), v. anche Id., *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi*, *dattiloscritto presentato all'Associazione* F. Bricola, 2000, poi in lingua ted. *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, cit., p. 742 ss. La tesi è esposta con precisione anche da G. Demuro, *Il dolo*, *vol. II*, *L'accertamento*, cit., p. 34 ss.

[50] Così C. Mylonopoulos, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., § 1, il quale, come

Hassemer, soffermandosi in particolare sugli elementi psicologici del reato, rileva che si tratta di situazioni interne non direttamente osservabili, ossia di *disposizioni*[51]; le "disposizioni" si possono rendere operative soltanto attraverso *indicatori oggettivi* che debbono possedere le tre caratteristiche dell'osservabilità, della completezza e della rilevanza disposizionale[52]. In tale elaborazione emerge dunque già la questione, fondamentale per la presente indagine, della *natura sostanziale* o *processuale* degli indicatori. Con particolare riferimento al dolo, secondo l'Autore, gli indicatori non sono elementi oggettivi che *indiziano* la sussistenza del concetto, ma costituiscono parte integrante dello stesso[53], perché senza di essi il concetto non sarebbe "operazionabile".

Riassumendo, Mylonopoulos[54], nell'approfondire il rapporto tra concetti

già osservato, rileva che la disposizione di un oggetto o di una persona è considerata come la sua tendenza o attitudine o propensione *a reagire in un certo modo in determinate circostanze o a comportarsi in un certo modo se sono soddisfatte determinate condizioni*. Pertanto, i concetti disposizionali (*Dispositionsbegriff*) esprimono esattamente le tendenze o le capacità di queste persone o oggetti.

[51] Il riferimento, dunque, non è solo al dolo, ma anche alla colpa, cfr. W. Hassemer, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch*, cit., p. 29 ss. e in particolare p. 243 ss., in cui espressamente definisce gli elementi psicologici del reato come concetti disposizionali, "alla maniera di Ryle" (G. Ryle, *The Concept of Mind*, cit.), ossia elementi che non focalizzano effettivamente degli stati mentali, ma che costituiscono le *strutture semantiche utilizzate per designare il significato dei comportamenti umani* secondo una relazione di comprensibilità intersoggettiva. La posizione filosofica di fondo presuppone, infatti, che le strutture semantiche evocative di stati interiori vadano contenutisticamente riempite con gli *indicatori oggettivi che danno significato nella comunicazione intersoggettiva* alle disposizioni che la società ritiene meritevoli del castigo più severo, quello riferibile all'illecito commesso con «dolo». In questi termini, M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, p. 1963.

[52] Precisa W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 497, che le «disposizioni possono essere rese operative soltanto attraverso degli indicatori […] che debbono adempiere a tre presupposti, vale a dire osservabilità, completezza e rilevanza della disposizione (*Dispositionsrelevanz*): se gli indicatori dal canto loro non sono osservabili, non promettono alcuna via d'uscita al dilemma dell'accertamento di stati non osservabili; se nell'applicazione del concetto di disposizione sono combinati in modo incompleto oppure se non indicano la disposizione in questione, allora è garantita una errata deduzione della disposizione».

[53] Secondo l'A., gli indicatori non possono essere separati dal concetto di dolo perché solo essi lo rendono applicabile, cfr. W. Hassemer, *Kennzeichen des Vorsatzes*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, cit., p. 304, in questi termini: «*Es ist nicht sachgerecht*, *bei der Unterscheidung von begrifflichen Voraussetzungen des Vorsatzes einerseits und der 'beweismäßigen Feststellung' ihres Vorliegens im Strafverfahren andererseits die Indikatoren des Vorsatzes letzterem zuzuschlagen. Die Indikatoren sind vom Vorsatzbegriff nicht zu trennen*, *weil erst sie den Begriff anwendbar machen; sie gehören zu ihm*».

[54] Cfr. C. Mylonopoulos, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, cit., p. 77 ss.

disposizionali e diritto penale, tende a fare *coincidere* il dolo stesso con i suoi indicatori; analogamente, Hassemer ritiene che gli indicatori non possano essere separati dal concetto di dolo, in quanto di tale concetto *fanno parte*[55].

Il rapporto tra concetto e prova degli elementi soggettivi è stato poi analizzato anche nella riflessione di Volk[56], che fa ricorso all'impostazione teorico-scientifica – sulla quale ritorneremo a breve – del c.d. modello a due livelli (*Zwei-Stufen-Modell*), sviluppata nello studio dei concetti disposizionali per provare a distinguere strutturalmente le proposizioni che definiscono il dolo dagli *indizi* per risalire ad esso.

Conclusione: tuttora ci si interroga sulla *natura* degli indicatori di dolo, se abbiano un significato di diritto sostanziale e riguardino il concetto di dolo o se invece vertano sulla prova di esso e creino nuove deduzioni da indizi. È certo che solo gli indicatori "*rendono applicabile*" il concetto[57], ma, riprendendo le considerazioni di Volk sul punto, è ancora oggetto di discussione: (i) come si debba *costruire il relativo concetto*; (ii) come se ne debba *fornire la prova*; (iii) come vada pensata la *relazione tra norma e fatto*; (iv) che cosa occorra trattare *descrittivamente* e che cosa, invece, *prescrittivamente*[58].

3.1. *L'accertamento del dolo tramite indicatori*

In particolare, per quanto attiene specificamente al nostro ordinamento, rimasta aperta la discussione sulla *distinzione tra concetto e prova* del dolo[59], nella riflessione dottrinale ci si è focalizzati sull'elaborazione di indicatori

---

[55] Così W. Hassemer, *Kennzeichen des Vorsatzes*, cit., p. 289 ss., trad. it. *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 498 ss., conformemente S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, cit., p. 297.

[56] Cfr. K. Volk, *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, cit., p. 742 ss., ma anche Id., *Dolus ex re*, cit., p. 117 ss. sulla duplice funzione sostanziale e probatorio-processuale dei "concetti disposizionali" (c.d. modello a due livelli o "*zwei-Stufen-Modell*").

[57] In questi termini W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 498, il quale sulla base di questa considerazione, proponeva uno studio del dolo basato sull'analisi degli "*elementi esterni di caratterizzazione*" (indicatori) ordinati in tre sequenze: pericolo (esterno), rappresentazione (interna) del pericolo e decisione (interna) a favore della realizzazione del pericolo riconosciuto.

[58] Così K. Volk, *Dolus ex re*, in G. De Simone (a cura di), *Sistema penale e criminalità economica di Klaus Volk*, cit., p. 107 ss., in cui l'A. ritorna ad argomentare sul *dolus ex re* per un contributo alla costruzione teorica del diritto penale. *Ivi* si rinvia anche al saggio di Armin Kaufmann, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in *ZStW* 70 (1958), p. 64 ss.

[59] Lo rileva P. Astorina, *L'accertamento del dolo: determinatezza*, *normatività e individualizzazione*, cit., p. 401.

funzionali all'accertamento del dolo [60], questione che in giurisprudenza assume rilievo soprattutto con riferimento al dolo eventuale.

Già Bricola, rilevando un'intima connessione tra l'oggetto del dolo e il suo accertamento, aveva in tempi risalenti elaborato una sorta di "teoria generale" degli indicatori del dolo, individuabili in due classi: (i) quelli inerenti al fatto e alla pericolosità della condotta (oggettivi); (ii) quelli relativi alla persona del reo (soggettivi e a carattere sussidiario) [61].

Successivamente, lo studio sull'*accertamento del dolo* di Demuro [62], nel sistematizzare gli indicatori, ha valorizzato esclusivamente la loro funzione processuale, ritenendoli funzionali – appunto – *solo per l'accertamento probatorio*, non potendo essi mai integrare e contribuire a definire *struttura e oggetto* del dolo.

Breve. La discussione si è polarizzata sulla *dimensione processuale* degli

---

[60] Come riconosce la pronuncia delle Sezioni Unite Thyssenkrupp, sez. un., 24 aprile 2014 n. 38343, Espenhahn, p. 184 ss., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, con note di M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, *ivi*, p. 1953 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, *ivi*, p. 1938 ss., in relazione al dolo eventuale, dovendosi indagare la sfera interiore, l'indagine va fatta *sul piano indiziario*. Cfr. in dottrina, specialmente in riferimento alla delimitazione dei confini tra dolo eventuale e colpa cosciente, G. Delitala, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, ora in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1976, 431 ss.; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1993, 32 ss.; G. Demuro, *Il dolo. II*: *L'accertamento*, cit., p. 34 ss. e p. 186 ss.; P. Astorina, *L'accertamento del dolo: determinatezza*, *normatività e individualizzazione*, cit., p. 451 ss.

[61] Sul punto, F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, cit., p. 16 ss., che, con riferimento al problema dell'accertamento del dolo in generale e non soltanto di quello eventuale – aveva già in tempi risalenti individuato le linee di fondo di una sorta di "teoria generale" degli indici del dolo, a partire dalla considerazione che la giurisprudenza ha individuato due categorie di indicatori: (i) elementi oggettivi, ossia «tutte le circostanze esteriori che normalmente costituiscono espressione del fatto psicologico da provare»; (ii) elementi soggettivi, ossia «quelli riconducibili all'autore del fatto» (così, per tutte, Cass., sez. II, 23 giugno 1986, Torazzina, in *Cass. pen.*, 1988, p. 605 ss.).

[62] G. Demuro, *Il dolo. II*: *L'accertamento*, cit., p. 30 ss., ricostruisce i 'gradini' che conducono alla imputazione soggettiva, in sequenza: 1) il pericolo situazionale per il bene giuridico, 2) la rappresentazione nel soggetto agente di questo pericolo, 3) la decisione per la realizzazione di questo pericolo. Solo il primo passaggio si svolge *in una descrizione osservabile*, i due successivi *non funzionano senza la deduzione mediata attraverso gli indicatori* e per ogni livello rilevano indicatori diversi. Solo gli indicatori consentono di accedere al requisito centrale del dolo, all'ambito interno decisionale, e di conseguenza contribuiscono a modellare un concetto che altrimenti non sarebbe concretamente utilizzabile. Secondo l'A., la confusione tra piano sostanziale e processuale dovrebbe tramutarsi in una *integrazione tra piani*: struttura oggetto e accertamento del dolo sono realtà interdipendenti e dunque la dottrina del dolo deve porre maggiore attenzione sulla fase dell'accertamento, cioè all'attività della giurisprudenza (*ivi*, p. 186 ss.).

indicatori [63], *i.e.* sulla loro rilevanza non a livello di struttura del dolo, ma solo a livello di accertamento, considerando l'eventualità di una loro codificazione esclusivamente sul terreno del *regime delle prove* [64].

Seguendo questa impostazione, l'esistenza di una condotta *esteriormente* dolosa è la conseguenza del dolo 'interno', la cui prova si ottiene attraverso *indizi* (ossia, gli *indicatori*) [65], che sottendono l'impiego di una o più *massime di esperienza di senso comune psicologico*, dotate di una certa dose di generalizzazione. Pur non assumendo rilevanza esclusiva e consistendo in un catalogo *aperto* e in continua evoluzione, nel terreno del dolo gli indicatori *concorrono ad orientare la verifica probatoria* verso uno scenario meno incerto ed opinabile [66], assicurando una «fondazione razionale e dunque la non arbitrarietà, dell'argomentazione giudiziaria che sostiene l'accertamento stesso» [67].

A questo approdo è giunta anche la giurisprudenza di legittimità, nella fondamentale pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite ThyssenKrupp [68]: in tema di dolo eventuale, dovendosi indagare, ai fini del suo accertamento, la sfera interiore, l'indagine va condotta *necessariamente sul piano indiziario* [69].

---

[63] Cfr. per una ricostruzione, P. Astorina, *L'accertamento del dolo: determinatezza, normatività e individualizzazione*, cit., p. 433 ss.

[64] Si tratta di un problema affrontato già da G. Marinucci, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 430 ss., in riferimento alla tendenza della giurisprudenza a presumere il dolo (dall'effettiva conoscenza alla possibilità di conoscere, al dover conoscere), ossia la c.d. *Doctrina Bartoli*: prevedibilità = previsione. Mentre ai tempi di Bartolo dominava il principio delle prove oggettive, oggi la ricerca giudiziaria, anche dei fatti psichici, non incontra limiti probatori e secondo Marinucci è inutile rivolgere appelli alle Sezioni Unite della Cassazione: "*il rovesciamo delle prassi giurisprudenziali può essere imposto solo dal legislatore*". L'A. propone di riflettere sull'elaborazione di una regola sulla prova del dolo prevista a livello codicistico, che impedisca l'adozione di altre regole da parte della giurisprudenza che "ci fanno regredire ai tempi di Bartolo".

[65] Cfr. M. Donini, *Il dolo eventuale, fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, p. 95.

[66] Sul punto cfr. A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 3, 2013, pp. 301-345, il quale analizza gli indicatori probatori elaborati dalla giurisprudenza e gli stilemi argomentativi maggiormente utilizzati per fondare o negare il riconoscimento del dolo eventuale, v. spec. nota 171.

[67] Così, L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia, 1993, p. 117.

[68] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, cit., con note di M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, *ivi*, p. 1953 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, *ivi*, p. 1938 ss.

[69] W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 498 ss. proponeva un approccio integralmente probatorio per affrontare il problema del dolo eventuale. In questo senso anche R. Bartoli, in

Al riguardo si osserva che tali indizi o indicatori *non incarnano* la colpevolezza, ma servono a *ricostruire il processo decisionale* e i suoi motivi, e particolarmente il suo culmine, che si realizza con l'adozione di una condotta «che si basa sulla nitida, ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale e si traduce in adesione a tale eventualità quale prezzo o contropartita accettabile in relazione alle finalità primarie»[70]. La Suprema Corte stila una lista di ben undici indicatori funzionali a tracciare una distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente: un elenco espressamente riconosciuto come *aperto*[71], giacché «l'esperienza potrà certamente suggerire l'utilizzo di ulteriori indici del dolo, che devono essere considerati alla stregua di indizi per sondare il foro interiore del reato, inaccessibile in via diretta, e devono essere soppesati tra loro al fine di valutare sussistente o meno un'adesione dell'agente alla prospettiva della verificazione dell'evento»[72].

G.A. De Francesco-C. Piemontese-E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, 2010, *La prova delle componenti psichiche: volontà*, *conoscenza*, *conoscibilità*, cit., p. 217 ss. Sul tema cfr. E. Mazzantini, *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1143 ss.; S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 122 ss., 143 ss.; Id., *La definizione legale del dolo: il problema del* dolus eventualis, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, spec. p. 920 ss.; M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2555 ss.; G. De Vero, *Dolo eventuale*, *colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 2011, p. 914 ss.

[70] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., § 51.

[71] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., § 51, p. 184 ss., in cui si individuano come indicatori di dolo eventuale: 1. La condotta che caratterizza l'illecito ha un determinato rilievo negli illeciti di sangue: per esempio sono importanti le caratteristiche dell'arma utilizzata, la ripetizione dei colpi, le parti prese di mira; 2. Negli ambiti governati da discipline cautelari rileva la lontananza dalla condotta standard; 3. La personalità, la storia e le precedenti esperienze indiziano la piena consapevolezza delle conseguenze lesive che possono derivate dalla condotta e la conseguente accettazione dell'evento; 4. La durata e la ripetizione della condotta: un comportamento impulsivo accredita l'ipotesi di un'insufficiente ponderazione di certe conseguenze illecite (si pensi alla bravata e l'atto compiuto d'impulso in uno stato emotivo alterato i quali indiziano un atteggiamento di grave imprudenza piuttosto che la volontaria accettazione della possibilità che si verifichino eventi lesivi); 5. La condotta successiva al fatto: la spontanea opera di soccorso può avere peso nel valutare se l'atteggiamento possa essere riconducibile alla colpa cosciente piuttosto che al dolo; 6. Il fine della condotta, cioè il "prezzo" connesso all'evento non direttamente voluto; 7. La probabilità di verificazione dell'evento; 8. Le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento; 9. Il contesto lecito o illecito. Una situazione illecita di base certamente indizia più gravemente il dolo. 10. La fiducia nel fatto che l'evento non si verificherà; 11. La prima formula di Frank (il dolo sussiste quando si sarebbe agito nonostante questa consapevolezza dell'evento).

[72] Così Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., p. 187. Sul punto v. M. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015, p. 21 ss.

Le Sezioni Unite Thyssenkrupp non ritengono, dunque, di avere elaborato una *regola* per distinguere dolo e colpa *sul piano concettuale*, ma per *indirizzare* con il ragionamento indiziario il momento dell'accertamento dell'elemento psicologico[73]. Gli indizi, insomma, sono al servizio del giudizio.

Cionondimeno, benché si insista sulla valorizzazione della dimensione processuale[74], a tratti la Corte sembra riconoscere la funzione – di fatto – '*sostanziale*' degli stessi[75], laddove afferma che «il momento dell'accertamento, pur essendo analiticamente distinto dalla struttura e dall'oggetto della fattispecie, tende a compenetrarvisi e ad assumere un ruolo in concreto cruciale»[76].

---

[73] Cfr. M. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, cit., p. 20 il quale rileva che la Suprema Corte si rifiuta di dare sostanza meramente fenomenologica al dolo, richiedendo la sussistenza *ontologica* quale stato psichico reale. Per questa posizione in dottrina spec. M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., p. 95 ss.; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, cit., p. 1963 ss.

[74] La giurisprudenza volutamente affronta questioni dogmatiche complesse, come quella del dolo eventuale, in chiave probatoria perché in tal modo può rimanere flessibile e sostenere che il concetto sia rimasto lo stesso e non sia mai stato modificato, in questi termini, K. Volk, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, in A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone-F. Schiaffo-A. Sessa (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, in *Scritti in onore di Sergio Moccia*, E.S.I., Napoli, 2017, p. 37 ss., spec. p. 42. Nella presente trattazione, abbiamo già osservato una simile operazione *supra*, Cap. I, § 4., in riferimento a Cass., sez. un., 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, cit. in cui la giurisprudenza ha fatto ricorso a "indici sintomatici" per differenziare il grado di condizionamento psichico della condotta abusiva del pubblico ufficiale, affidando – di fatto – al processo l'elaborazione di un *criterio di distinzione tra le condotte tipiche* attraverso indicatori funzionali ad inquadrare la tipicità dolosa delle fattispecie astratte.

[75] Sul punto, in particolare, G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, cit., p. 1938 ss., secondo cui questo passo della motivazione fa sorgere il fondato sospetto che il modello di dolo eventuale tratteggiato dalle Sezioni Unite possa, in ultima analisi e al di là delle intenzioni dichiarate, essere ricondotto ad una impostazione di tipo tendenzialmente "proceduralista" o, comunque, di strettissima compenetrazione tra dimensione sostanziale e dimensione processuale: fino al punto di ipotizzare che gli "indicatori" utilizzati ai fini della verifica processuale entrino a far parte – in una prospettiva sostanzialmente simile a quella teorizzata da Hassemer – dello stesso dolo eventuale inteso, in fin dei conti, come concetto "disposizionale"; v. anche M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, cit., p. 1953 ss.; P. Astorina, *L'accertamento del dolo: determinatezza, normatività e individualizzazione*, cit., p. 404 ss.; G. Salcuni, *Per una ricostruzione, finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa University Press, Pisa, 2017, p. 147 ss.

[76] Cass. sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., par. 50. Come proveremo a sostenere nel prosieguo della trattazione (v. *infra*, § 3.3.), riteniamo di poter pervenire a tale conclusione, in particolare, per gli indicatori a carattere oggettivo (ad esempio, la modalità della condotta, la probabilità di verificazione dell'evento, la congruenza del 'prezzo' connesso all'evento non direttamente

Tale *confusione 'mobile' dei piani* tra la definizione della categoria concettuale del dolo e gli elementi probatori funzionali ad accertarlo è correlata alla particolare natura dell'elemento costitutivo del Fatto qui considerato: se l'oggetto dell'accertamento è incerto *la prova tende a surrogare il suo oggetto*, dando vita al fenomeno della "*processualizzazione delle categorie sostanziali*" del diritto penale[77]. Peraltro, in riferimento all'istituto dolo, tale meccanismo euristico potrebbe celare il rischio di una sua eccessiva *normativizzazione*, facendone obliterare o, quantomeno, oscurare, la necessaria dimensione volitiva[78].

E questo, appunto, è proprio il caso del dolo eventuale: se ne sono rese conto le Sezioni Unite[79], che, nell'elaborare gli indicatori funzionali a distinguere dolo eventuale e colpa cosciente, evidenziano la necessità di evitare percorsi applicativi "oggettivizzanti" che consentono di inferire il dolo come realtà normativa che si imputa "a titolo di rischio" (elevato) anziché come realtà soggettiva che si *accerta*, se non empiricamente, comunque effettivamente.

---

voluto rispetto al progetto d'azione), che sembrano, a ben vedere, riconducibili ai criteri di distinzione *a livello strutturale* del dolo dalla colpa; al contrario, aspetti che hanno a che fare con l'atteggiamento soggettivo dell'agente si limitano indubbiamente ad assumere rilevanza *a livello di accertamento* (ad esempio, la personalità dell'autore, i motivi della sua condotta, la stessa c.d. prima formula di Frank). Per l'elenco completo degli indicatori di dolo eventuale v. *supra*, nota 71.

[77] Sul tema, per tutti, T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., p. 539.

[78] Su cui si rimanda alle riflessioni di G. Marinucci, v. *supra*, nota 64. Ma v. anche G. Demuro, *Il dolo*, *vol. II*, *L'accertamento*, cit., p. 38 ss., il quale rileva che, quando attraverso indizi si cerca di provare da circostanze esterne stati interiori, gioca *un ruolo fondamentale nella prassi non l'agente concreto ma una sorta di agente tipo* e ci si chiede che cosa avrebbe pensato, visto, sentito, creduto, questo soggetto "ideale". L'elemento soggettivo doloso viene così generalizzato e normativizzato e l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato valorizza solo in parte lo stato psichico individuale; cfr. sul punto anche M. Donini, *Il dolo eventuale*, *fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., pp. 1-72.

[79] Cfr. Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, cit., su cui v. M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, cit., p. 1963: «che la sentenza abbia preso le distanze, in modo non soltanto formale, ma sostanziale, dalla normativizzazione del dolo, è dimostrato dalla circostanza che, tra gli indicatori elencati, significativamente in maniera non tassativa, ve ne siano alcuni strettamente inerenti al momento personale che si rivela nel fatto compiuto». Sul punto anche G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, ivi, p. 1951, secondo cui «la scelta di fondo della Cassazione riunita è dichiaratamente nel senso di privilegiare un approccio volontaristico al dolo eventuale. (...) La premessa è costituita dal rilievo che, dovendosi indagare la sfera interiore, l'indagine sul dolo eventuale si colloca sul piano indiziario e si avvale necessariamente di dati esterni e criteri idonei ad assurgere a indici di una volontaria accettazione dell'evento. Inoltre, la Corte è ben consapevole che il catalogo degli indicatori non può che essere aperto e che la loro individuazione e il rispettivo ruolo dipendono anche dallo specifico settore o contesto di attività che viene di volta in rilievo».

Insomma, proprio per preservare la dimensione psicologica del dolo e, soprattutto, la componente volitiva di questo, piano sostanziale e piano processuale non andrebbero confusi [80].

Fermo ciò, acquisita la consapevolezza che solo attraverso elementi esterni tratti dal contesto si può accedere alla prova del requisito focale del dolo, ossia all'ambito *interno decisionale-volitivo* [81], alcuni Autori hanno proposto l'impiego di una pluralità di indici probatori tutti coerentemente significativi su questo piano [82], nell'ottica di favorire un'uniformità di risposte che l'ordinamento fornisce ai casi proposti dalla prassi, indirizzare il giudizio di accertamento, e, in ultima analisi, ridurre la discrezionalità degli organi giudicanti.

Esauritasi la stagione della *dogmatica delle formule*, tutta orientata verso l'utopia del criterio teoretico perfetto [83], la dottrina ha quindi riconosciuto

---

[80] G. Demuro, *Il dolo. II*: *L'accertamento*, cit., p. 186 ss., che osserva come il dolo vivente in una dimensione prettamente processuale, dove albergava solo il profilo conoscitivo ha portato a figura di oggettivizzazione del dolo come la *doctrina bartoli*, *il dolus generalis*, *il dolus indirectus*. Cfr. anche Id., *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1410 ss., spec. § 5.2.

[81] Sul punto v. le osservazioni di R. Bartoli, *La prova delle componenti psichiche: volontà*, *conoscenza*, *conoscibilità*, cit., p. 217 ss.

[82] Cfr. la ricostruzione di P. Astorina, *L'accertamento del dolo: determinatezza*, *normatività e individualizzazione*, cit., p. 433 ss., il quale rileva che per valorizzare gli indicatori sono state avanzate delle proposte dottrinali funzionali a inserire formule per orientare metodologicamente la prova sul piano dell'accertamento: non si tratta di "sostanzializzare" i criteri di prova, ma stabilire i parametri della prova stessa. Secondo l'A. occorrerebbe intervenire quindi *sul piano dell'accertamento* e non sul piano definitorio, richiamando la dottrina tedesca in cui si parla di funzione probatoria del diritto penale sostanziale per intendere il fatto che la dogmatica del diritto penale non sarebbe solo scienza valutativa, ma anche elaborazione dei problemi di prova che si presentano nella prassi; v. anche G. Demuro, *Il dolo. II*: *L'accertamento*, cit., p. 193 ss., secondo cui si dovrebbe attribuire al diritto penale sostanziale *il dovere di dettare la regola probatoria* in modo da evitare lo svuotamento del concetto in sede processuale. L'A. rileva come nel progetto di riforma Pisapia si manifestasse espressamente la preoccupazione per la sorte processuale del dolo (*ivi*, p. 210) e formula anche una proposta per una modellistica di specifici indicatori probatori del dolo (*ivi*, p. 258 ss.), segnalando come la lettura dei *riferimenti di contesto* guadagna importanza cruciale ai fini della ricostruzione del dolo (*ivi*, p. 298).

[83] Cfr. S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., p. 141, in cui si riporta l'interessante linea di sviluppo del discorso relativo alla reciproca interferenza tra tecniche e funzioni di tipizzazione e criteri probatori indicata da M. Nobili, *Storie d'una illustre formula: il «libero convincimento» negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 89, il quale, aprendo ad analisi «fruttuose, imprescindibili, in tutt'uno con il diritto penale sostanziale», riteneva che la funzione descrittiva del tipo potesse essere realizzata sia lavorando su elementi e struttura delle fattispecie incriminatrici sia tramite norme sulle prove e sulla loro valutazione mediante la predeterminazione delle regole sul valutare o anche dei mezzi di prova da esperire.

l'utilità della «pratica degli indicatori» [84], quantomeno sul piano probatorio.

Occorre, infatti, ribadire che *i criteri di accertamento* del dolo, in quanto *strumenti di prova*, non coincidono con *l'oggetto* della prova, ossia con la struttura concettuale del dolo.

Riportati gli indicatori funzionali all'accertamento del dolo su un piano prettamente processuale, rimane ancora 'sul tavolo' la questione di come descrivere il concetto disposizionale del dolo sul piano sostanziale. In altri termini, resta da capire se sia possibile isolare, anche in questo caso, degli indici con funzione 'costitutiva', che si distinguono dagli indici probatori, operando sul piano *lato sensu* definitorio.

A tal fine, si ritiene necessario considerare *come presupposto dogmatico* non il dolo-colpevolezza, ma il dolo-tipicità.

Con tale espressione intendiamo riferirci al dolo come *elemento strutturale del Fatto tipico* [85], espressione dell'agire finalisticamente orientato. Così inteso, il dolo 'governa' le *modalità di esecuzione* dell'accadimento esterno, distinguendosi dal dolo-colpevolezza, che opera invece in fase di commisurazione della pena, graduando l'intensità del rimprovero.

3.2. *La definizione del dolo tramite indicatori*

Al fine di cogliere la *doppia funzione* – non solo probatoria ma anche 'costitutiva' – che il dato contestuale può assumere rispetto al concetto disposizionale di dolo è necessario considerarne la dimensione di tipicità

---

[84] In questi termini M. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori*, cit., p. 41.

[85] Per una sistematica del dolo e della colpa come elementi soggettivi del Fatto tipico, nella manualistica recente cfr. C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 79 ss. e *ivi* spec. C. Piergallini, *Il fatto tipico colposo*, cit., p. 252 ss., secondo il quale il disvalore di intenzione (come 'marcatore' del dolo) plasma la tipicità del fatto e si atteggia come espressione dell'agire finalisticamente orientato, assolvendo ad una duplice funzione: per un verso, normativo-selettiva, vale a dire come elemento di struttura del Tipo; per altro verso, 'valoriale', come indice del maggiore disvalore che contraddistingue il Tipo doloso (e lo tiene 'separato' dal Tipo colposo) e *ivi*, p. 385 ss., in cui, più in generale, si rileva che il dolo e la colpa esplicano un duplice ruolo nella sistematica del reato: per un verso si atteggiano come elementi costitutivi del Tipo e per altro verso soggiacciono a un giudizio di disvalore che si colloca sul versante della rimproverabilità (dunque, della colpevolezza) nel cui ambito viene 'misurata', soppesata l'intensità del rimprovero. Quanto al dolo-colpevolezza, in particolare, esso rileva nel momento commisurativo della pena, laddove l'art. 133, comma 1, n. 3), c.p. impone al giudice, in sede di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, di tenere conto proprio dell'intensità del dolo. Cfr. anche M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 78 ss.; Id., *voce Teoria del reato*, in *Digesto*, vol. XIV, cit., 1999, p. 258 ss.; Id., *Il dolo eventuale, fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, p. 95 ss.

soggettiva, così come declinata nella sistematica post-finalista, secondo cui il dolo entra già nel disvalore di azione, valorizzando le componenti modali dell'illecito e confermando le note strutturali della tipicità oggettiva [86].

> A titolo esemplificativo, si pensi al fatto doloso di bancarotta fraudolenta: agire in stato di insolvenza potenziale o attuale con la consapevolezza del pericolo delle pretese creditorie non assorbe la componente della tipicità soggettiva, che comporta l'analisi delle residue componenti che connotano la fraudolenza del dolo. Se si elimina la componente soggettiva della fraudolenza, il modello legale diventa irriconoscibile [87].

Se il Fatto tipico ha la funzione di esplicitare tutto ciò che contrassegna l'oggetto dell'incriminazione, esso non può compiutamente esprimere la materia del divieto o del comando penale senza far riferimento, fin da principio, anche *all'atteggiamento soggettivo* che 'anima' la condotta incriminata [88].

Affermare la funzione tipizzante del dolo non significa *obiettivizzarlo in modo integrale*, ma piuttosto riconoscere l'esistenza di un suo versante esterno materializzato nell'azione, che si aggiunge al versante interno senza

---

[86] Secondo la teoria dell'azione finalistica il *Tatbestand* è comprensivo anche dei momenti soggettivi del dolo e della colpa. Si rinvia in particolare a H. Welzel, *Posizione dogmatica della teoria finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 1 ss.; Id., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 31. Nella dottrina italiana, cfr. M. Gallo, *La teoria dell'«azione finalistica» nella più recente letteratura tedesca*, in *St. Urb., 1948-1950*, p. 213 ss.; D. Santamaria, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Jovene, Napoli, 1955, p. 118 ss.; C. Fiore, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 388 ss.; G. Marinucci, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 364 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, E.S.I., Napoli, 1992, p. 124 ss.; Id. (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., p. 237 ss. Dopo Welzel e il finalismo, si è diffusa quella che in Italia è stata in seguito definita 'costruzione separata delle fattispecie', in cui, a livello sistematico il dolo e la colpa esplicano un duplice ruolo: (i) come elementi soggettivi del Fatto tipico, rispettivamente, doloso e colposo; (ii) come oggetto del giudizio di disvalore che si colloca nel terreno della rimproverabilità (e quindi della colpevolezza), cfr. nota precedente.

[87] In questi termini G. Minicucci, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. 242 ss.; per la rilevanza degli "indici di fraudolenza" rispetto alle componenti oggettive e soggettive del tipo v. *supra*, Cap. II, § 2.2.

[88] Sul punto C. Fiore, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, cit., p. 388. Secondo l'A., la valenza garantistica del fatto può risultare solo accresciuta e non diminuita dall'attribuzione del coefficiente psicologico dell'azione; ma v. anche G. Marinucci, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, cit., p. 364 ss.

poterlo surrogare [89]. Per converso, non basta però definire il dolo come *subjectiver Tatbestand* per delinearne i tratti di tipicità [90].

Proprio per evitare una confusione dei piani tra il concetto e la sua prova, andrebbe quindi valorizzata la distinzione, che già emergeva negli studi di Marinucci sul concetto di azione [91], tra: (a) *dolo-tipicità*, che attiene agli aspetti impersonali ma comunque *volontari* dell'azione, segnando la differenza *a livello strutturale* tra il reato doloso e quello colposo; (b) *dolo-colpevolezza*, che attiene a fini e moventi non rilevanti sul piano tipico ma utili per la determinazione *dell'intensità del rimprovero* da muovere all'agente in fase di commisurazione della pena [92].

Riconoscendo una rilevanza autonoma alla componente soggettiva del Tipo, *rectius* dell'*intenzione* (o forse, meglio, *intenzionalità*), appare chiaro che gli indicatori non attengono solo a profili meramente processuali o probatori, ma possono acquisire una dimensione '*definitoria*' e dunque *sostanziale*.

Il dolo si esprime sul piano della tipicità della condotta mediante modalità realizzative che sono *contrassegni fattuali della tipicità soggettiva* [93]: gli indicatori del dolo-tipicità non servirebbero quindi a raggiungere la prova del dolo come fatto interiore ma a *connotarlo* come fatto esteriore tipicamente doloso [94].

---

[89] M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 78.

[90] *Ibidem*, p. 85.

[91] G. MARINUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971, il quale proponeva di *superare la trattazione unitaria del reato*, che prendeva le mosse, a sua volta, da un concetto unitario di azione, proponendo una *trattazione separata*, rispettivamente, del reato commissivo doloso, del reato omissivo doloso, del reato commissivo colposo e del reato omissivo colposo. Su questa impostazione sistematica v. *supra*, nota 85.

[92] Per tale distinzione, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 78 ss.; C.E. PALIERO (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 79 ss. e p. 252 ss.

[93] M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 74 ss., distingue le modalità di realizzazione della condotta tipica descritte dalla legge *in forma espressa* o *in forma ellittica*. In questo secondo caso vi è un'indicazione ellittica delle modalità espressive del dolo, il parametro normativo sintetico abbraccia tutte le possibili modalità esterne espressive del dolo, che sono conformi al tipo anche se non espressamente tipizzate (*ivi*, p. 76); v. già ID., voce *Teoria del reato*, cit., 1999, p. 263: «c'è un dolo e c'è una colpa che, in una logica processuale di accertamento, non sono ancora necessariamente colpevoli». *Sono gli elementi della tipicità soggettiva del fatto di reato*, ben caratterizzati soprattutto nelle previsioni espresse delle modalità di lesione dei delitti. Ma anche dove l'incriminazione contempli solo un dolo o una colpa generici o sia causalmente orientata, nondimeno si impone una tipizzazione interpretativa del fatto doloso come distinto da quello colposo: essendovi qui una previsione ellittica, ma non meno effettiva, *della valenza modale di dolo e colpa*.

[94] Cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 77-78 il quale evidenzia che, sotto il profilo dell'accertamento del dolo, nel fatto reale si dovranno trovare quei contrassegni,

Riscontrata la *doppia funzione* del dato contestuale, dovuta alla natura 'disposizionale' del concetto di dolo, occorre a questo punto provare a isolare gli indicatori del dolo a carattere sostanziale riconducibili alla nozione di dolo-tipicità, distinguendoli dagli indicatori del dolo a carattere probatorio, attinenti al suo accertamento processuale.

3.3. *La* Zwei-Stufen Modell theorie*: gli indicatori del dolo tra definizione e accertamento*

Nel tentativo di tracciare una distinzione tra indicatori del dolo a carattere sostanziale e indicatori del dolo a carattere probatorio, può venire in soccorso la teoria del "modello a due livelli" (*Zwei Stufe Modell*) sulla struttura dei concetti disposizionali [95].

Come sottolineato in precedenza, i concetti disposizionali non sono direttamente percepibili, la loro esistenza si trae *indirettamente* mediante l'uso di *elementi empirici e di previsioni* [96]: si abbandona il campo delle strutture puramente concettuali a favore di un tentativo di riscostruire il significato attraverso *elementi esterni tratti dal contesto*.

Lo scopo della teoria del "modello a due livelli" è proprio associare, in funzione definitoria [97], concetti teorici a concetti *osservabili*, attraverso *indicatori*, che possono assumere anche un significato *sostanziale*, nella misura

---

gli indicatori, i quali *non servono a raggiungere la prova del dolo come fatto interiore*, *ma la prova di un fatto tipicamente doloso*. Quindi anche nel *capo di imputazione* si dovrebbero specificare queste modalità dolose cui la legge rinvia ellitticamente. In questo caso si parla non tanto di prova del dolo ma *di prova della dolosità del fatto*.

[95] K. Volk, *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi*, cit., fa ricorso a un modello teorico-scientifico tratto dalla filosofia analitica, il c.d. modello a due livelli o "*Zwei-Stufen-Modell*", sviluppato nello studio dei concetti disposizionali. Nella *Zwei-Stufen-Modell theorie* si immaginano due livelli linguistici: un linguaggio *di osservazione* e un linguaggio *valutativo*. La finalità principale della teoria è quella di creare un collegamento tra questi due linguaggi: attraverso le regole di attribuzione vengono collegati concetti valutativi e fenomeni direttamente osservabili. Trasponendo tale impostazione in ambito penale, l'A. riscontra la natura di concetto disposizionale del dolo e si chiede quali proposizioni definiscono il dolo e quali sono indizi per risalire ad esso. La tesi è esposta con precisione anche da G. Demuro, *Il dolo*, *vol. II*: *L'accertamento*, cit., p. 34 ss.

[96] Cfr. C. Mylonopoulos, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., p. 243 ss., § 1, v. *supra*, § 2.

[97] I concetti diposizionali vengono definitivi attraverso definizioni 'operazionali', ossia definizioni parziali che si riferiscono all'esecuzione di un test e all'osservazione del suo risultato, "creando una pericolosa confusione tra strutture concettuali e analisi empirica", così C. Mylonopoulos, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., p. 243 ss., § 1, v. già *supra* § 2.

in cui acquisiscono la capacità descrittiva che le formule astratte – '*ontologiche*' – hanno perso.

Con riferimento al dolo, come già rilevato in dottrina, "mettere in conto approvandolo un pericolo" [98] *(rectius*: un evento) è un *concetto valutativo* a struttura disposizionale: la rappresentazione del soggetto agente come la sua decisione non possono essere descritte attraverso un modello astratto, ma sono *definibili* e *accertabili* unicamente attraverso degli indicatori.

Da qui la ragione per cui, secondo Hassemer, gli indicatori *non possono essere separati dal concetto di dolo*, perché soltanto questi lo rendono applicabile, facendo parte di tale concetto [99].

Così anche Volk, interrogandosi su quali proposizioni appartengano al concetto e quali alla prova del dolo, rileva la presenza di *un'ampia zona di confine tra diritto penale sostanziale e processuale* dove le definizioni sono intercambiabili con la formulazione di indizi [100].

Tuttavia, come si è già rilevato, la *intercambiabilità* fra 'concetto' e 'prova' non è priva di conseguenze nel sistema penale [101]: da questa ambiguità consegue la tendenza della giurisprudenza ad arrogarsi il compito di scolpire autonomamente la 'tipicità dolosa' nell'ambito del processo, pur propugnando la natura processuale degli indicatori.

> Ad esempio, nel delimitare i confini tra concussione e induzione indebita (e – *à rebours* – della corruzione), le già menzionate Sezioni Unite Maldera fanno ricorso a "indici sintomatici" per differenziare il grado di condizionamento psichico della condotta abusiva del pubblico ufficiale, affidando – di fatto – al processo l'elaborazione di un criterio di distinzione tra le condotte tipiche [102]. In

---

[98] In questi termini K. VOLK, *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, cit., p. 742, sui cui v. G. DEMURO, *Il dolo*, *vol. II*: *L'accertamento*, cit., p. 35.

[99] Considerando la loro valenza sostanziale, «non sarebbe corretto – nella distinzione tra presupposti concettuali del dolo da un lato e accertamento conforme alla prova della loro sussistenza nel processo penale dall'altro – considerarli solo sotto il profilo processuale». Cfr. W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 498.

[100] K. VOLK, *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi*, *dattiloscritto presentato all'Associazione F. Bricola*, 2000, cit., p. 742 ss., la cui posizione è ricostruita da G. DEMURO, *Il dolo*, *vol. II*, *L'accertamento*, cit., p. 36. L'A. si domanda se le regole di assegnazione (*Zuordnungsregeln*) appartengano al concetto o alla prova del dolo, arrivando alla conclusione che non sia facile la distinzione tra la definizione e la regola probatoria.

[101] Sul rischio di normativizzazione del dolo come conseguenza dell'applicazione della teoria dello *Zwei Stufe Modell*, traendo da circostanze esterne la prova di fatti interiori, G. DEMURO, *Il dolo*, *vol. II*, *L'accertamento*, cit., p. 41, v. *supra* § 3.2.

[102] In particolare, i confini della condotta di induzione rispetto (da un lato) alla costrizione *ex*

questo modo, viene 'traslata' sul piano della prova la definizione delle modalità tipiche di esteriorizzazione della tipicità soggettiva delle rispettive fattispecie [103].

Si determina così una distorsione del rapporto tra la prova e il suo oggetto *confondendo il piano della tipicità e quello dell'accertamento processuale* [104]: un esito incompatibile con i principî fondamentali del sistema penale.

Ciò considerato, per quanto non sia agevole distinguere gli indici probatori dai criteri di essenza, non è sufficiente soffermarsi sulla necessità di ricorrere ad indicatori senza compiere il passo ulteriore di capire quali tra questi può avere *valenza sostanziale* e, dunque, assumere rilievo nella *definizione della tipicità soggettiva*.

A tal fine, può essere utile fare riferimento all'articolato elenco di indicatori proposto da Demuro [105] e, in particolare, alla distinzione – al suo interno – tra indicatori del dolo inerenti alla condotta e indicatori del dolo che atterrebbero all'autore [106]:

---

art. 317 c.p. e (dall'altro) al patto corruttivo vengono tracciati in sede processuale in base ai c.d. "parametri rilevatori" del danno *contra ius* e del vantaggio indebito, apprezzati nella loro operatività dinamica. Cfr. *supra*, Cap. I, § 4.

[103] Sul punto v. M. Donini, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro*, cit., p. 1491.

[104] Come già rilevato, diversi Autori sono concordi nel considerare il dolo un caso paradigmatico di gestione prasseologica delle difficoltà probatorie con effetti manipolatori della tipicità legale: la processualizzazione si avverte nella vischiosa sovrapposizione di struttura, oggetto e accertamento del coefficiente psichico, avuto riguardo al ruolo "anfibologico" problematicamente assunto dagli indicatori, trasformati di fatto in 'prova legale' dalla crescente tendenza alla standardizzazione, cfr. in particolare A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., p. 100 rispetto ai segnali di allarme nella responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di gestione e controllo, ma v. anche C.E. Paliero, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 502 ss., il quale evidenzia come nel campo dei reati economici, si assiste alla nascita di un "nuovo" dolo, influenzato «dalla sovrapposizione totale delle esigenze processuali dell'accertamento sui criteri sostanziali di determinazione dell'oggetto e della struttura del dolo stesso».

[105] G. Demuro, *Il dolo*, *vol. II*, *L'accertamento*, cit., elabora un elenco di indicatori, p. 435 ss., distinguendo: 1. Indicatori inerenti alla condotta; 2. Indicatori inerenti all'autore; 3. Indicatori del dolo omissivo: la qualifica e l'*aliud agere* ossia il comportamento alternativo tenuto nel momento in cui doveva essere adempiuto l'obbligo; 4. Indicatori del grado di intensità del dolo: in particolare della premeditazione. Per una categorizzazione dei seguenti indicatori come prettamente processuali "a catalogo aperto", *ivi*, p. 451 ss.

[106] Cfr. per questa distinzione già F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, cit., p. 16 ss., che, con riferimento al problema dell'accertamento del dolo, aveva già in tempi risalenti individuato le linee di fondo di una sorta di "teoria generale" degli indici del dolo, a partire dalla considerazione che la giurisprudenza ha individuato due

(a) indicatori inerenti alla condotta: (i) modalità della condotta; (ii) durata della condotta; (iii) comportamenti antecedenti alla condotta; (iv) presupposti della condotta; (v) comportamenti successivi alla condotta;
(b) indicatori inerenti all'autore: (i) la qualifica; (ii) il movente; (iii) l'assenza di un ragionevole movente; (iv) l'irrazionalità del mezzo per il conseguimento dell'obiettivo (come indicatore negativo del dolo e positivo della colpa cosciente); (v) le precedenti esperienze; (vi) il contesto lecito o illecito del processo motivazionale; (vii) la mancata adozione di cautele; (viii) la messa in pericolo di interessi propri (indicatore negativo del dolo).

Ebbene, tra questi, riteniamo di poter ricondurre ad una dimensione *definitoria* gli indicatori a carattere oggettivo (ad esempio, la modalità della condotta, l'irrazionalità del mezzo per il conseguimento dell'obiettivo, la mancata adozione di cautele), in quanto tali funzionali a caratterizzare strutturalmente – in positivo o in negativo – il Fatto come *tipicamente doloso* [107]; al contrario, gli indicatori che attengono all'atteggiamento soggettivo dell'agente si limitano indubbiamente ad assumere rilevanza solo *a livello di accertamento processuale*.

L'analisi dell'istituto del dolo come concetto disposizionale conferma, in ultima istanza, la doppia funzione [108] che possono svolgere gli indicatori e impone che entrambi i versanti mantengano la loro autonomia, con rilevanti conseguenze sul piano della *politica criminale*:

Infatti, ragionando in termini di compatibilità con i principî fondamentali del sistema penale:

(aa) gli indici di tipicità, attenendo al piano *lato sensu* definitorio della struttura del dolo *come elemento del fatto tipico*, avrebbero una funzione 'costitutiva': in questo senso, andrebbero tenuti in considerazione già in sede di *tipizzazione della fattispecie di parte speciale* e non rimessi all'elaborazione giurisprudenziale;

---

categorie di indicatori: (i) elementi oggettivi, ossia «tutte le circostanze esteriori che normalmente costituiscono espressione del fatto psicologico da provare»; (ii) elementi soggettivi, ossia «quelli riconducibili all'autore del fatto», così, per tutte, Cass., sez. II, 23 giugno 1986, Torazzina, in *Cass. pen.*, 1988, p. 605 ss.

[107] Per la considerazione secondo cui gli indicatori del dolo non attengono solo al fatto interiore, ma anche al fatto 'tipicamente doloso' v. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 78, v. già *supra*, § 3.3.

[108] Si conferma dunque la duplice funzione degli indicatori rilevata da Volk, sia sostanziale sia probatorio processuale (c.d. *modello a due livelli* sulla struttura dei concetti disposizionali) in K. VOLK, *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi*, *dattiloscritto presentato all'Associazione F. Bricola*, 2000, cit., p. 742 ss.

(bb) gli indici probatori, attenendo all'accertamento, avrebbero carattere meramente processuale e potrebbero continuare a costituire un catalogo aperto e – salvo degenerazioni – sempre sottoposto alla prova contraria [109].

4. *Dalla 'prammatica' alla 'paradigmatica' del disvalore di contesto*

L'analisi dell'istituto del dolo come *Dispositionsbegriff* rappresenta il 'banco di prova' della *doppia funzione* – di *definizione* e *accertamento* – che possono assumere gli indicatori in presenza di concetti disposizionali.

A partire da tale considerazione, estendiamo nuovamente la visuale al più ampio oggetto dell'indagine, ossia il valore *strutturalmente* costitutivo del contesto.

È vero che, come da tempo è stato posto in luce dalla dottrina [110], tra diritto penale e processo esiste un legame efficacemente rappresentato nei termini di una «strumentalità ad un tempo reciproca e complessa», onde per cui «il problema della prova e della sua valutazione non è separabile da quello della struttura dell'incriminazione» [111]. D'altronde, già Marinucci rilevava che, se il materiale probatorio cambia perché mutano gli assetti storico-sociali, muta anche l'interpretazione della fattispecie [112].

---

[109] Sulla degenerazione degli indici probatori in "prove legali", v. *supra*, nota 64.

[110] Cfr. *ex alia*, R. Orlandi, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 534; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 361 ss.; Id., *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., p. 203 ss.; P. Maggio, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., p. 491 ss.; Id., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, cit., p. 366 ss.; già Id., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 199 ss.; E. Marzaduri, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in F. Danovi (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, cit., p. 165; A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., 2016, p. 86 ss.; Id., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, cit., p. 103 ss.; S. Fiore, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 145 ss.; G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 1 ss.

[111] Così T. Padovani, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 919.

[112] Cfr. G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1256.

Nondimeno, occorre insistere sulla distinzione, in precedenza evidenziata, tra la *fisiologica* interazione delle fattispecie sostanziali con le dinamiche probatorie e la loro *patologica* interazione, che si verifica in caso di carenza di tipicità: in questo caso si oltrepassa la normale influenza reciproca tra diritto e processo, avviandosi verso un'impropria *selezione processuale delle condotte rilevanti*[113].

In linea di principio, come rilevato in dottrina, un simile esito distorsivo potrebbe essere scongiurato curando maggiormente la tecnica legislativa a livello di espressione in astratto di un Tipo criminoso omogeneo: la tipicità intesa come "risultato" dell'interpretazione deve essere in grado di veicolare il suo «*programma di azione*»[114], indicando il procedimento che deve fare l'interprete.

Si tratta, tuttavia, di una prospettiva non risolutiva nei casi di studio esaminati, in cui emerge attraverso il processo l'incapacità *strutturale* della fattispecie astratta di esprimere sul piano *descrittivo* – e *valutativo* – un significato che prescinda dal confronto con il contesto: ciò è dovuto alla stessa *connotazione semantica* dei concetti disposizionali, non definibili *ontologicamente* ma solo mediante indicatori esterni, dunque solo attraverso definizioni 'operazionali'.

Al ricorrere di queste condizioni, è dunque inevitabile l'elaborazione giurisprudenziale di indici in funzione (ri-)costruttiva del Tipo criminoso, attraverso l'*ambientamento contestuale* della condotta.

Per quanto la giurisprudenza li consideri tendenzialmente come "ausili interpretativi", *i.e.* meri *strumenti probatori* di supporto al giudice nel processo di sussunzione[115], abbiamo riscontrato – trovandone conferma

---

[113] Sul peso acquisito dal paradigma indiziario e dunque delle massime di esperienza in un contesto in cui il giudice "costruisce le regole tecniche e teoriche" da applicare v. V. Mormando, *Paradigma indiziario e problema della modernità*, in V. Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, cit., p. 89 ss.

[114] Sul punto C. Sotis, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2009, p. 1149, fa riferimento all'esigenza di ricorrere a formule concettuali "doppiamente valide": vale a dire, non solo coerenti dal punto di vista sostanziale, ovvero basate su criteri idonei ad afferrare le reali esigenze selettive imposte dalla norma e dai principi, ma anche determinabili processualmente, cioè accertabili e fruibili nel momento della loro applicazione e «basate su criteri discretivi coerenti ed anche capaci di indicare – usando una felice espressione suggeritami da Francesco Viganò – un *programma di azione* attraverso cui applicarli». Cfr. anche G. De Francesco, *Invito al diritto penale*, cit., p. 212, in cui l'A. osserva che il testo rappresenta un "*punto di partenza*" essenziale, ma spetta comunque al giudice il compito di mettere a confronto tra loro lo schema normativo astratto e il singolo caso concreto, in modo da poter stabilire «se questo meriti di rientrare in quello alla luce dello "scopo" della tutela, o se si vuole della *ratio* di fondo posta alla base dell'incriminazione».

[115] Con l'eccezione di Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, Modaffari, cit., p. 18, in cui la Corte,

nell'esame del dolo come concetto disposizionale – una *doppia valenza*, non solo probatoria ma anche *costitutiva* degli indici, che, in mancanza di una distinzione sul piano teorico, porta ad un elevato rischio di *confusione tra il piano del fatto tipico e quello della prova* [116].

L'elaborazione di uno *statuto teorico del disvalore di contesto* deve dunque muovere dalla separazione concettuale tra '*indici di tipicità*' e '*indici probatori*': solo i primi rispondono alla logica della definizione 'operazionale' di matrice epistemologica poc'anzi introdotta, nella misura in cui, associati ai concetti disposizionali di riferimento, svolgono una funzione 'integrativa' del significato descrittivo e valutativo della fattispecie.

In altri termini, gli indici di tipicità svolgono una funzione *strutturalmente* 'costitutiva', che comporterebbe l'esigenza di una loro codificazione per legge.

Occorre, a questo punto, inquadrare i concetti disposizionali all'interno del *materiale linguistico* della fattispecie penale, verificando se e in che limiti sia ancora valida la dicotomia tra elementi descrittivi ed elementi normativi, o se sia necessario isolare un *tertium genus* coerente con le loro peculiarità strutturali, fin qui esaminate in chiave epistemologica.

---

richiamando le precedenti pronunce a Sezioni Unite, distingue tra indici "che si elevano a elementi costitutivi della fattispecie" e indici probatori, v. *supra*, § 4.3.

[116] Si tratta di una questione in qualche modo assimilabile ad una ben nota discussione rilevante nell'ambito del diritto amministrativo sulla natura delle "figure sintomatiche dell'eccesso di potere" quali forme di esemplificazione concreta della *regola di condotta della ragionevolezza*: (i) un primo orientamento attribuisce alle stesse una *funzione sostanziale*, ritenendo che il loro accertamento sia *sufficiente* per annullare l'atto; (ii) un altro indirizzo, invece, attribuisce alle stesse un *mero valore probatorio*, ritenendole "meri sintomi o indizi di prova" dell'eccesso di potere: si tratterebbe di manifestazioni tipiche da cui desumere, in via di deduzione logica, la sussistenza potenziale di un vizio. Questo secondo indirizzo è accolto da un certo orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo il quale, allorquando venga riscontrata una figura sintomatica di eccesso di potere, il Giudice *non può dichiarare immediatamente l'illegittimità del provvedimento*, ma deve verificare se ad essa si accompagni, in concreto, la divergenza dell'atto dalle sue finalità istituzionali. Cfr., in giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 11 marzo 2010, n. 1418, in *Red. Amm. CdS*, 2010; Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332, in *Foro amm. CdS*, 2009, 10, 2334. Sul tema v. F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, ora in Id., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2006, II, p. 991 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1968, p. 414 ss.; E. Follieri, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa-le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 61 ss.

5. *L'inquadramento dei concetti disposizionali nell'autonoma categoria dei* Wertbegriffe

Considerate le *peculiarità strutturali dei concetti disposizionali* dal punto di vista epistemologico, è necessario chiedersi, a partire dai casi di studio, se siano inquadrabili nell'ambito della fattispecie penale alla stregua della nota dicotomia: elementi *descrittivi vs* elementi *normativi*[117].

[117] Ripercorrendo sinteticamente le principali posizioni della dottrina tedesca e italiana, E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit Vorstudien zur Allg. Lehre vom Bes*, Hirt, Breslau, 1931, p. 24 ss., riteneva che la formulazione legislativa rendesse *normativi* tutti gli elementi che compongono la fattispecie delittuosa; *al contrario*, secondo H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1935, p. 53 ss.; ID., *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1, IV ed., Berlin, 1947, p. 49 ss. e K.H. KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958, p. 31 ss., la distinzione tra descrittivo e normativo perdeva ogni significato perché, identificando essere e valore, tutti gli elementi del fatto hanno uno specifico valore ontologico, alcuni "percepibili coi sensi" altri "con la comprensione spirituale". Un'altra corrente rappresentata da G. DELITALA, *Il 'fatto' nella teoria generale del reato*, cit., p. 120 ss., e P. NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p. 18 ss. perveniva allo stesso risultato sulla base di argomentazioni antitetiche, riconducendo tutti gli elementi della fattispecie agli elementi descrittivi in base alla considerazione secondo cui la realtà normativa non è che un modo di vedere la realtà naturalistica, rappresentando un mero "fatto tra i fatti". Quanto agli autori che rilevano una *necessaria distinzione* tra elementi descrittivi e normativi, E. MEZGER, *Vomm Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift Träger*, Berlin, 1926, p. 187 ss., distingue, da un lato, i concetti che descrivono compiutamente un dato della realtà esterna, che sarebbero cognitivi dal punto di vista dell'interprete, chiamato appunto a "riconoscerli" sulla base di una ricognizione fattuale ed immediata dei medesimi, e descrittivi dal punto di vista del legislatore, che si limiterebbe in rapporto ad essi a fare richiamo a dati della realtà empirica; dall'altro, i concetti che non indicano dati della realtà esterna ma che piuttosto rinviano per la loro determinazione ed applicazione ad elementi ulteriori. Per ENGISCH, *Die normative Tatbestands-elemente*, cit., p. 135 ss., i concetti descrivibili in via naturalistica e la cui determinazione sia integralmente oggetto di un accertamento reale devono ritenersi descrittivi, mentre sono elementi normativi della fattispecie tutti quelli che non debbano essere oggetto di un accertamento reale. Rispetto agli elementi propriamente descrittivi, questi ultimi si distinguerebbero per la peculiarità di poter essere rappresentati e pensati solo e soltanto *sul presupposto logico di una norma*. Nella dottrina italiana, F. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 16, denomina elemento normativo della fattispecie penale ogni elemento per la cui determinazione (in generale oppure in relazione al fatto storico e concreto) l'interprete deve servirsi di una norma diversa da quella incriminatrice già esistente nell'ambito di un ordinamento giuridico od extragiuridico, senza bisogno che il giudice sia costretto a determinarla in funzione del singolo caso concreto; G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 122, sottolinea altresì che il procedimento conoscitivo relativo agli elementi normativi implicherebbero sempre la mediazione interpretativa del giudice: mentre per gli elementi descrittivi il giudice dovrebbe limitarsi a compiere una mera operazione ricognitiva avente ad oggetto un dato della realtà naturalistica, per gli elementi normativi dovrebbe anche esprimere una *valutazione* per accertare quella particolare nota di qualificazione di cui il fatto è investito. Ai nostri fini, rilevano soprattutto le

Possiamo escludere con ragionevole certezza che si tratti di concetti normativi 'in senso stretto', in quanto non rinviano a norme giuridiche; potrebbero invece, a prima impressione, essere riconducibili ai concetti *descrittivi*, espressivi di dati della realtà empirica.

Occorre però considerare che, ai fini della (ri-)costruzione processuale della tipicità, i concetti esaminati sono stati associati a parametri fenomenico-sociali, *i.e.* gli indici tratti dal contesto, da cui emerge anche una componente *valutativa* dell'attività dell'interprete.

In questa prospettiva, si ritiene utile richiamare la citata nozione di "*Wertbegriffe*", categoria che, secondo l'impostazione della dottrina tradizionale, corrisponderebbe a una *species* di concetti normativi extra-giuridici a carattere valutativo [118].

Per quanto già dall'elaborazione di Engisch [119] emergesse un'eterogeneità strutturale degli elementi normativi giuridici 'in senso stretto' rispetto ai *Wertbegriffe*, secondo l'impostazione più diffusa [120] la categoria dei concetti normativi ricomprenderebbe ogni elemento di fattispecie diverso da quello meramente descrittivo-naturalistico.

Di contro, l'indagine qui condotta confermerebbe la necessità, suggerita da parte della dottrina [121], di una categorizzazione autonoma dei *Wertbegriffe*

---

riflessioni di C. ROXIN, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, *Band I*, III ed., C.H. Beck, München, 1997, § 10, p. 57 ss., il quale osserva invece come la classificazione e la distinzione tra elementi descrittivi e normativi si presenta in alcuni casi assai controversa: in particolare, elementi *prima facie* descrittivi, sono da interpretare, nei casi dubbi, in base allo scopo di tutela della fattispecie incriminatrice e, quindi, in base ad un parametro *normativo*. Cfr. per una ricostruzione completa L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 4 ss.

[118] Cfr. L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., part. p. 210 ss.

[119] K. ENGISCH, *Die normative Tatbestands-elemente*, cit., p. 147 ss.

[120] Cfr. già *supra*, Cap. I, § 2.

[121] In particolare, sul tema si rinvia a L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 210 ss. L'A. rileva come la categoria dei c.d. elementi elastici non si presti per sua natura *a valutazioni omogenee*: nell'orbita dei concetti *lato sensu* valutativi gravitano infatti tanto elementi *descrittivi* privi di un substrato naturalistico, quanto clausole generali ed elementi normativi bisognosi di essere *riempiti di valore*. Esistono, infatti, anche elementi valutativi di natura etico-sociale la cui riconducibilità al *genus* degli elementi descrittivi o a quello degli elementi normativi non appare semplice ed immediata, a conferma *dell'autonomia dei concetti bisognosi di essere riempiti di valore* rispetto alla loro *pretesa dimensione descrittiva o normativa.* Si pensi al concetto di materiale pornografico, la cui definizione non è soltanto affidata ad un criterio valutativo etico-sociale, ma possiede indubbi connotati empirico-fattuali. Si rafforza, in questi casi, la convinzione che la qualificazione di un elemento valutativo di fattispecie come descrittivo o come normativo sia, in realtà, *un falso problema*: «tale operazione, oltre a risultare di scarsa utilità, nulla dice oltretutto sul grado di compatibilità degli elementi valutativi con il principio di tassatività» (*ivi*, p. 212).

bisognosi di essere "riempiti di valore", a partire dalla considerazione che la *valutatività* ha una più ampia latitudine, che non si limita a ricomprendere concetti normativi, ma include anche concetti descrittivi.

Del resto, come già osservato da Roxin, la tradizionale dicotomia tra elementi descrittivi e normativi si presenta assai controversa laddove elementi *solo apparentemente* descrittivi siano da interpretare, nei casi dubbi, in base allo scopo di tutela della fattispecie incriminatrice e, quindi, in base ad un parametro normativo [122].

Si ritiene dunque più proficua ai nostri fini una classificazione degli elementi della fattispecie non tanto basata sulla *descrittività* o sulla *normatività* come tradizionalmente intese, quanto orientata piuttosto sulle loro caratteristiche *strutturali*.

Sicché, si possono distinguere:

(a) elementi descrittivi naturalistici, il cui processo di ricognizione fa immediato rinvio a dati della realtà empirica comprensibili *indipendentemente da un necessario riferimento allo scopo di tutela* della norma;
(b) elementi normativi giuridici, il cui meccanismo di identificazione, pur non facendo rinvio a dati della realtà empirica, si presenta nondimeno agevole per l'interprete, in base al rinvio a una norma giuridica diversa da quella penale che non richiede, per la sua univocità ed immediatezza, il 'filtro' della *ratio legis*;
(c) elementi valutativi (*Wertbegriffe*), rispetto ai quali non ci si limita ad una ricognizione di dati empirici o normativi, ma occorre un giudizio complesso, sia di tipo 'ontico' che di tipo 'deontico' [123]; il primo, è statico preformalizzato, il secondo è dinamico e suscettibile di evoluzione contingente, in virtù del rinvio a un dato extra-giuridico o etico-sociale, che si compenetra completamente con (e *conforma* il) Tipo criminoso legale.

Soffermandoci sull'autonoma categorizzazione degli elementi valutativi *sub(c)*, la loro peculiarità strutturale si riflette, a ben vedere, sul ruolo che si attribuisce all'interprete nel processo ermeneutico.

Non disponendo di un (almeno preliminare) contesto di significati di uso consolidato o universale [124], come avviene per gli elementi descrittivi

---

[122] Cfr. C. Roxin, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, cit., § 10, p. 57 ss.

[123] Sul giudizio di natura "deontica" che caratterizza gli elementi normativi del Tipo penale, di recente, C.E. Paliero. *Giudizio e pena*, *sinossi di una diade iconica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2024, p. 1340.

[124] In questi termini L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 214-215, la quale rileva che la valutazione integratrice dell'elemento normativo etico-sociale non sia,

naturalistici e normativi giuridici, l'individuazione del dato extra-giuridico o etico-sociale, cui l'elemento valutativo rinvia, comporta inevitabilmente anche la determinazione immediata del suo '*significato penalistico*' in base allo scopo di tutela della norma.

Non a caso, già Coing evidenziava che i concetti rivolti «all'essenza di tipici fenomeni della vita sociale compenetrati da un valore» comportano non una sussunzione ma una «*definizione valutativa*» [125].

A ben vedere, in questo caso più di ogni altro è l'interprete che definisce nel corso del tempo la reale latitudine applicativa della norma, attribuendo all'elemento valutativo una cornice di significato che non può non riflettersi sull'intera struttura della fattispecie.

Quanto a quest'ultima osservazione, nel primo capitolo si è evidenziato come, nel processo ermeneutico 'dal concreto all'astratto', gli elementi della fattispecie si espongano a un (possibile) rimodellamento del loro significato in 'termini penalistici' [126].

È emersa però una differenza, rilevante ai nostri fini, che è necessario *rimarcare*: mentre gli elementi *sub(a)* e *(b)* dispongono di un'area di significato indipendente e preesistente alla norma penale, gli elementi *sub(c)* sono invece immediatamente soggetti alla valutazione penalistica, sia pure collegata con parametri di varia provenienza empirico-sociologica [127].

In altri termini, i concetti valutativi presuppongono un apporto integrativo dell'interprete sul piano definitorio che si basa su parametri fenomenico-sociali *da lui stesso selezionati*, funzionali all'individuazione concreta di concetti anche *prima facie* apparentemente descrittivi.

Valorizzando le *caratteristiche strutturali* degli elementi che compongono la fattispecie penale, appare quindi più coerente la categorizzazione autonoma degli elementi a connotazione prettamente valutativa rispetto agli elementi normativi giuridici e, a maggior ragione, rispetto agli elementi meramente descrittivi-naturalistici.

---

come per l'elemento normativo giuridico "fatto tra i fatti", ma si traduca in *un giudizio assiologico* che si riflette, come tale, su tutti gli elementi costitutivi del reato. Ad esempio, stabilire se un atto sia o meno osceno significa, in realtà, valutare il comportamento concretamente considerato alla luce dello scopo dell'incriminazione.

[125] Cfr. sul tema K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 175 ss., spec. p. 205 in cui si riprende H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1993, evidenziando la differenza tra "concetti sostanziali che sono rivolti all'essenza di fenomeni della vita sociale compenetrati da valore" dai "concetti generali-empirici". In particolare, quando Coing parla di fenomeni tipici della vita sociale, riecheggia *la forma mentale del tipo*. Cfr. già *supra*, Cap. I, nota 96.

[126] Sul punto v. *supra*, Cap. I, § 2. e 3.

[127] Cfr. L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 220.

Su questa base, si ritiene di poter ricondurre i concetti disposizionali all'interno del *tertium genus* dei *Wertbegriffe*.

I casi di studio esaminati [128] mostrano, infatti, l'esistenza di una comune matrice tra concetti che, pur ancorandosi a dati della realtà, richiedono comunque il ricorso a *parametri valutativi esterni,* a carattere fenomenico-sociale, associabili ad elementi oggettivi o soggettivi del Tipo e funzionali a farne emergere il 'significato penalistico' alla luce dello scopo di tutela della norma, *i.e.* gli indici.

A conferma di ciò, come rilevato in precedenza [129], i *Wertbegriffe* tradiscono il principio di legalità sostanziale nel momento in cui il parametro etico-sociale al quale fanno rinvio non sia, in sé, espressivo di alcun significato oggettivamente ricostruibile e non consenta dunque di individuare *ex ante* un Tipo criminoso omogeneo [130]; da qui l'esigenza di un *recupero della tipicità,* che spinge la giurisprudenza a elaborare gli indici tratti dal contesto al fine di (ri-)costruire la definizione 'operazionale' dei concetti valutativi a struttura disposizionale contenuti nelle fattispecie esaminate.

6. *Un nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto: [ds(Cs)]*

In dottrina si è rilevato come il sistema penale si avveda nel processo e attraverso il processo dei difetti strumentali del diritto sostanziale rispetto ai bisogni di tutela e di punizione e, in generale, a prospettive di *law enforcement* in settori determinati [131].

Alla luce dell'indagine qui condotta, è emerso che l'elaborazione di indici da parte della giurisprudenza è un'operazione che assume una valenza non solo probatoria, ma anche – sia pure latentemente e, in ultima analisi, surrettiziamente – costitutiva, laddove ricorrano nella fattispecie astratta

---

[128] Il riferimento è ai concetti di "distrazione", "altri artifizi", "partecipazione associativa", "assoggettamento e omertà", v. *supra*, Cap. II.

[129] Sul punto v. *supra*, Cap. I, § 3.

[130] Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., p. 96, il quale rispetto agli elementi valutativi "in senso stretto" (*Wertbegriffe*) riconducibili ai concetti normativi etico-sociali, rilevava la necessità di individuare strumenti tecnici suscettivi di istituire un costante *raccordo* con la realtà sociale, ossia dei parametri valutativi di fonte sociale "obiettivamente" controllabili *secondo i metri delle scienze empiriche e sociali*.

[131] In questi termini C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2004, p. 1019.

concetti disposizionali, non *definibili* ontologicamente, ma solo attraverso definizioni 'operazionali'.

Non essendo gli indici di tipicità codificati per legge, vengono inevitabilmente ricostruiti dal diritto vivente a partire dal contesto pratico-applicativo, assumendo così un ruolo 'ordinatorio' che integra la fattispecie astratta, così come osservato nei 'casi clinici' esaminati.

I concetti disposizionali necessitano, infatti, *strutturalmente*, di parametri *esterni* a carattere fenomenico-sociale, funzionali a riempirli di significato; onde per cui si ritiene di poterli inquadrare in ambito penalistico nella categoria dei *Wertbegriffe*, nei termini qui considerati di elementi valutativi 'ibridi' tra descrittivi e normativi.

In questo senso, l'elaborazione giurisprudenziale di indici, si può considerare come un'operazione finalizzata a (ri-)costruire il *disvalore di contesto* come *nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto [ds(Cs)]* [132].

Assumendo l'autonomia concettuale di tale nucleo di disvalore, il cui statuto teorico verrà sviluppato nel successivo capitolo, occorre, peraltro, preliminarmente confrontarsi, sia pure sincopatamente, a fini di 'disambiguazione', con il concetto, introdotto da Beling, di "*Aussenzone*" [133].

Con la presente nozione, l'Autore, al quale si deve la moderna teorizzazione del reato come edificio eretto sulle fondamenta del Fatto, valorizzava in termini di tipicità anche le condotte che si pongono formalmente in una "*zona esterna*" rispetto al *Tatbestand*, che, sebbene *non rientrino* negli elementi costitutivi della fattispecie legale astratta, sono comunque riconducibili nella sua "scia" in quanto convergono nella stessa "sfera di interessi",

---

[132] In 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., *Il sistema penale*, cit., 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).

[133] Cfr. E. von Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 245 ss., spec. *ivi* p. 246, in cui si parla di "appendici del reato", che rientrano nella sua "sfera di interesse", elementi secondari che circondano il nucleo del reato, non giuridicamente insignificanti. Nella dottrina italiana, hanno ripreso la teoria della *Aussenzone*, nella prospettiva di definire il momento consumativo del reato: S. Prosdocimi, *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 157 ss.; G. Balbi, *Alcune osservazioni in tema di corruzione*, in *St. Urb.*, 1994, p. 27 ss.; S. Braschi, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Cedam, Padova, 2020, p. 168 ss.; specificamente al fine di tracciare i confini della fattispecie in relazione alla commisurazione della pena, R. Alagna, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 207 ss.; nella diversa prospettiva di ridefinizione ermeneutica dei confini della tipicità in relazione al concorso di norme penali, M. Scoletta, *Idem crimen*, *Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 491 ss.

concretizzando il disvalore dell'azione [134]. Sono, in sostanza, circostanze *accessorie* rispetto al nucleo essenziale di tipicità, che assumono però rilievo nel giudizio penale in quanto contribuiscono a *definire in concreto il grado di disvalore del fatto tipico* [135], venendo considerate, in sequenza, anche nella valutazione della *meritevolezza* della pena [136] e, *par cascade*, nella *commisurazione* di questa [137].

Il nostro approccio, pur muovendo dalla preziosa intuizione belinghiana, è in parte diverso. Nel proporre una paradigmatica del disvalore di contesto come nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto, intendiamo riferirci a quelle situazioni in cui – in presenza di concetti disposizionali – le circostanze

---

[134] M. SCOLETTA, *Idem crimen*, cit., p. 491, richiamando Beling, evidenzia che l'A. intende riferirsi a circostanze che possono essere antecedenti (es. atti preparatori) o successivi (es. atti che consolidano o aggravano la situazione antigiuridica), o complementari/collaterali (es. normalmente concomitanti alla condotta esecutiva) rispetto al fatto tipico. Rileva, dunque l'A. (*ivi*, p. 493), che, nella prospettiva funzionale del concorso apparente di norme, la teoria dell'*Aussenzone* è in grado di fornire una solida base dogmatica al riconoscimento degli effetti di assorbimento normativo anche tra fatti strutturalmente e naturalisticamente eterogenei (e quindi inquadrabili nel paradigma del postfatto o dell'antefatto non punibili). In particolare si riportano le seguenti esemplificazioni: il deterioramento dei vestiti della vittima, collocandosi tipicamente nella *Aussenzone* dell'omicidio (o della violenza sessuale), rileverà giuridicamente solo nel giudizio di commisurazione della pena del fatto; il danneggiamento dello yacht, eventualmente cagionato nell'eseguire una condotta omicidiaria non potrà invece ritenersi un fatto normativamente collaterale (*Nebenhandlungen*) del reato di omicidio e pertanto sarà possibile riconoscere il concorso di reati. In questo senso, il concetto di *Aussenzone* racchiude elementi riconducibili alle varie modalità di realizzazione in concreto del fatto tipico: per evitare di duplicare il medesimo giudizio di disvalore, pertanto, i fatti che si collocano nella *Aussenzone* possono assumere autonoma rilevanza penale quando in concreto siano dotati di un contenuto di disvalore esorbitante la "sfera di interessi" della fattispecie principale.

[135] Sul punto R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 195 e poi p. 224 ss., il quale valorizzando la logica tipologica quale struttura epistemica di tutto il ragionamento quantitativo sul reato, afferma che con *concezione gradualistica* si intende la capacità del concetto astratto di illecito penale di adattarsi, di modularsi secondo la realtà concreta, questo non solo attraverso i gradi di illecito e di colpevolezza, ma anche con la scalarità tipica della commisurazione della pena (*ivi*, p. 246).

[136] Sulla gradualità dell'oggetto materiale del giudizio di illiceità fino a considerare il rintracciamento di una soglia di esiguità del fatto al di sotto della quale venga eliminata ogni rilevanza penale del comportamento, si rinvia alla concezione gradualistica e 'scalare' del reato tematizzata da C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, specialmente p. 633 ss., v. anche, da ultimo, ID., *Giudizio e pena*, cit., p. 1341.

[137] R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 145 ss., osserva come Beling sia stato il primo a porre la questione nei termini della rilevanza per la commisurazione della pena. Sul tema si rinvia a E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padova, 1979, p. 304 ss.

di fatto non assumono rilievo solo in fase di valutazione della meritevolezza/commisurazione della pena, ma come *presupposto* [138] dell'attività di sussunzione dal fatto concreto alla fattispecie astratta, nella misura in cui contribuiscono esse stesse alla *definizione* del Tipo criminoso.

Nei casi oggetto del nostro studio, gli indici hanno, infatti, la funzione 'costitutiva' di *riempire di significato* – descrittivo e valutativo – concetti non suscettibili di descrizione '*ontologica*'. E ciò avviene tutte le volte in cui, in presenza di concetti disposizionali, si constata l'incapacità *strutturale* del modello tradizionale di scrittura della norma penale – *astratto* e *statico* – di esprimere un disvalore omogeneo. Del resto, l'elaborazione giurisprudenziale di indicatori appare come un tentativo meritorio di *recuperare la tipicità attraverso il contesto* e di stabilizzare così l'interpretazione della norma nelle successive applicazioni.

Cionondimeno, il giudice, per elaborare gli indicatori, non può fare altro che attingere dal materiale probatorio disponibile caso per caso, riletto alla luce delle pregiudiziali socio-criminologiche, o da altre fonti extra-penali, che entrano nel processo come massime di esperienza [139], ma che vengono di volta in volta epistemologicamente gestite *à la carte*. In questo modo, come già a più riprese evidenziato, fattori processuali che normalmente avrebbero rilevanza sintomatico-probatoria finiscono col confondersi, intrecciandosi, con i corrispondenti elementi oggettivi e soggettivi del Tipo; la fase dell'accertamento si trasforma così «in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto (...) secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale» [140].

Alla luce delle consolidate riflessioni dottrinali sulla processualizzazione del fatto tipico, non si possono ignorare gli esiti della «politica criminale giudiziaria» [141] osservata nel precedente capitolo, che legittima

---

[138] Cfr. per questi rilievi già, *supra*, § 1.

[139] «L'esperienza applicativa si rivela così particolarmente feconda nello sperimentare forme e modi di gestione probatoria della fattispecie incriminatrice», così A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 844.

[140] Cfr. T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., p. 539.

[141] Sul punto si segnalano le riflessioni sempre attuali di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 412 ss., secondo cui «il legislatore quando codifica non può ignorare la prassi giudiziaria, dovrebbe recepire la *politica criminale giudiziaria* rispecchiandola esplicitamente nella formulazione delle nuove norme oppure respingerla adottando formulazioni idonee ad opporre un netto sbarramento a future manipolazioni». Inoltre, si fa riferimento alla necessità di indagini criminologiche quale presupposto di una

l'elaborazione di indicatori funzionali non ad accertare, ma *lato sensu* a '*definire*' il reato.

Accettare l'idea che la *costruzione del disvalore di contesto* sia un compito che si possa affidare al processo, attraverso l'«autoritarismo ben intenzionato»[142] dei giudici, mette, infatti, a dura prova i principî fondamentali dell'ordinamento penale in materia di formulazione della fattispecie, sui cui ci siamo soffermati nella prima parte della trattazione.

Occorre quindi, come preannunciato, insistere sulla valorizzazione del momento della scrittura della norma penale, sperimentando nuovi strumenti a disposizione della politica criminale funzionali ad esprimere *ex ante* un Tipo criminoso omogeneo.

Si è accennato alla «tipicità come risultato dell'interpretazione»[143], come concetto in grado di indicare il «programma di azione» attraverso cui ridare, per via esegetica, legittimità alla norma: ebbene, nei casi oggetto del nostro studio, il programma d'azione non può essere espresso se non attraverso definizioni 'operazionali'.

Se i concetti valutativi a struttura disposizionale possono essere definiti solo attraverso indicatori, la loro codificazione fornirebbe al giudice, e prima ancora all'accusa, una 'cornice di senso' funzionale all'individuazione *ex ante* del Tipo criminoso, mediante un nuovo modello di tipicità '*dinamica*' e '*integrata*'[144], i cui lineamenti paradigmatici verranno approfonditi nel successivo capitolo.

In questa prospettiva esamineremo dapprima alcuni modelli adottati in ambito nazionale, internazionale ed europeo, verificando se e in che limiti si

---

codificazione penale. Il legislatore deve conoscere con precisione i fenomeni che vuole incriminare, es. nel diritto penale dell'economia dovrebbe valorizzare le conoscenze tecniche (*ivi*, p. 410).

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

[143] Cfr. C. Sotis, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, cit., p. 1155, secondo cui la tipicità costituisce un insostituibile strumento capace di tradursi in un programma di azione in ambito applicativo, «così, se letta in questi termini ("tipicità come risultato dell'interpretazione"), essa veicola il suo programma di azione, indicando il procedimento che deve fare l'interprete: ricostruire e scolpire la tipicità della norma, valorizzando tutti gli indicatori necessari a tale scopo, e di conseguenza, accertarli con lo stesso rigore, proprio perché accomunati dalla medesima funzione di garantire la legalità del sistema penale».

[144] Per l'espressione tipicità *dinamica*, in relazione al delitto di sfruttamento lavorativo *ex* art. 603-bis c.p., cfr. A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 8 ss.; Id., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 5 ss.; Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 59 ss.

possano già riscontrare nella legislazione penale alcuni esempi di definizioni 'operazionali' [145] nei termini qui intesi, per poi soffermarci, a partire dall'inquadramento dei concetti disposizionali come *species* degli elementi valutativi a carattere *fenomenico-sociale,* sull'elaborazione di uno statuto teorico del disvalore di contesto nella *formulazione* del reato.

[145] Cfr. *supra*, § 2.

CAPITOLO IV

DISVALORE DI CONTESTO E FORMULAZIONE DEL REATO: 'APPUNTI' E 'SPUNTI' DI TECNICA LEGISLATIVA

SOMMARIO: 1. Dalle definizioni 'ontologiche' alle definizioni 'operazionali'? – 2. Sulle 'tracce' del disvalore di contesto nella tecnica legislativa nazionale, internazionale ed europea. – 2.1. Gli "indici di riconoscimento" delle condizioni di sfruttamento lavorativo. – 2.2. I "fattori" di limitazione del tipo colposo in ambito sanitario. – 2.3. Le "soglie di punibilità qualitative" nella direttiva UE sui delitti ambientali. – 2.4. Gli "*Elements of Crimes*" allegati allo Statuto di Roma. – 3. Lo statuto teorico del disvalore di contesto nella formulazione del reato. – 3.1. La natura sostanziale o processuale degli indici di tipicità. – 3.2. L'elencazione esemplificativa o tassativa degli indici di tipicità. – 3.3. Il '*quantum*' di indici necessario per integrare il concetto di riferimento. – 3.4. La tipizzazione del disvalore di contesto: lineamenti paradigmatici. – 4. Per una formalizzazione degli indici di tipicità: note di metodo. – 5. Le definizioni 'operazionali' nella cornice costituzionale.

1. *Dalle definizioni 'ontologiche' alle definizioni 'operazionali'?*

Come emerso dall'indagine fin qui condotta, la valorizzazione del contesto nella formulazione del reato presuppone l'adozione di un nuovo strumentario di definizioni '*operazionali*' [1] per *indici di tipicità*, che si pongono in alternativa rispetto alle definizioni '*ontologiche*', tradizionalmente intese.

La successiva trattazione sarà quindi volta a ricostruire i lineamenti paradigmatici di questo metodo di redazione della norma penale, non prima di avere compiuto alcune ulteriori precisazioni preliminari.

---

[1] Come già evidenziato, le definizioni 'operazionali' si distinguono dalle definizioni 'ontologiche' perché non si prestano ad essere formulate mediante 'congiunzione di proprietà', ma sono composte da una serie di condizioni che devono sussistere perché i 'segni' (*i.e.* gli indicatori) possano essere associati i concetti di riferimento mediante una connessione logica "se … allora …", v. *supra*, Cap. III, § 2.

Già nelle riflessioni introduttive alla presente analisi si è preso atto di come, superata l'iniziale diffidenza, sia diventato sempre più ricorrente l'utilizzo di definizioni legislative per circoscrivere il significato delle disposizioni penali, a vantaggio dei consociati e dell'interprete [2]. Diversamente, nei distretti della più 'elastica' *common law* già nel XIX secolo si teorizzava l'elaborazione di corpi codicistici molto più ricchi, rispetto a quelli europei, di definizioni – intese essenzialmente come strumenti *a disposizione del giudice* per risolvere il caso concreto [3].

Viene da chiedersi se questo non sia un paradosso, ma in realtà il diverso atteggiamento nei confronti delle definizioni legislative è coerente con i tratti caratterizzanti dei due sistemi giuridici, che si riflettono anche sulle modalità con cui questi strumenti vengono concepiti e formulati dal legislatore.

Infatti, nei sistemi di *civil law*, il vincolo costituzionale di legalità, *rispettivamente* formale e sostanziale [4], impone che sia la legge a comunicare il contenuto della norma penale, non solo sul piano *descrittivo-concettuale,* ma anche sul piano della *capacità evocativa* del disvalore tipico.

L'espressione di un Tipo criminoso omogeneo consente, infatti: (i) al giudice di avere le coordinate essenziali per riconoscere e interpretare la norma penale applicabile al caso concreto; (ii) ai consociati di distinguere cosa sia lecito e cosa vietato, in modo da orientare le proprie scelte di comportamento. A questo scopo, le definizioni sono concepite come delle specificazioni, attraverso formule *astratte* e *statiche*, del significato descrittivo e valutativo degli elementi della fattispecie [5].

Nei sistemi di *common law*, dove tradizionalmente la *quaestio iuris* non si può scindere dalla *quaestio facti*, è acquisizione consolidata che sia il processo, in assenza di particolari vincoli, a modellare il diritto penale sostanziale [6]. La

---

[2] Sul punto v. A. Angioni, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, cit., p. 190, il quale rileva che lo scopo primario delle definizioni normative in ambito penale consiste nell'assicurare maggiore certezza del diritto, nella *duplice direzione* di garanzia di orientamento per i destinatari e di garanzia di uniformità di decisioni giudiziarie. Anche se, come già rilevato, non è detto che la definizione chiarisca il significato della fattispecie: dipende comunque da come la definizione è formulata, v. *supra*, Cap. I, § 3., spec. nota 104.

[3] Cfr. A. Cadoppi A. (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, cit., p. 1 ss.

[4] Per questa distinzione, nei termini intesi nella presente trattazione, cfr. già *supra*, Cap. I, spec. nota 198.

[5] Su cui v. *supra*, Cap. I, § 3.

[6] Diffusamente, sul tema, G.P. Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, New York-Oxford, 1998, trad. it. *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 1 ss.

certezza del diritto in questo caso è quindi, almeno in area europea, assicurata dalla sedimentazione delle regole tramite la loro applicazione nel tempo da parte della giurisprudenza, anche se, con specifico riferimento alla materia penale, si registra l'implementazione di un significativo *corpus* legislativo, i c.d. *Statutes*.

In particolare, nel Regno Unito, la ragione della *Statutorification* della *common law* è da ricercare nell'esigenza di assicurare maggiore stabilità della *rule of law* in questa materia, anche nell'ottica del principio di prevedibilità dell'esito giudiziario *ex* art. 7 CEDU[7]. Si tratta però pur sempre di un sistema in cui, non essendoci un vincolo di legalità formale a garanzia del cittadino, le disposizioni penali si rivolgono *principalmente al giudice*[8], sotto forma di linee guida funzionali a un'interpretazione coerente e ragionevole. Questo spiega perché, negli *Statutes*[9], accanto alla formulazione dell'incriminazione, si inseriscono sempre definizioni volte a specificare l'ambito applicativo dei singoli termini utilizzati[10] cui, talvolta, si accompagnano altresì

[7] Sulla concezione della legalità penale nel Regno Unito, tenendo conto dello Human Rights Act, che incorporò nel 1998 la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento britannico, cfr. l'interessante studio comparato con il sistema tedesco di M. Dyson-B. Vogel, *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Intersentia, Cambridge, 2018; v. anche B. Emmerson-A. Ashworth-A. Macdonald-M. Summers, *Human Rights and Criminal Justice*, III ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2012; P. Sales, *A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998*, in *Journal Article Law Quarterly Review*, in *L.Q.R.*, 125, 2009, pp. 598-615.

[8] Per una distinzione tra la definizione del reato (*i.e.* la norma incriminatrice) come *regola di condotta* e le definizioni tecnico-giuridiche *come regola di decisione* v. M. Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harv. Law Rev.*, 97, 1984, p. 625 ss.; P.H. Robinson, *Rules of Conduct and Rules of Adjudication*, in *U. Chic. L. Rev.*, 57, 1990, p. 729 ss.; P. Alldridge, *Rules for Courts and Rules for Citizens*, in *O.J.L.S.*, 10, 1990, p. 487 ss. Cfr. sul tema anche P.H. Robinson-P. Stephen-P. Garvey-K. Kessler Ferzan (ed.), *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 3 ss.

[9] Per un approfondimento sulla tecnica legislative adottata negli *Statutes*, in cui all'incriminazione si accompagna la definizione dei singoli termini utilizzati, cfr. M. Dyson, *Blackstones statutes on criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, ma anche C. Stychin-L. Mulcahy, *Legal Methods and Systems: Text and Materials*, 2007, Sweet & Maxwell, London. Una simile tecnica si ritrova, peraltro, anche nel *Model Penal Code* elaborato dall'American Legal Institute nel 1962, funzionale ad aggiornare e standardizzare il diritto penale degli Stati Uniti. Non esiste un obbligo di utilizzo del MPC, ma la maggior parte degli Stati ha scelto di codificare queste disposizioni: https://archive.org/details/ModelPenalCode_ALI.

[10] Ad esempio, nel Bribery Act, adottato dal Regno Unito nel 2010, vengono specificati una serie di concetti utilizzati nell'incriminazione della corruzione, tra cui «*Improper performance to which bribe relates:* (1) *For the purposes of this Act a relevant function or activity (a) is performed improperly if it is performed in breach of a relevant expectation, and (b) is to be treated as being*

alcune *esemplificazioni* delle circostanze rilevanti nel caso concreto [11], concepite come indici probatori non vincolanti e orientati al processo.

D'altronde, la concezione del *Fatto tipico* come pietra angolare del sistema penale sulle cui fondamenta sorge l'edificio processuale, all'interno del quale le fattispecie devono essere considerate in sé, staticamente, a prescindere dai loro riflessi probatori, è stata consacrata nel periodo illuminista nella tecnica legislativa di *civil law* [12], ma non ha trovato spazio nella *common law* [13].

Nel presente studio, si è però preso anche atto che la 'staticità' dei Tipi penali sopra evocata ha, per così dire, carattere (almeno in parte) relativo.

Muovendo dall'esito dell'analisi della prammatica giurisprudenziale, siamo giunti a sostenere che la peculiare connotazione semantica dei concetti disposizionali, presenti in *alcuni* Tipi e riconducibili ai *Wertbegriffe* a carattere fenomenico sociale, dovrebbe condurre all'adozione, nella formulazione della corrispettiva norma penale, di definizioni 'operazionali', attraverso indicatori esterni tratti dal contesto. In tali casi, infatti, le definizioni ontologiche/naturalistiche, che caratterizzano tradizionalmente il modello di scrittura della norma 'per tipi' proprio dei sistemi continentali [14], non

---

performed improperly if there is a failure to perform the function or activity and that failure is itself a breach of a relevant expectation». Disponibile qui: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf.

[11] Ad esempio, nel Modern Slavery Act, adottato dal Regno Unito nel 2015, alla formulazione dell'incriminazione si aggiungono delle esemplificazioni: "(...) *(3) In determining whether a person is being held in slavery or servitude or required to perform forced or compulsory labour, regard may be had to all the circumstances. (4) For example, regard may be had (a) to any of the person's personal circumstances (such as the person being a child, the person's family relationships, and any mental or physical illness) which may make the person more vulnerable than other persons; (b) to any work or services provided by the person, including work or services provided in circumstances which constitute exploitation within section 3(3) to (6)».* Disponibile qui: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/part/1/crossheading/offences.

[12] Cfr. A. Gargani, *Dal Corpus delicti al Tatbestand*, cit., spec. p. 53 ss.

[13] Criticamente sul punto la dottrina anglosassone, che si interroga sulle modalità di codificazione del diritto penale contestando proprio la mancanza di distinzione – negli *Statutes* – tra regola di condotta per il cittadino e regola di giudizio, spec. v. A. Ashworth, *Interpreting criminal statutes: a crisis of legality?*, in *L.Q.R.*, 107, 1991, pp. 419-449; Id., *Towards a Theory of Criminal Legislation*, in *Criminal Law Forum*, 1, 1989, p. 41 ss.; G. de Burca-S. Gardner, *The Codification of the Criminal Law*, in *O.J.L.S.*, 10, 1990, p. 559 ss. Cfr. anche *supra*, nota 8.

[14] Come emerso nel primo capitolo, infatti, il nostro modello penale di scrittura della norma concepisce la c.d. previsione dei reati per tipi: il legislatore penale, nell'atto di legiferare, «rappresenta la realtà nella dimensione tipica della fattispecie», la fattispecie (*Tatbestand*), che consiste in una descrizione sintetica di un accadimento di vita portatore di un intrinseco disvalore, il Tipo criminoso (*Typus*). È come se si trattasse di «minuscoli racconti» che siano in grado di comunicare una univocità di significato, ricomprendendo una classe di fatti concreti espressivi di

sono *strutturalmente* in grado di dare autonoma rilevanza al disvalore di contesto come autonomo nucleo di disvalore orientato sul Fatto [ds(Cs)].

Resta però da verificare – e proprio in questa cornice si colloca l'analisi che seguirà – se gli indici che compongono le definizioni 'operazionali' siano assimilabili alle *linee guida prettamente orientate al processo* riscontrabili nella *Statutorification* di matrice anglosassone (e, quindi, tendenzialmente *estranee* alla tessitura normativa propria dei sistemi penali continentali), oppure se, come si è ipotizzato, siano comunque riconducibili, e in che termini, al modello di costruzione della fattispecie 'per tipi' propria della *civil law*.

2. *Sulle 'tracce' del disvalore di contesto nella tecnica legislativa nazionale, internazionale ed europea*

Con l'obiettivo di ricostruire i lineamenti paradigmatici del disvalore di contesto nella formulazione del reato, l'indagine proseguirà 'sulle tracce' degli indici di tipicità già presenti nella tecnica legislativa continentale, esaminando alcuni modelli adottati in ambito nazionale, internazionale ed europeo e verificando se, e in che limiti, si possano già riscontrare nella legislazione penale alcuni esempi di definizioni 'operazionali' nei termini qui intesi.

2.1. *Gli "indici di riconoscimento" delle condizioni di sfruttamento lavorativo*

Il primo modello di riferimento è rappresentato dal delitto di "intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro" *ex* art. 603-*bis* c.p., la cui tecnica legislativa costituisce un *unicum* nell'ordinamento italiano, elencando una serie di "*indici di riconoscimento*" delle condizioni di sfruttamento lavorativo.

L'art. 603-*bis* c.p. è stato introdotto nell'ordinamento con decretazione d'urgenza nel 2011 al fine di far fronte al sempre più allarmante fenomeno del caporalato agricolo [15] e, inizialmente, non puniva il datore di lavoro, ma

una tendenziale omogeneità di disvalore, le cosiddette "costanti criminologiche del tipo". Cfr. anche per un confronto tra i due sistemi C. Sotis, *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 119, v. già *supra*, Cap. I, § 2.

[15] La fattispecie è stata introdotta con il d.l. n. 138, 13 agosto 2011, conv. in legge n. 148, 14 settembre 2011, a fronte della crescente consapevolezza del problema sociale esistente a seguito del noto sciopero di Nardò del 2011, la prima rivolta dei braccianti agricoli contro lo sfruttamento guidata da Yvan Sagnet, che ha contribuito all'emersione del fenomeno, cfr. A. Bonanno-J.S.B.

soltanto di chi reclutava lavoratori «organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento», con necessità di provare anche la sussistenza di violenza, minaccia o intimidazione. La fattispecie originaria, escludendo il reale 'fruitore' dello sfruttamento, era considerata "*strabica e distorsiva*" [16]; l'incriminazione del solo 'intermediario', in aggiunta alle modalità della condotta para-schiavistiche [17], finiva per relegarla ad un ambito di operatività molto ridotto.

Con la l. 29 ottobre 2016, n. 199 il legislatore ha riformulato la norma in esame, ampliandone l'ambito applicativo sia sul piano soggettivo che sul piano oggettivo [18]. Nell'art. 603-*bis* c.p. si individuano oggi chiaramente due distinte ipotesi di reato riguardanti l'una il caporale e l'altra il datore di lavoro, il cui disvalore gravita essenzialmente intorno a due elementi: le *condizioni di sfruttamento* e l'*approfittamento dello stato di bisogno* [19].

Cavalcanti, *Sulla pelle viva. Nardò: la lotta autorganizzata dei braccianti immigrati*, DeriveApprodi, Roma, 2012. In particolare, l'intervento era volto a colmare quel vuoto di tutela creatosi fra la più grave ipotesi di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p. (che include anche forme di lavoro forzato o obbligatorio) e gli illeciti contravvenzionali previsti dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. Legge Biagi) volti a reprimere alcune forme di intermediazione e interposizione illecita. La formulazione previgente era ben compendiata da Cass., sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14591, Stoican, che chiariva come, in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, il reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. punisse tutte quelle condotte distorsive del mercato del lavoro che, in quanto caratterizzate dallo sfruttamento mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, non si risolvessero nella mera violazione della normativa in materia di interposizione illecita *ex* art. 18 e ss., d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

[16] Cfr. A. di Martino, *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2, 2015, p. 106.

[17] Si segnalava a tal proposito una difficoltà di coordinamento con l'art. 600 c.p. in particolare a seguito della modifica apportata dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, l'art. 600 c.p., che aveva previsto quale elemento tipico dello stato di soggezione anche l'approfittamento di una situazione di vulnerabilità, ampliando così lo spazio di illiceità riconducibile alla riduzione o al mantenimento in schiavitù o servitù e rendendo più difficile circoscrivere i confini con la fattispecie delineata dall'art. 603-*bis* c.p. Cfr. sul punto Corte Ass. Lecce, 13 luglio 2017, n. 2, in *Giur. it.*, 2018, n. 7, p. 1703 ss., con nota di G. Morgante, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, *ivi*.

[18] Cfr. G. Morgante, *Commento alla Legge 29 ottobre 2016, n. 199 – Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*, in R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta (a cura di), *Commentario alle leggi del lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2017, p. 3083 ss. Per un raffronto tra vecchia e nuova formulazione sia consentito il rinvio a F. Vitarelli, *Artt. 603.bis c.p.*, *603.bis 1 c.p.*, *603.bis 2 c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 4130 ss.

[19] In particolare: (i) La prima punisce chi recluta manodopera da destinare al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; (ii) la

L'oggetto della tutela è la *dignità* della singola persona, lavoratore o lavoratrice in un rapporto di subordinazione, anche 'di fatto'[20], che si può realizzare in qualsiasi contesto economico-produttivo[21]. Non a caso, a seguito della riforma, la fattispecie ha trovato applicazione non solo nell'ambito del caporalato agricolo che ne aveva ispirato l'originaria introduzione, ma, più ampiamente, come strumento di contrasto dello sfruttamento dei lavoratori nella catena di fornitura, che si presenta come 'politica d'impresa' sistematicamente seguita per risparmiare sui costi di produzione in diversi settori, compreso quello dei servizi (anche digitali)[22].

---

seconda punisce chi utilizza assume o impiega manodopera, anche dopo intermediazione, assoggettando i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno. Nel primo caso, le condizioni di sfruttamento sono oggetto del dolo specifico del "caporale", nel secondo caso, modalità della condotta del "datore di lavoro". Cfr. per l'analisi delle due distinte condotte tipiche, si consenta il rinvio a F. VITARELLI, *Artt. 603.*bis *c.p.*, *603.*bis *1 c.p.*, *603.*bis *2 c.p.*, cit., p. 4130 ss.

[20] Sul punto cfr. Cass., sez. IV, 5 dicembre, 2023 n. 2573, §§ 7 e 8, in cui si afferma, in riferimento all'indice di cui all'art. 603-*bis*, comma 3, n. 1, che: «Il termine "retribuzione", pur evocando nel sinallagma contrattuale il rapporto di subordinazione, non confina l'applicabilità dell'indice *de quo* al rapporto di lavoro subordinato ma si estende a qualsiasi forma di corrispettivo per un'attività lavorativa accettata in uno stato di bisogno, di cui approfitta una parte per la disparità di forza contrattuale, ancorché qualificato o simulato sotto altri tipi contrattuali. Pertanto, il termine si riferisce a qualsiasi obbligazione corrispettiva sorta da un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa pattuita approfittando dello stato di bisogno del lavoratore. Si pensi al corrispettivo per i lavoratori eterorganizzati, tirocinanti, stagisti etc. e a tutte le attività che esulano dall'applicazione di qualsiasi contratto collettivo di lavoro. Tale lettura si impone per due ordini di considerazioni: in primo luogo per evitare un'ingiustificabile disparità di trattamento tra prestatori la cui attività e riconducibile alla contrattazione collettiva e lavoratori che non vi rientrano pur prestando la propria attività nelle medesime o analoghe condizioni di lavoro; in secondo luogo, perché il medesimo indice fa riferimento a tutte le corresponsioni in cui "comunque" v'e una sproporzione rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato»; in argomento, sia consentito il rinvio anche a F. VITARELLI, *Lo sfruttamento del lavoro intellettuale è fuori dal tipo descritto dall'art. 603-bis c.p.?*, in *Sist. pen.*, 12, 2024, p. 89 ss.

[21] Per una ricostruzione sociologica cfr. E. SANTORO-C. STOPPIONI, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2019, pp. 267-284.

[22] Sul tema v. i contributi monografici di A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 149 ss.; A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 1 ss.; A. LUCIFORA, *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del "tipo" tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 337 ss. Per i più recenti sviluppi applicativi della fattispecie nell'ambito dello sfruttamento dei *riders* da parte dei gestori delle piattaforme digitali v. anche P. BRAMBILLA, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi: spunti di riflessione sui confini applicativi della fattispecie alla luce della prima condanna per caporalato digitale nel caso Uber*, in *Sist. pen.*, 31 marzo 2022, p. 149 ss.; sia consentito anche il rinvio a F.

Ma venendo al profilo di novità che più interessa la presente indagine, ai fini dell'individuazione del *contesto penalmente rilevante*, sin dall'introduzione della norma nel 2011, il legislatore ha compiuto la scelta – inedita in ambito penale nel nostro ordinamento – di affiancare alla descrizione delle condotte tipiche un elenco di "indici di riconoscimento", ossia di circostanze concrete *sintomatiche*, il cui ricorrere, anche alternativamente, nei confronti di un lavoratore, consentirebbe di far ritenere sussistenti le condizioni di sfruttamento [23].

In particolare, a seguito della riforma del 2016 [24], costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di «*una o più delle seguenti condizioni*», così compendiate [25]: (i) la reiterata corresponsione di *retribuzioni* in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle

---

VITARELLI, *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, in *Le soc.*, 1, 2023, p. 83 ss.

[23] La principale criticità della vecchia formulazione risiede nel fatto che i suoi elementi costitutivi sembravano evocare condizioni *para-schiavistiche*, come tali rilevanti alla stregua del più grave delitto di cui all'art. 600 c.p.: tale mancanza di coordinamento spiega la necessità di una parziale riformulazione (v. *supra*, note 15 e 19). Gli indici sono (tuttora) raggruppati in quattro categorie, che erano allora le seguenti: 1) la retribuzione ("la sistematica retribuzione del lavoratore in modo palesemente difforme rispetto a quanto previsto dai contratti collettivi nazionali o in ogni caso sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato"); 2) l'orario di lavoro ("la violazione sistematica della normativa in tema di orario di lavoro, riposo settimanale, aspettativa obbligatoria e ferie"); 3) la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ("violazioni della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro che espongano il lavoratore stesso a pericoli per la propria salute ed incolumità"); 4) le condizioni di lavoro, e più in generale di vita, della manodopera ("la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro o metodi di sorveglianza o situazioni alloggiative particolarmente degradanti").

[24] Cfr. Camera dei deputati, *Lavori preparatori, per la riforma delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis c.p., 6 ottobre 2016*, intervento del Ministro per le politiche agricole Maurizio Martina, p. 4: «Il quarto elemento che voglio richiamare, di novità dal mio punto di vista, è la semplificazione degli indici di sfruttamento del reato, per renderli più facilmente riconoscibili in sede di indagini. Resta, ovviamente, compito del magistrato la valutazione complessiva di questi indici e la loro gravità e incidenza ai fini della sussistenza del reato». Disponibili qui: https://www.camera.it/leg17/1079?idLegislatura=17&tipologia=indag&sottotipologia=c0211_fenomeni&anno=2016&mese=10&giorno=06&idCommissione=0211&numero=0002&file=indice_stenografico.

[25] Un complesso di indicatori è definito 'indice'. Sul punto A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 18 ss. L'A. segnala che gli indici di cui al comma 3 trovano riscontro nella nozione di sfruttamento elaborata dall'ILO. In particolare, non essendo possibile fornire una definizione diretta del concetto di lavoro dignitoso, l'ILO lo ha scomposto in quattro macro-indicatori, in una prospettiva di "definizione operativa": impiego, protezione sociale, diritti dei lavoratori e dialogo sociale. Cfr. ILO, *Hard to see, harder to count. Handbook on forced labour surveys*, 2024. Sul punto v. più approfonditamente *infra*, § 4.

organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque *sproporzionato* rispetto alla *quantità e qualità* del lavoro prestato; (ii) la reiterata violazione della normativa relativa *all'orario di lavoro*, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; (iii) la sussistenza di *violazioni delle norme in materia di sicurezza* e igiene nei luoghi di lavoro; (iv) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Come espressamente previsto dalla formulazione testuale, secondo cui «costituisce indice di sfruttamento una o più delle seguenti condizioni», gli indici, in quanto tali, sono da tenere concettualmente distinti dall'elemento costitutivo delle condizioni di sfruttamento; lo confermano, peraltro, i lavori preparatori della riforma del 2016[26], dove vengono intesi quali '*segni*' che consentono di risalire ad esso.

Invero, siffatta struttura tipologica ci pare coerente proprio con la nozione di definizione 'operazionale' dei concetti disposizionali, che, in quanto insuscettibili di definizione diretta mediante 'congiunzione di proprietà', possono essere ricostruiti attraverso una serie di condizioni, associando i 'segni' (*i.e.* gli indicatori) al concetto di riferimento mediante una connessione logica "se … allora …".

Ciò considerato, il riferimento legislativo a "una o più" delle condizioni elencate ai fini di individuare l'elemento costitutivo dello sfruttamento andrebbe interpretato nel senso che il giudice dovrà valutare di volta in volta

---

[26] Già dai lavori preparatori emergeva la differenza tra "indice" ed elemento costitutivo, cfr. Camera dei deputati, *Lavori preparatori per la riforma delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis c.p.*, cit., intervento dell'allora Ministro per le politiche agricole Maurizio Martina, 6 ottobre 2016, p. 15: «Vorrei anche ribadire il concetto che è stato richiamato: un conto è fare uno sforzo, come abbiamo fatto, di chiarificazione degli indici, un conto è innanzitutto fare riferimento all'articolo 603-*bis* e ai due punti fondamentali di novità del reato, cioè i numeri 1) e 2) del primo comma del nuovo articolo 603-*bis*. Non confondiamo le cose. Per dirla in maniera brutale, se mi permettete, a volte si sente in queste ore anche un'argomentazione un po' semplificatoria, del tipo che si rischia che un'impresa con un lavoratore senza le scarpe infortunistiche rischia addirittura il reato di caporalato: no. Quello è un indice. Il magistrato valuterà nel complesso della contestazione del reato di cui sopra, articolo 603-*bis*, primo comma, numeri 1) e 2), se ci sono anche quegli elementi, ma non si rovescia la situazione. Se non si capisce questo, credo che prendiamo una strada sbagliata. In ogni caso, è stato giusto, e anzi sarà giusto anche nelle prossime ore, evidenziare, spiegare, fare riferimento al testo per come è e per le novità importanti che introduce soprattutto da questo punto di vista». Disponibili qui: https://www.camera.it/leg17/1079?idLegislatura=17&tipologia=indag&sottotipologia=c0211_fenomeni&anno=2016&mese=10&giorno=06&idCommissione=0211&numero=0002&file=indice_stenografico.
Cfr. anche Relazione dell'On. Beretta, *Relazione per la II Commissione* (A.C. 4008), in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Relazione%20caporalato%20on.%20Berretta.pdf, su cui *infra*, nota 130.

il grado di 'significatività' che la situazione descritta dall'indicatore raggiunge nella vicenda concreta e, su questa base, stabilire se ritenerla – anche da sola – idonea a dimostrare la sussistenza delle condizioni di sfruttamento [27] (ma su questo punto ritorneremo).

Come già acutamente rilevato in dottrina [28], si impone, infatti, al giudice «una valutazione di contesto, nel senso che il disvalore del reato s'impernia sull'esistenza di un elemento di contesto (le condizioni di sfruttamento) a sua volta indiziato da varie circostanze di fatto che, per l'appunto, quel contesto concorrono a definire» [29]. In questo senso, le condizioni di sfruttamento lavorativo sono state considerate come un '*elemento di contesto*', mutuando la terminologia dai crimini internazionali, codificati nello Statuto di Roma, sulle cui peculiarità ci soffermeremo in seguito. Per ora basti segnalare che, similmente alla struttura delineata da queste ultime fattispecie, anche la condotta di sfruttamento lavorativo si configura mediante la *combinazione* di due livelli: (i) l'integrazione di (almeno) uno degli indici di sfruttamento del

---

[27] Cfr. Cass., sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17936, Svolazzo, che ha ritenuto sufficiente anche la prova di un solo indice, purché *significativo* della condizione di sfruttamento; conformemente Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, in *Sist. pen.*, 5 aprile 2022, con nota di F. Vitarelli, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro* (art. 603 bis c.p.); in questo senso anche A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 75, *contra*, V. Torre, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis cp tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *Quest. giust.*, 4, 2019, 96 s., secondo cui «non potrà certo essere la prova di un solo indice a costituire un sintomo di sfruttamento, ma sarà necessario che si verifichino più condizioni caratterizzate dalla reiterata violazione di basilari norme poste a tutela del lavoratore». A tal proposito, si segnala la proposta dell'AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 760, in cui si suggerisce di eliminare la dicitura "uno o più" per favorire interazione tra gli indici. Ritorneremo sul punto *infra*, § 3.4.

[28] A questo esito si perviene adottando la chiave di lettura metodologica proposta in dottrina secondo cui tale fattispecie sarebbe caratterizzata da una "tipicità di contesto", essendo composta da un *elemento di contesto*, le condizioni di sfruttamento, descrivibile solo mediante indici v. A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., spec. pp. 11 e 50 ss.; Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., spec. p. 129 ss., ma v. anche p. 29 e p. 59 ss., in cui si assimilano gli indici di sfruttamento all'elaborazione dell'ILO, che, non essendo possibile fornire una definizione diretta del concetto di lavoro dignitoso ha scomposto il concetto in quattro macro-indicatori, in una prospettiva di "definizione operativa": impiego, protezione sociale, diritti dei lavoratori e dialogo sociale. Cfr. ILO, *Hard to see, harder to count. Handbook on forced labour surveys*, 2024. Ritorneremo sul punto, *infra*, § 4.

[29] In questi termini A. di Martino, *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, in *Studi sulla Questione Criminale*, 1, 2020, p. 103.

comma terzo [30]; (ii) l'esistenza di complessive 'condizioni di sfruttamento' cui il lavoratore sia sottoposto (o sia destinato ad essere sottoposto) [31] da chi approfitti del suo stato di bisogno.

Non a caso, la peculiare tecnica di incriminazione impiegata rimane oggetto di un acceso dibattito scientifico [32], che si appunta sulla natura giuridica dei suddetti indici e sulle conseguenze che ne discendono, compendiabile nei seguenti quesiti, corrispondenti ad altrettante alternative:

(a) Se la *natura* degli indici sia *sostanziale* ovvero *processuale*. Infatti, per quanto già dai lavori parlamentari emerga una loro differente connotazione rispetto all'elemento costitutivo delle condizioni di sfruttamento [33], nella presente trattazione si è inteso evidenziare che questo non comporta automaticamente un esclusivo rilievo degli indici sul piano dell'accertamento processuale delle condotte tipiche cui sono

[30] Sul *quantum* di indici necessari per l'integrare l'elemento costitutivo, v. *infra*, § 3.4.

[31] La norma, come già anticipato, prevede infatti due distinte ipotesi, incriminando rispettivamente: 1) chi recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori (*i.e.*, il cosiddetto caporale); 2) chi utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno (*i.e.*, il datore di lavoro).

[32] Una scelta favorevolmente accolta, già nella sua prima formulazione, da A. DI MARTINO, *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, cit., p. 106 ss.; v. successivamente ID., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 8 ss.; S. FIORE, *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, p. 886 ss.; ID., *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 145 ss.; in senso favorevole anche AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, in cui ci si limita a proporre solo la riformulazione/aggiunta di alcuni indici, p. 760 ss.; criticamente sulla tecnica per indici L. BIN, *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro* (art. 603-bis cp), in *Leg. pen.*, 10 marzo 2020; V. TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 158*, 2, 2018, p. 289 ss.; ID., *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *Labour & Law Issues*, vol. 6, 2, 2020, p. 75 ss.; G.M. FLICK-D.F. PUJIA, *Contrasto al "fenomeno" dello sfruttamento del lavoro e principio di legalità: binomio impossibile?*, in *Sist. pen.*, 26 marzo 2025.

[33] Sul punto, peraltro, abbiamo già evidenziato che dai lavori preparatori emergeva la differenza tra "indice" ed elemento costitutivo, cfr. Camera dei deputati, *Lavori preparatori per la riforma delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis c.p.*, cit., p. 15, v. *supra* nota 26); v. anche la Relazione dell'On. Beretta, *Relazione per la II Commissione* (A.C. 4008), cit., su cui *infra*, nota 130.

riconducibili; non a caso si è rilevata la problematicità del loro inquadramento dogmatico[34].

(b) Se l'elenco sia *esemplificativo* oppure *tassativo* quanto alle circostanze concrete in presenza delle quali si possono ritenere sussistenti le condizioni di sfruttamento. Mentre la dottrina è incline a ritenere che sostanzialmente gli indici esauriscano la dimensione tipologica della fattispecie, in giurisprudenza la previsione legislativa si considera meramente esemplificativa e si apre all'individuazione di ulteriori circostanze di fatto rilevanti ai fini dell'accertamento delle condizioni di sfruttamento[35].

---

[34] Sulla natura sostanziale degli indici si segnalano in particolare i rilievi di A. Gaboardi, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., pp. 49-50, secondo cui considerarne la natura sostanziale è l'unica soluzione idonea a salvare la norma dall'accusa di indeterminatezza e a riconoscere una reale funzione alla stessa elencazione degli indici di sfruttamento; ritiene assumano una funzione prettamente probatoria come "presunzioni" della sussistenza dello sfruttamento invece A. Giuliani, *Reati in materia di caporalato, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, JusQuid, Padova, 2015, p. 150 ss.; rilevano la problematicità dell'inquadramento dogmatico e la loro caratterizzazione ibrida, A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 9, che ne parla in termini di orientamento "probatorio (o meglio interpretativo)", S. Fiore, *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali*, cit., p. 876, che rileva un'interazione fra diritto sostanziale e dinamiche probatorie in funzione "descrittiva"; v. anche le osservazioni da parte di una dei firmatari della l. n. 199 del 2016, D. Ferranti, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016, la quale evidenziava che «circa la natura giuridica degli indicatori di sfruttamento, si è detto molto opportunamente in dottrina che gli indici svolgono una funzione di "orientamento probatorio" per il giudice: ed è per tale ragione che non ha fondamento il rilievo critico circa l'asserito difetto di determinatezza della norma che li descrive o circa la loro presunta incompletezza» (*ivi*, p. 3). Cfr. anche *infra*, nota 130.

[35] In particolare, secondo A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis* c.p., cit., p. 48, gli indici previsti sembrano talmente onnicomprensivi da consentire un giudizio di essenziale *esaustività* della dimensione tipologica, semmai a restare aperta è la varietà dei fatti concreti che possono rientrarvi. A favore del carattere tassativo degli indici anche S. Fiore, *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 886 s.; ma v. anche E. Scorza, *Le novità rilevanti per il diritto penale nelle recenti manovre "anti-crisi"*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 7 ss.; A. Gaboardi, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., p. 51; *contra*, A. Giuliani, *I reati*, cit., 150, ritiene l'elencazione non tassativa, coerentemente con il fatto che li riconduce ad una dimensione prettamente probatoria. In giurisprudenza vi è la tendenza a trovare 'vie di fuga' interpretative che prescindono dagli indici, v. ad esempio Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7861, p. 7. La Corte, infatti, sovente "rafforza" il suo ragionamento sulla funzione di mero orientamento probatorio degli indici affermando che comunque essi "non precludono l'individuazione di altre condotte che integrino la fattispecie", v. sul punto *infra*, § 3.2.

(c) Se si tratti di elementi '*rigidi*' o di elementi '*elastici*' e, correlativamente, se sia riscontrabile un difetto di precisione e determinatezza dei singoli indici [36]. Segnatamente, oggetto di discussione sono: (i) il comma 3, n. 1) che considera indice di sfruttamento la «reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato» [37]; (ii) il comma 3, n. 3), che considera indice di sfruttamento «la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro» [38].

Per un approfondimento di tali interrogativi, tra loro intrinsecamente legati, si rimanda alla successiva trattazione [39]. Infatti, la loro soluzione è legata

---

[36] Criticamente sulla formulazione 'vaga' degli indici A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 76 ss.; V. Mongillo, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4, 2019, p. 630 ss. Cfr. da ultimo Cass., sez. IV, 30 novembre 2022, n. 9473, con nota di F. Vitarelli, *Proporzionalità della pena e determinatezza della fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2024, p. 214 ss., che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 603-*bis*, comma 3, per contrasto con l'art. 25 Cost., enunciativo dei principî di tassatività e determinatezza delle norme incriminatrici, posto che tali indici, quali meri criteri-guida per l'interprete, sintomatici della sussistenza del fatto tipico, sono finalizzati a riempire di contenuto concreto il concetto di sfruttamento.

[37] Criticamente sulla formulazione del comma 3 n. 1, di recente G.M. Flick-D.F. Pujia, *Contrasto al "fenomeno" dello sfruttamento del lavoro e principio di legalità: binomio impossibile?*, cit., pp. 16-17.; v. anche V. Torre, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, cit., p. 299. In termini problematici, con particolare riferimento al difetto di determinatezza del parametro 'elastico' di cui all'art. 36 Cost. nella valutazione della sproporzione rispetto alla quantità e qualità di lavoro prestato, A. di Martino, *Questioni di legittimità costituzionale sul reato di sfruttamento lavorativo: punti e contrappunti*, in *L'Altro Diritto*, 6, 2022, p. 29.

[38] Criticamente sulla formulazione del comma 3, n. 3, T. Padovani, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, cit., p. 50, il quale, a seguito dell'eliminazione della circostanza che la violazione debba essere "tale da esporre il lavoratore a pericolo per la saluta, la sicurezza o l'incolumità personale", temeva potesse essere in concreto indistinguibile lo sfruttamento della manodopera dalle mere contravvenzioni antinfortunistiche contemplate dalla legislazione speciale in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, in relazione alle violazioni antinfortunistiche; v. anche A. Gaboardi, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., p. 67, secondo il quale le diverse vedute riguardo alla portata dell'indice n. 3 potrebbero derivare dal diverso modo di guardare agli indici, ora come aventi natura sostanziale, ora aventi natura processuale. Sul punto cfr. già in sede di lavori parlamentare la distinzione tra indici ed elementi costitutivi (v. *supra*, nota 26).

[39] V. *infra*, § 3.

a doppio filo allo *statuto teorico del disvalore di contesto* e, in questo senso, assume rilievo non solo in relazione al delitto in esame, ma (come significativo banco di prova) anche a livello *sistematico*, nell'ottica di elaborare i *tratti paradigmatici* di una tecnica normativa che si avvalga di indici di tipicità per la definizione 'operazionale' del reato.

Ritornando invece all'analisi della formulazione della fattispecie, oltre alla sussistenza delle condizioni di sfruttamento, *lato sensu* 'definite' attraverso gli indici, il disvalore si impernia anche su una condotta di abuso *diversa* e *ulteriore*, cioè l'approfittamento dello stato di bisogno [40], che si può considerare la 'cerniera di chiusura' del Tipo criminoso legale.

In un primo momento, era emersa in giurisprudenza la tendenza a considerare lo stato di bisogno sussistente *in re ipsa* ogni qualvolta il lavoratore accettasse condizioni di lavoro al di sotto degli standard di dignità fissati dalla norma [41]. Al contrario, più di recente, condivisibilmente, la Cassazione ha confermato la necessità di *un'autonoma valutazione* di tale elemento [42], considerato come sia astrattamente possibile che alla sussistenza delle condizioni di sfruttamento non si accompagni l'approfittamento dello stato di bisogno [43].

---

[40] Cfr. sul tema A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 5 ss.

[41] Per un'analisi della giurisprudenza recente, cfr. A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 83 ss.

[42] Una necessità già correttamente manifestata nelle applicazioni giurisprudenziali al c.d. caporalato digitale nel caso Uber Italy, v. Trib. Milano, sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, n. 2805. Nella prima giurisprudenza sul 603-*bis*, c.p., che trovava applicazione in contesti agricoli in cui le vittime di reato erano spesso migranti in condizioni disperate, si tendeva, infatti, a dare per presunto l'approfittamento dello stato di bisogno, v. sul punto Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615 cit. e Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7861, in *Sist. pen.*, 5 aprile 2022, con nota di F. VITARELLI, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro* (art. 603 bis c.p.).

[43] Cfr. le riflessioni di A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, spec. p. 92, che segnala l'esigenza di provare il dolo anche nella forma eventuale, del soggetto attivo, sia esso intermediario o datore di lavoro. Si pensi, ad esempio, al contesto della libera professione, in cui sorgono dei rapporti di subordinazione "di fatto", in cui un soggetto si sottopone "liberamente" a condizioni che potrebbero anche comportare l'assenza di salario (es. *stage*). Lo rileva anche S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società "civile": il reato di sfruttamento del lavoro"*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 142, secondo cui «che in particolari situazioni lo *stage*, il praticantato e il lavoro di consegna a domicilio, al di là della forma giuridica del relativo rapporto istaurato con il dante causa, possano dà vita a forme di sfruttamento è evidente, ma solitamente il prestatore d'opera, per quanto possa avere bisogno di imparare o di guadagnare, non si trova in uno stato di bisogno».

Quanto al significato del concetto di stato di bisogno, il legislatore non ne fornisce una definizione, né elabora un elenco di "indici", ma già dalla scelta lessicale emerge la volontà di distinguere tale locuzione dall'«approfittamento di una situazione di vulnerabilità», nozione di matrice sovranazionale richiamata dai più gravi delitti di cui agli artt. 600 e 601 c.p. (rispettivamente, riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù e tratta di persone)[44]. Alla luce dei più recenti approdi interpretativi, lo stato di bisogno non deve intendersi come un vero e proprio 'stato di necessità' tale da *annientare* qualunque libertà di scelta; non sarà necessario indagare sull'assenza di un'alternativa effettiva ed accertabile, diversa dall'accettazione dell'abuso, ma sarà sufficiente riscontrare una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, in grado di limitare la volontà della vittima, inducendola ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose. Rigettando qualsiasi declinazione soggettivistica di tale nozione[45], sarebbe quindi necessaria e sufficiente la *mancanza di mezzi di sussistenza* come presupposto per soccombere ad un assoggettamento personale[46].

---

[44] La nozione di "situazione di vulnerabilità", mutuata per la prima volta in ambito comunitario con la decisione-quadro del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta di esseri umani, cui l'Italia ha dato attuazione con l. 11 agosto 2003, n. 228 e riproposta nell'art. 2, direttiva 2011/36/EU, trova il suo principale riferimento internazionale nel Protocollo delle Nazioni Unite in materia di tratta di persone, all'art. 3 (*Protocol to Prevent*, *Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children*, *supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*) e viene definita come quella situazione in cui la persona non abbia altra scelta effettiva e accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. Cfr. UNODC, *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent*, *Suppress and Punish Trafficking in Persons*, *Especially Women and Children*, *supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2012 (reperibile qui: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_E.pdf). Per un quadro normativo sulla condizione di vulnerabilità nelle fonti internazionali cfr. C. Amalfitano, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 523 ss.

[45] Sulla necessità di ancorare lo stato di bisogno a parametri oggettivi, conformemente al principio di materialità, v. A. di Martino, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo*, *tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 5 ss.; G. Morgante, *Caporalato*, *schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, cit., p. 1703 ss.; S. Braschi, *Il concetto di "stato di bisogno"*, *del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2021, p. 113 ss.; C. Cucinotta, *Il ruolo del consenso e lo stato di bisogno del lavoratore nell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2, 2021, p. 1 ss.

[46] In particolare, perché sussista lo stato di bisogno, la mancanza di mezzi di sussistenza si può determinare in relazione al contesto economico-sociale nel quale detta mancanza è apprezzata: «deve trattarsi di una condizione conosciuta ed intenzionalmente strumentalizzata dall'agente ad instaurare o consolidare un rapporto formale o fattuale di dipendenza», in questi termini, A. di

Ciò non significa, peraltro, che non vi sia una diretta connessione tra stato di bisogno e condizione di vulnerabilità: infatti, i presupposti della mancanza di mezzi di sussistenza sono riconducibili alle singole cause personali, economiche e sociali di vulnerabilità [47]. Non a caso, in dottrina è stata avanzata la proposta di replicare per questo elemento costitutivo, caratterizzato da una componente valutativa e suscettibile di forti influenze socio-criminologiche, l'elaborazione di "*indici di vulnerabilità*", funzionali a riempire di significato la nozione di stato di bisogno (ma su questo punto ritorneremo) [48].

MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità*, cit., p. 36; v. anche S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società "civile"*, cit., p. 140, che osserva come lo stato di bisogno vada inteso come una condizione di forte assillo economico, certo meno pressante dello stato di necessità, ma in ogni caso tale da rendere la vittima particolarmente vulnerabile. Cfr. in giurisprudenza Cass., sez. IV, 10 marzo 2022, n. 24388, secondo cui ai fini dell'integrazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro *ex* art. 603-*bis* c.p., lo stato di bisogno non va inteso come uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta del lavoratore, bensì come una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, tale da limitare la volontà della vittima e da indurla ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose, stante anche l'assenza, nello specifico contesto in cui si svolge la vicenda, di possibili reali alternative di lavoro.

[47] La connessione fra bisogno (come mancanza di mezzi) e vulnerabilità sta in ciò, che «le singole cause personali, economiche, sociali, di vulnerabilità possono determinare una condizione di bisogno, ma non sono di per sé rilevanti alla stregua della fattispecie tipica», sul punto A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo*, *tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 14 ss., il quale rileva che, in termini sociologici, è agevole ascrivere a questo concetto situazioni quali povertà, disuguaglianza, discriminazione, violenza di genere; dal punto di vista tecnico-giuridico, è invece meno agevole definirne i contorni. Seguendo questo ragionamento, possiamo rilevare che, ad esempio, l'irregolarità di per sé non è un elemento che integra da solo lo stato di bisogno, ma può essere un indice di vulnerabilità, come indirettamente ha confermato anche la giurisprudenza di legittimità. Infatti, la Corte correttamente evidenza come la mera condizione di irregolarità amministrativa del cittadino extracomunitario nel territorio nazionale, accompagnata da situazione di disagio e di bisogno di accedere alla prestazione lavorativa, non può di per sé costituire elemento valevole da solo ad integrare il reato di cui all'art. 603-*bis* c.p., così però indirettamente riconoscendo che tale condizione di vulnerabilità può essere un "indice" di stato di bisogno. Così Cass. pen., sez. IV, 16 settembre 2020, n. 27582, Savoia; Cass., sez. IV, 18 febbraio 2020, n. 11546, Sarker; Cass., sez. IV, 9 ottobre 2019, n. 49781.

[48] Per la proposta di considerare anche lo stato di bisogno un elemento di contesto da ricostruire mediante "indici di vulnerabilità" cfr. A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo*, *tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 47, v. più ampiamente ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, spec. p. 149 ss., v. *infra*, Considerazioni conclusive.

2.2. *I "fattori" di limitazione del tipo colposo in ambito sanitario*

Di recente, il legislatore ha nuovamente fatto riferimento all'*ambientamento contestuale,* questa volta per la limitazione della responsabilità colposa nell'ambito dell'esercizio dell'attività sanitaria durante l'emergenza Covid-19[49].

Ai fini della presente indagine, è necessario quindi verificare se e in che limiti tale modello, cui, peraltro, si ispirano anche le ultime proposte di riforma nell'ambito della colpa medica, sia riconducibile alle definizioni 'operazionali' così come qui intese.

Il riferimento è all'art. 3-*bis*, introdotto con il d.l. n. 44 del 2021 e convertito in legge con l. 28 maggio 2021, n. 76, noto come "scudo penale" ("Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19"), che ha previsto una limitazione della responsabilità penale di tutti gli esercenti una professione sanitaria nell'ambito della fase emergenziale Covid-19[50].

La norma elenca una serie di "*fattori*", che *possono* escludere la colpa grave (da imperizia, negligenza o imprudenza): (i) la *limitatezza delle conoscenze scientifiche* al momento del fatto sulle patologie da SARS-Cov-2 e

---

[49] Art. 3-*bis*: «durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave». Al secondo comma, viene specificato poi che «ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza». Per alcune proposte in tal senso, sin dalle prime fasi della pandemia legata al virus SarsCov2, cfr. M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg. pen.*, 22 giugno 2020, p. 6 ss.; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *DisCrimen*, 25 maggio 2020, p. 9 ss.; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 19 maggio 2020, p. 19 ss.

[50] Sul punto v. C. Cupelli, *Note a prima lettura sugli artt. 3 e 3-bis del DL 44/2021 dopo la conversione in L. 76/21*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021; P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021; M. Caputo, *Misura e grado della colpa*, in *DisCrimen*, 16 dicembre 2021, p. 7 ss.; Id., *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1171 ss.; S. Prandi, *Medical Negligence During the Pandemic: The Italian Choice for Criminal 'Shields' and the Need for Further Reform*, in *The Italian Law Journal*, vol. 8, 2, 2022, p. 939 ss.; S.B. Taverriti, *L'autonormazione medica al banco di prova dei formanti penali*, in *Leg. pen.*, 16 aprile 2024, p. 28 ss.

sulle terapie appropriate; (ii) la *scarsità delle risorse umane e materiali* concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare; (iii) il *minor grado di esperienza e conoscenze tecniche* possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

Alla luce della distinzione tracciata nella presente analisi, tra indici di tipicità e indici probatori, riteniamo, invero, di poter ascrivere i fattori situazionali elencati dall'art. 3-*bis* a questa seconda tipologia, in quanto la loro formulazione sembra riconducibile non tanto alla *definizione* della struttura del *Tipo colposo grave* nell'ambito dell'attività sanitaria, quanto piuttosto all'accertamento della *misura soggettiva della colpa grave* dell'operatore[51], esemplificando le circostanze di fatto che il giudice dovrebbe prendere in considerazione nella valutazione della vicenda concreta[52].

A riprova di ciò, il legislatore in questo caso non sembra avere pretesa di *esaustività*, esprimendosi nei seguenti termini: «Il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità…». La locuzione "tra i fattori" implica che si tratti di un elenco meramente esemplificativo, non precludendo la possibilità che si individuino altri fattori rilevanti[53], coerentemente con la loro natura di indici probatori.

---

[51] Per una differenza tra misura oggettiva e soggettiva della colpa in questo ambito, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 54 ss., secondo cui: «la combinazione della norma incriminatrice di parte speciale con le regole cautelari anche di fonte extra-giuridica, purché consolidate e diffuse – rende afferrabile sul piano oggettivo i contenuti di prevedibilità ed evitabilità grazie ai quali si costruisce la tipicità colposa. Il tipo, formato mediante il rinvio a cautele elaborate al di fuori del sistema penale, viene etero-integrato e si carica di una forte componente di antigiuridicità, mentre l'esame della capacità personale di esaudire l'appello normativo viene posticipato e dirottato nella categoria della colpevolezza, dove si apprezzano situazioni che non hanno consentito all'agente di adempiere alla pretesa comportamentale» (*ivi*, p. 55); v. anche Id., *Misura e grado della colpa*, cit., p. 7 ss. in cui si approfondisce la posizione di T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819 ss., spec. 876 ss. sulla distinzione tra «dovere obiettivo di diligenza» e «dovere subiettivo di diligenza». Con specifico riferimento alla normativa emergenziale, cfr. M. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, cit., p. 1171 ss., in cui l'Autore dà conto del dibattito dottrinale volto a qualificare la "natura" delle disposizioni introdotte, osservando che l'art. 3-*bis*, si presenta come «un *mixtum compositum*, nel quale alloggiano profili oggettivi (conoscenze scientifiche disponibili e terapie), situazionali (scarsità delle risorse umane e materiali) e personologici (grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute) che, in fin dei conti, lascia trasparire la fisionomia di una scusante soggettiva, codificata per fornire certezza all'interprete nello screening sull'esigibilità del comportamento alternativo doveroso» (*ivi*, p. 1184). Propende quindi per considerarla una "regola di giudizio", funzionale all'accertamento della colpa grave.

[52] Cfr. *supra*, Cap. III, § 3.

[53] In questo senso P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, cit., § 3, ma anche C.

Peraltro, secondo alcuni Autori, tale previsione sarebbe priva di utilità applicativa, in quanto in una situazione di emergenza come quella pandemica avrebbe comunque trovato applicazione, come massima di esperienza, il principio ricavabile dall'art. 2236 c.c.[54], secondo cui il medico risponde penalmente solo per colpa grave in casi di speciale difficoltà o in una situazione emergenziale[55]. Altri Autori hanno invece guardato con favore all'intervento legislativo, in quanto si ritiene contribuisca ad una *ragionevole uniformità nell'accertamento giudiziale* senza compromettere una diversa modulazione della risposta in sede applicativa in base alle peculiari circostanze del caso concreto[56].

Per quanto più rileva ai nostri fini, si è ritenuto che l'intervento potesse rappresentare un utile punto di partenza per 'ripensare' il Tipo colposo in ambito sanitario anche sul piano *definitorio*[57], sotto due profili: (a) la formulazione di una definizione generale di colpa grave che tenga esplicitamente conto dei c.d. *fattori contestuali* in una situazione di incertezza scientifica, indipendentemente dalla natura dell'emergenza (epidemica o no); (b) la (ri-)definizione dei confini applicativi della non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p. oltre i limiti della sola imperizia lieve nella fase esecutiva[58].

Cupelli, *Note a prima lettura sugli artt. 3 e 3-bis del DL 44/2021 dopo la conversione in L. 76/21*, cit., § 6, che parla di definizione 'orientativa'.

[54] Cfr. in particolare, P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, cit., § 4.

[55] Sul punto Cass., sez. un., 23 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti, i cui principi vengono valorizzati in questo ambito da M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., p. 6 ss.

[56] Cfr. C. Cupelli, *Note a prima lettura sugli artt. 3 e 3-bis del DL 44/2021 dopo la conversione in L. 76/21*, cit., § 7, il quale evidenzia che la norma trova giustificazione nelle oggettive peculiarità del contesto emergenziale, oltre che nella difficoltà e nella pericolosità dell'attività sanitaria che, nel momento considerato, non appare comparabile con altre attività professionali, prive di analogo significato sociale e non implicanti, a loro volta, rischi e responsabilità così gravi per la vita o l'incolumità delle persone.

[57] In questi termini C. Cupelli, *Note a prima lettura sugli artt. 3 e 3-bis del DL 44/2021 dopo la conversione in L. 76/21*, cit., § 7 p. 9, v. anche L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., p. 9 ss. e P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, cit., § 4, il quale evidenzia «ritenuta l'inutilità applicativa, non va ritenuta però la totale inutilità. (…) Ed allora: lo scudo penale legislativo può svolgere una funzione di richiamo alla valutazione delle situazioni emergenziali con gli occhi della colpa grave, già spalancati dalla giurisprudenza. Indipendentemente dalla natura dell'emergenza, epidemica o no».

[58] Cfr., in particolare, C. Cupelli, *Note a prima lettura sugli artt. 3 e 3-bis del DL 44/2021 dopo la conversione in L. 76/21*, cit., § 7, p. 13.

In questa prospettiva, occorre però operare una distinzione tra la misura oggettiva della colpa, che attiene al *quantum* di divergenza (tra comportamento tenuto e comportamento osservante) e la sua misura soggettiva, che attiene al *quantum* di esigibilità (dell'osservanza)[59]. L'una rileva già sul piano *definitorio,* l'altra, essenzialmente, sul piano *dell'accertamento*.

Ad oggi, in mancanza di una definizione a livello legislativo e nell'ottica di fornire strumenti in grado di orientare il giudice di merito, la Cassazione nella nota sentenza Cantore[60] ha elaborato una serie di indici sintomatici di "non lievità" della colpa, senza però articolarli, rispettivamente, sul piano della sua *misura oggettiva* e *soggettiva*. Specificamente, gli indicatori *ivi* individuati sono: (i) la *divergenza* tra la condotta effettivamente tenuta dall'agente e quella che era da attendersi; (ii) la *prevedibilità in concreto* dell'evento nonché l'evitabilità della sua realizzazione, alla stregua di un giudizio *ex ante*; (iii) le *specifiche condizioni* dell'agente; (iv) la motivazione della condotta; (v) la consapevolezza o meno dell'agente di tenere una *condotta pericolosa* e, quindi, la previsione dell'evento da parte dello stesso; (vi) l'eventuale *concorso di colpa di più agenti* o (anche) della vittima.

Come detto, nell'elaborazione giurisprudenziale vengono considerati *indistintamente* sia fattori che attengono alla struttura oggettiva del tipo colposo, che, in quanto tali, nella nostra prospettiva, dovrebbero essere considerati autentici *indici di tipicità* (la divergenza tra la condotta doverosa e la condotta tenuta; la prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento secondo un giudizio *ex ante*), sia fattori che, attenendo alla limitazione della rimproverabilità soggettiva dell'agente che non era nelle condizioni di adempiere alla pretesa comportamentale disegnata nel Tipo, dovrebbero essere

---

[59] Di recente, sul punto, M. Caputo, *Misura e grado della colpa*, cit., p. 7 ss.; F. Giunta, *Due colpe in una?*, in *DisCrimen*, 9 novembre 2021; già T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819 ss.

[60] Cass., sez. IV, 29 gennaio-9 aprile 2013, n. 16237, Cantore, p. 18, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013, con nota di C. Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*. Sul tema, cfr. D. Castronuovo, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1723 ss.; D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2013, p. 73 ss.; P. Piras, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2015; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 296 ss.; G.M. Caletti-M. Mattheudakis, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra nuovi spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, p. 43 ss.; P.F. Poli, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 914 ss.; Id., *La colpa grave: i gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 77 ss.

considerati, di contro, – almeno in modo preponderante – *indici probatori* (le specifiche condizioni dell'agente; le motivazioni della condotta; la concreta prevedibilità da parte dell'agente; l'eventuale concorso di colpa altrui) [61].

Una più chiara separazione tra questi due piani si può rinvenire nell'ultima proposta di definizione della colpa grave avanzata dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, che distingue i fattori che determinano la misura oggettiva della violazione della regola cautelare (comma 2) dai fattori funzionali ad escludere la gravità della colpa (comma 3), riconducibili invece al piano dell'esigibilità del comportamento osservante [62]. In

[61] Cfr., più di recente, Cass., 11 febbraio 2020, n. 15258, con nota di P. Bertelloni, *La discrezionalità 'vincolata' del giudice nell'accertamento processuale della colpa medica: la Corte di Cassazione elabora una guida ermeneutica per sindacare l'operato dell'esercente la professione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2020, p. 1606, in cui si rammenta che per determinare la gravità della condotta colposa occorre esaminare sia la misura oggettiva della colpa sia la misura soggettiva della colpa, assumendo rilievo i seguenti elementi: «1) la gravità della violazione della regola cautelare; 2) la misura della prevedibilità ed evitabilità dell'evento; 3) la condizione personale dell'agente; 4) il possesso di qualità personali utili a fronteggiare la situazione pericolosa; 5) le motivazioni della condotta». In riferimento alla graduazione della colpa nello specifico settore dell'attività medica, la Corte di Cassazione chiarisce che la colpa grave potrà essere ravvisata in presenza di una «deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato», ossia quando il gesto tecnico risulti «marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle condizioni del paziente»; viceversa il giudice dovrà orientarsi verso un addebito lieve quando il quadro clinico risulti «problematico, oscuro, equivoco o segnato dall'impellenza».

[62] Cfr. AIPDP, *Materiali per la riforma dei delitti contro la persona*, *I reati colposi contro la vita e l'incolumità fisica*, secondo articolato presentato dal 3° Gruppo di lavoro composto da Sergio Seminara, Domenico Pulitanò e Matteo Caputo: https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/188_secondo%20articolato%20aggiornato%20responsabilit%C3%A0%20sanitari.pdf, su cui v. M. Caputo, *Relazione sulla nuova bozza di articolato*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 191 ss.; A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *Rivista di Biodiritto*, 2022, p. 353 ss., spec. p. 368; L. Notaro, *La rilevanza dei "fattori contestuali" ai fini della limitazione della responsabilità colposa del medico. La pandemia da Covid-19 come banco di prova per la colpa penale*, in *Leg. pen.*, 7 marzo 2024, p. 1 ss. Si riporta il testo proposto dal Gruppo: «*1. Se i fatti di cui agli articoli 589, 590 e 593-bis sono commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie, la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave. 2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole cautelari è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento. 3. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della speciale difficoltà dei problemi affrontati, delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili, del tipo di rischio da gestire e della concreta situazione operativa, del livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute, delle motivazioni della condotta, delle gravi carenze organizzative. 4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione*

particolare, la definizione di colpa grave proposta dal Gruppo si articola intorno a *due fattori*: (a) una deviazione particolarmente rilevante dalle regole cautelari; (b) la creazione di un rischio irragionevole concretizzatosi nell'evento. Vengono poi individuati, in negativo, alcuni fattori in grado di escludere la gravità della colpa: (i) la speciale difficoltà dei problemi affrontati; (ii) le condizioni di lavoro e risorse disponibili; (iii) il livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche; (iv) le motivazioni della condotta; (v) la presenza di gravi carenze organizzative.

La proposta sembra quindi valorizzare il contesto funzionale a circoscrivere il tipo colposo *sia* sul piano definitorio, rispetto al quale si considerano rilevanti come *indici di tipicità* i fattori contestuali (a) e (b), *sia* sul piano dell'accertamento, rispetto al quale si elaborano una serie di fattori contestuali (da (i) a (v)) rilevanti come *indici probatori* della rimproverabilità soggettiva.

Recentemente, l'elaborazione dottrinale dell'AIPDP sembra essere stata recepita nell'ultimo progetto di riforma pervenuto all'esito dei lavori della "Commissione per lo studio e l'approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica", istituita nel 2023 [63].

La nuova formulazione intende, infatti, *definire* la disciplina «per i suoi contenuti concreti, in ossequio al principio di legalità» [64], specificando che la Commissione propende per una definizione non *sintetica* ma *articolata*, per favorire letture e indicazioni più precise, funzionali ad operare come *bussola normativa* sia nei confronti dei destinatari della norma, in modo da favorire un corretto esercizio dell'attività sanitaria «lasciando cogliere i possibili risvolti penali della medesima» [65], sia come guida applicativa per l'interprete.

A tal fine, la proposta, nel circoscrivere il tipo colposo alla sola colpa grave

---

finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, *idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi*, *e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure*». Sulla necessità di una definizione normativa di colpa grave per limitare «la discrezionalità del giudizio» e per garantire «un'area dai contorni meno incerti per la libera scelta terapeutica del sanitario» cfr. A. Provera, '*Omnis definitio in iure...*', *La responsabilità medica e la problematica distinzione tra i tipi di colpa generica*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2019, p. 1355 ss.; sul tema, più in generale, si rinvia a P.F. Poli, *La colpa grave: i gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, cit., p. 390 ss.

[63] Si tratta della Commissione D'Ippolito, istituita nel 2023, la cui Proposta sull'articolato penale è sintetizzata da P. Piras, *I nuovi artt. 590 sexies e 590 septies c.p. nella proposta della Commissione D'Ippolito*, in *Sist. pen.*, 25 febbraio 2025.

[64] Cfr. *Proposta della Commissione D'Ippolito*, *Relazione sull'articolato penale*, 2024, p. 3, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1739744826_dippolito.pdf.

[65] Cfr. *Proposta della Commissione D'Ippolito*, *Relazione sull'articolato penale*, cit., p. 7.

in ambito sanitario, si declina in una serie di indicatori che riteniamo afferiscano tanto alla misura oggettiva quanto alla misura soggettiva della colpa [66]:

(a) In primo luogo, si propone una riformulazione dell'art. 590-*sexies* c.p., eliminando il riferimento alla causa di non punibilità in favore della previsione di una *esclusione della tipicità oggettiva* quando la prestazione è conforme agli indirizzi di diagnosi e cura adeguati alle specificità del caso concreto [67]. In particolare, la norma prevede tre criteri finalizzati a costruire la *misura oggettiva del tipo colposo* in ambito sanitario: (i) le linee guida pubblicate *ex* art. 5, comma 3, l. n. 24 del 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco); (ii) le buone pratiche clinico-assistenziali; (iii) le scelte diagnostiche e terapeutiche adeguate alle specificità del caso concreto.
(b) In secondo luogo, si propone l'introduzione del nuovo art. 590-*septies* c.p. [68], che consente, a parere della Commissione, di stabilire i limiti del tipo colposo in ambito sanitario dal punto di vista soggettivo-psicologico.

---

[66] Sebbene l'articolato non espliciti tale distinzione, si ritiene di dover considerare separatamente la misura oggettiva e soggettiva della colpa. Sul tema, in generale, si rinvia a C. PIERGALLINI, *Il fatto tipico colposo*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 307 ss.; ID., voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali X*, Milano, 2017, p. 222 ss.; cfr. anche T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 876 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 237 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Milano, 2004, Art. 43-69 ss., p. 381 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 ss. e v. anche *infra*, nota 78; con riferimento alla colpa medica M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 54 ss., sui cui v. *supra*, nota 51.

[67] Nella proposta di riforma del 590-*sexies* c.p. la norma utilizza, infatti, la formula, "i fatti previsti sono esclusi": «Limiti della responsabilità in ambito sanitario i fatti previsti dagli artt. 589, 590 e 593 bis commessi nell'esercizio dell'attività sanitaria sono esclusi quando risulta che la prestazione è conforme agli indirizzi di diagnosi e cura adeguati alle specificità del caso concreto. Rilevano quali indirizzi di diagnosi e cura le raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi dell'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24, le buone pratiche clinico-assistenziali, nonché altre scelte diagnostiche e terapeutiche adeguate alle specificità del caso concreto».

[68] Il nuovo art. 570-*septies* c.p. sarebbe invece così formulato: «Se nei fatti previsti dagli artt. 589, 590 e 593-bis, l'attività sanitaria non è conforme a indirizzi di diagnosi e cura adeguati alle specificità del concreto, l'esercente ne risponde nelle fattispecie di mancato ricorso a comuni cautele, di errata scelta dell'indirizzo di diagnosi e cura o di errata esecuzione dell'attività, di adozione di indirizzi di diagnosi e cura più rischiosi non giustificati da prospettive favorevoli per l'assistito, di violazione delle misure organizzative della sicurezza delle cure, con l'effetto di cagionare l'evento evitabile e prevedibile del reato. Nelle fattispecie predette, se l'attività sanitaria è di speciale difficoltà, l'esercente ne risponde solo per colpa grave. Tra i fattori che possono escludere la gravità della colpa, il giudice considera i contesti di rischio causati: dalla scarsità delle risorse umane e materiali disponibili, dalla mancanza o dalla limitatezza di conoscenze scientifiche o di terapie adeguate, dalla severità e dalla complessità della malattia; dalla presenza di situazioni di rilevante urgenza e emergenza».

Soffermandoci, per quanto più rileva in questa sede, sull'ipotesi *sub(b)*, adottata la prospettiva dogmatica che considera anche i profili di tipicità soggettiva, ci sembra che la nuova norma intenda circoscrivere il Fatto colposo alla *sola colpa grave* (sia nella sua misura oggettiva che nella sua misura soggettiva).

Infatti, il primo comma delimita l'ambito applicativo sul piano oggettivo [69], sostanzialmente ricalcando ogni "ipotizzabile caso di colpa medica" [70]: (i) mancato ricorso a *comuni cautele*; (ii) errata scelta dell'*indirizzo di diagnosi* e cura o di *errata esecuzione* dell'attività; (iii) adozione di *indirizzi di diagnosi e cura più rischiosi* non giustificati da prospettive favorevoli per l'assistito; (iv) violazione delle *misure organizzative della sicurezza delle cure*, che abbiano l'effetto di cagionare l'evento evitabile e prevedibile del reato.

La norma poi, nel secondo comma, con riferimento alle "fattispecie predette" limita la responsabilità del sanitario alle sole ipotesi di *colpa grave*, nei casi di *speciale difficoltà dell'attività sanitaria*, in seguito elencando, al terzo comma, i *parametri fondamentali* cui fare riferimento.

Si precisa, in particolare, che *tra i fattori* che possono escludere la gravità della colpa, il giudice deve considerare i *contesti di rischio* causati: (i) dalla *scarsità delle risorse umane e materiali disponibili*; (ii) dalla *mancanza o dalla limitatezza* di conoscenze scientifiche o di terapie adeguate; (iii) dalla *severità e dalla complessità della malattia*; (iv) dalla presenza di situazioni di *rilevante urgenza e emergenza* [71].

---

[69] «Sul piano della *misura oggettiva*, assume rilievo il *grado dell'oggettivo scostamento dalla condotta doverosa*, che potrà dare luogo a forme di *colpa grave* o di *colpa lieve*, un icastico esempio è proprio il contesto delle attività sanitarie, in cui il legislatore descrive il Tipo colposo e lo assoggetta a pena solo se la misura dello scostamento dalla diligenza dovuta si manifesta come "grave". Dunque, è possibile concludere nel senso che il grado della colpa non esercita soltanto una funzione sul terreno della commisurazione della pena, ma pure sul versante della costruzione del Tipo, in cui il grado della colpa funge da discrimine tra le condotte punibili e non», così C. Piergallini, *Il fatto tipico colposo*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., pp. 307 e 314 ss.

[70] Cfr. P. Piras, *I nuovi artt. 590 sexies e 590 septies c.p. nella proposta della Commissione D'Ippolito*, in *Sist. pen.*, 25 febbraio 2025, § 2, secondo il quale sicuramente vi rientra il frequente caso dell'omessa diagnosi differenziale, essendo lo stesso ricompreso nell'errata scelta dell'indirizzo di diagnosi e cura di cui parla il testo, e vi rientra il caso, anch'esso frequente, dell'errore operatorio, essendo lo stesso ricompreso nell'errata esecuzione dell'attività di cui ancora parla il testo.

[71] Come noto, la *misura soggettiva* della colpa riguarda le ipotesi in cui l'agente non era nelle condizioni di adempiere alla pretesa comportamentale disegnata nel Tipo e reclamata dall'ordinamento. In questo ambito, si confrontano la sfera del dovere (la diligenza obbiettivamente richiesta dall'ordinamento) e quella del potere (pertinente alla capacità – al potere – del soggetto di ottemperare al dovere), venendo in gioco la *rimproverabilità* (cioè, la colpevolezza) dell'agente in relazione alla condotta inosservante che ha tenuto, cfr. C. Piergallini, in

Analizzando più nel dettaglio – sia pure in una prospettiva *de iure condendo* – la formulazione del nuovo art. 570-*septies* c.p.:

(aa) *ex* art. 570-*septies*, comma 1 e comma 2 c.p., si interviene già a monte, circoscrivendo la misura oggettiva della colpa alla sola colpa grave tramite "indici di colpa medica" [72], che richiamano, in sostanza, ogni ipotizzabile caso di colpa medica già previsto *ex* art. 590-*sexies* c.p., ma collocato in un contesto di *speciale difficoltà dell'attività sanitaria*. Ebbene, trattandosi qui di indicatori che intervengono sul piano *lato sensu* definitorio, a differenza dei fattori situazionali *sub(bb)* dovrebbero considerarsi, coerentemente con l'impostazione qui adottata, *tipologicamente esaustivi*. Del resto, in questo caso la proposta di riforma non ricorre alla formula "tra i fattori", che inequivocabilmente porterebbe a considerare l'elenco meramente esemplificativo;

(bb) *ex* art. 570-*septies*, comma 3, c.p. si valorizzano le condizioni di contesto che abbassano la soglia di esigibilità della *misura soggettiva* della colpa grave e, data l'espressione "tra i fattori", gli elementi situazionali elencati sono da considerarsi meramente esemplificativi e non esaustivi della

C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, cit., p. 288 s., il quale distingue: (a) in primo luogo, le ipotesi in cui l'agente concreto (colui che ha agito) ha violato il precetto cautelare a causa dell'esistenza di fattori soggettivi o psicologici (ad esempio, condizioni di stanchezza, di spavento, di stress) o di incapacità contingente (si pensi all'inesperienza, rispetto ad un rischio improvvisamente sorto), che *non rendevano esigibile* l'adempimento della pretesa cautelare indicata nella norma: in tali casi, al soggetto *non è rimproverabile* la trasgressione della diligenza dovuta e, pertanto, non risponderà dell'illecito colposo, pure integrato sul terreno della misura oggettiva (la condotta ha infatti violato la cautela doverosa); (b) in secondo luogo, la misura soggettiva della colpa risulta, a sua volta, *graduabile*: in sede di commisurazione della pena (art. 133 c.p.), il giudice dovrà tenere conto del *quantum* di esigibilità dell'osservanza della regola colpevolmente disattesa. Sulla commisurazione della pena si rinvia a E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., part. p. 279 ss.

[72] Sulla misura oggettiva della colpa come "indizio di tipicità soggettiva", auspicando, peraltro, l'introduzione della colpa grave quale *criterio ordinario d'imputazione*, cfr. M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., p. 137 ss. L'A., in particolare, rileva che l'individuazione di cautele *ad personam* dell'*homo eiusdem*, generalizzabili a una categoria di agenti secondo un metro di identificazione sociale, non presenta solo una funzione processuale, ma anche *sostanziale*, coerentemente con l'impostazione secondo cui, «senza appartenere all'elemento oggettivo del reato», gli elementi della negligenza, imprudenza, imperizia o inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline «costituiscono elementi oggettivi della imputazione soggettiva»; sono dunque una «tipologia puramente esterna della condotta colposa», riprendendo, in questi termini, M. Gallo, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, spec. p. 637; sul tema si rinvia anche a G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, *La colpa per inosservanza di leggi*, (1965), in Id., *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 150 ss.; H. Mannheim, *Der Maßtab der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Schletter, Breslau, 1912, p. 39 ss.

dimensione tipologica[73]. D'altronde, si tratta di una formula coerente con il carattere meramente probatorio di tali indicatori, intesi come strumenti di accertamento processuale che, secondo quanto affermato dalla Commissione, si "sintonizzano" con la migliore esperienza giurisprudenziale sopra citata[74], ricalcando in parte anche i contenuti dello scudo penale *ex* art. 3-*bis* della l. n. 76 del 2021;

(cc) si noti, infine, che il singolo fattore contestuale può assumere una *doppia rilevanza*, sia sul piano definitorio sia sul piano dell'accertamento. In particolare, in questo caso, l'elemento di contesto dato dalla "speciale difficoltà dell'attività sanitaria"[75], opera: (i) sul piano della *misura oggettiva* della colpa, quale presupposto che fa "scattare" il più favorevole criterio di imputazione della sola colpa grave *ex* art. 570-*septies*, comma 2, c.p.; (ii) sul piano della *misura soggettiva* della colpa, quale fattore che incide sull'esigibilità escludendo la gravità della colpa *ex* art. 570-*septies*, comma 3, c.p. (come già anche nella definizione normativa del 2021 *ex* art. 3-*bis* e nella proposta dell'AIPDP)[76].

In definitiva, quanto precede consente di confermare che, come già accennato[77], la colpa, analogamente al dolo, è un concetto disposizionale; in quanto tale necessita strutturalmente di indicatori, non solo sul piano dell'accertamento processuale, ma anche, considerata la sua dimensione di tipicità

---

[73] Secondo P. Piras, I *nuovi artt. 590 sexies e 590 septies c.p.*, cit., § 2, se così non fosse verrebbero irragionevolmente esclusi fattori che meritano la stessa rilevanza giuridica. Ad es., la speciale difficoltà che può presentarsi durante un intervento routinario, quale il rischio di causare un emopericardio durante un'angioplastica coronarica per le condizioni della parete vasale. Sul carattere esemplificativo di tali fattori anche M.L. Mattheudakis, *Scenari recenti di riforma della responsabilità penale colposa in ambito sanitario: cerchi concentrici intorno alla colpa grave*, in *Responsabilità Medica*, *Diritto e pratica clinica*, 2024, p. 463.

[74] P. Piras, I *nuovi artt. 590 sexies e 590 septies c.p.*, cit., § 2, rileva che la disposizione indica i fattori di valutazione, ma non il criterio di valutazione: il *quid* non il *quomodo*.

[75] Sulla doppia valenza di tale fattore contestuale, prendendo a riferimento l'art. 2236 c.c., cfr. G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 2020, p. 15.

[76] Come osservato, condivisibilmente, da L. Notaro, *La rilevanza dei "fattori contestuali" ai fini della limitazione della responsabilità colposa del medico. la pandemia da Covid-19 come banco di prova per la colpa penale*, cit., p. 10.

[77] Cfr. *supra*, Cap. III, § 3, in part. nota 51, in cui si richiama lo studio di Hassemer sugli elementi psicologici del reato come concetti disposizionali, in quanto non focalizzano effettivamente degli stati mentali, ma costituiscono le *strutture semantiche utilizzate per designare il significato dei comportamenti umani* secondo una relazione di comprensibilità intersoggettiva, cfr. W. Hassemer, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch*, cit., pp. 29 ss.

soggettiva, sul piano *lato sensu* definitorio [78]. *De iure condito*, nello specifico ambito della responsabilità colposa nell'esercizio dell'attività sanitaria, il legislatore è intervenuto solo sull'elaborazione di indici probatori, ma, in prospettiva *de iure condendo,* sembra che la tecnica legislativa si stia dirigendo verso la codificazione di *indici di tipicità*. In particolare, nell'ultima proposta di riforma, nell'ottica di fornire una guida applicativa rivolta agli operatori sanitari e – soprattutto – all'interprete, si opta, appunto, per una definizione non *sintetica* ma *articolata* del tipo colposo, attraverso indicatori esterni tratti dal contesto associabili al concetto disposizionale di riferimento; dunque, una definizione 'operazionale' nei termini qui intesi.

2.3. *Le "soglie di punibilità qualitative" nella direttiva UE sui delitti ambientali*

Nella prospettiva di 'rintracciare' modelli legislativi che valorizzano la funzione *lato sensu* definitoria del contesto, si ritiene degna di nota anche la Direttiva UE n. 1203 del 2024 sui delitti ambientali [79], che attribuisce un rilievo centrale alle soglie di punibilità, quali *elementi selettivi nella costruzione della struttura offensiva* delle fattispecie penali ambientali [80].

---

[78] La colpa, peraltro, a differenza del dolo, risponde ad un paradigma (almeno in parte, se non esclusivamente) normativo: sul punto v. C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, cit., p. 222 ss. Sulle regole cautelari come "indici normativi di colpevolezza", si è già fatto riferimento a M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., p. 133 ss., *supra*, nota 72. Peraltro, si segnala incidentalmente che, nella recente giurisprudenza, si può riscontrare anche il richiamo a «indici fenomenici della prevedibilità dell'evento», quali circostanze sulla base delle quali formulare il giudizio di prevedibilità, cfr. Cass., sez. V, 14 giugno, 2024, n. 23926, p. 13, nonché a «indici sintomatici ai fini dell'individuazione di uno stato soggettivo colpevole», cfr. Cass., sez. V, 28 febbraio 2025, n. 8358, p. 8, per quanto non emerga una distinzione tra piano *definitorio* e piano dell'*accertamento*. Sulla vaghezza dei concetti di prevedibilità ed evitabilità sui quali si costruisce la tipicità colposa, in quanto suscettibili di essere manipolati ed applicati in sede processuale nell'accertamento della colpa generica, alle condizioni e con gli esiti più diversi, si rinvia a F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in G. Bellantoni-D. Vigoni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, Celt, Piacenza, 2010, p. 209 ss.

[79] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1203 sulla tutela penale dell'ambiente che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE.

[80] Sul tema cfr. L. Siracusa, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Lexambiente*, 2, 2024, p. 38 ss.; E. Penco, *Soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea*, in *Lexambiente*, 3, 2024, p. 27 ss.

Già dai *Considerando* della Direttiva emerge, infatti, la necessità che gli Stati membri adottino un modello di incriminazione attraverso soglie quantitative e qualitative, funzionali a circoscrivere la rilevanza penale del fatto nei reati ambientali previsti dall'art. 3, par. 2 [81]. In particolare, il *Considerando* n. 25 richiede che la Direttiva fornisca «un elenco non esaustivo di elementi che devono essere tenuti in considerazione, ove pertinenti, dalle autorità competenti nel valutare se le soglie qualitative e quantitative utilizzate per definire i reati ambientali siano state raggiunte».

Per quanto più rileva ai nostri fini, l'art. 3, par. 6 fa riferimento alle soglie *qualitative* [82] prevedendo che «nel valutare se il danno o il danno probabile è rilevante […] si debba tenere conto, *secondo il caso*, di uno o più dei seguenti elementi: (i) le *condizioni originarie* dell'ambiente colpito; (ii) la *durata* del danno (lunga, media o breve); (iii) la *portata* del danno; (iv) la *reversibilità* del danno» [83]. Secondo il *Considerando* n. 25 della Direttiva si tratta di strumenti che, ai fini di "garantire certezza del diritto" orientano l'attività

[81] Direttiva (UE) 2024/1203, *Considerando* n. 9: «(…) La presente direttiva dovrebbe specificare quali condotte illecite sono atte a costituire reato e, se del caso, stabilire una soglia quantitativa o qualitativa che è necessario superare affinché tale condotta costituisca reato (...)».

[82] In particolare, rispetto ai delitti ambientali di cui all'art. 3, par. 2, lett. da a) a e), lett. f), punto ii), lett. da i) a m) e lett. r), tra cui, ad esempio, la fattispecie base di inquinamento ambientale di cui alla lett. a, che incrimina la commissione di condotte pericolose per l'ambiente (scarico, immissione ed emissione), realizzate in forma illecita, che cagionino un danno o un pericolo concreto per la vita o l'incolumità delle persone o un danno *rilevante* o un pericolo di danno rilevante per la qualità dei corpi recettori (aria, acqua, suolo), per un ecosistema o per la flora o la fauna. Per i dettagli si rinvia: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401203.

[83] All'art. 3, par. 8, invece, sono riportate le *soglie quantitative*, ossia gli indicatori dei quali tenere conto «nel valutare se la quantità sia trascurabile o meno» ai fini delle disposizioni in precedenza richiamate; si tratta, in particolare de: «a) il numero di elementi interessati; b) in quale misura è superato un valore, una soglia regolamentare o un altro parametro obbligatorio stabilito nella legislazione dell'Unione o nazionale […]; c) lo stato di conservazione della specie animale o vegetale in questione; d) il costo di ripristino dell'ambiente, laddove sia possibile valutare tale costo». Su cui v. L. Siracusa, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 61 s., che ritiene si tratti, in tal caso, non di descrivere un elemento situazionale, selezionato dal legislatore quale indice denotativo della rilevanza e/o del significato del pregiudizio arrecato all'ecosistema, bensì di stabilire i contorni di un vero e proprio *elemento costitutivo* della fattispecie, il cui significato si presta a venire specificato attraverso precisi parametri numerici; siano essi relativi alla quantità esatta di rifiuti gestiti, oppure alla misura del superamento dei valori tabellari. L'A. quindi criticamente osserva che nell'impostazione della direttiva anche tali indicatori, al pari degli altri sopra richiamati, sembrano avere natura *ibrida*, in quanto elementi non esaustivi (v. *Considerando* n. 25).

dell'interprete, indicando i *fattori situazionali*, che contribuiscono a delineare la dimensione offensiva dei reati ambientali [84].

Nell'ottica del legislatore europeo, il *disvalore del Fatto* dipende, in sostanza, dalla presenza *di alcuni*, ma *non* necessariamente *di tutti* gli indicatori elencati, i quali concorrono, per l'appunto, a circoscrivere l'area di rilevanza penale, specificando il grado di significatività dell'offesa punita in relazione al contesto. Ne discende che gli indici di cui all'art. 3 par. 6 assurgono a *referenti empirico/descrittivi* [85] della significatività del danno o del pericolo ambientale, coerentemente con la nozione di definizione 'operazionale' adottata nella presente trattazione.

Proprio per la loro funzione *lato sensu* definitoria, che consente di riempire di significato il concetto – qui potremmo dire 'disposizionale' – di riferimento, i fattori situazionali in questione sono stati assimilati in dottrina agli indici di sfruttamento *ex* art. 603-*bis*, comma 3, c.p. [86]. Peraltro, anche in questo caso sembrerebbe sufficiente anche un solo indice al fine di ritenere integrata la soglia di riferimento, con la differenza però che, secondo quanto testualmente specificato dal legislatore europeo, si tratta di un'elencazione meramente *esemplificativa* e non esaustiva sul piano tipologico; sul punto ritorneremo, per ora basti osservare che se ne riconosce comunque la natura *ibrida*, tale da non poterli ritenere né elementi costitutivi *tout court* né meri indici probatori limitati al piano dell'accertamento processuale [87].

Accanto agli indicatori della *rilevanza/significatività* del danno ambientale, la Direttiva prevede poi che gli Stati membri provvedano affinché, nel valutare se una condotta *può* in concreto *provocare danni* alla qualità dell'aria

---

[84] Come evidenziato dal *Considerando* n. 25 gli indicatori svolgono anche, indirettamente, la funzione di garantire uniformità di recepimento e di applicazione della direttiva da parte degli Stati Membri.

[85] In questi termini, L. Siracusa, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 59, la quale ne rileva la posizione intermedia fra la tipicità e la dimensione probatoria, in quanto «elementi situazionali che il legislatore seleziona quali contrassegni utili a denotare la rilevanza e/o il significato del pregiudizio arrecato all'ecosistema e che non è necessario sussistano nella loro totalità, in ogni singolo caso, ben potendo la soglia di significatività dell'offesa discendere dalla presenza soltanto di alcuni degli indici o indicatori, elencati dalla fattispecie incriminatrice, come criteri orientativi *dell'accertamento e dell'interpretazione* di tale aspetto del fatto».

[86] Sul punto L. Siracusa, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 57; E. Penco, *Soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea*, cit., p. 39.

[87] Cfr. *infra*, § 3.2.

o del suolo o alla qualità o allo stato delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora, si debba tenere conto, secondo il caso, di una serie di elementi [88]. L'art. 3, par. 7 richiama, in particolare, le seguenti circostanze di fatto: «(i) la condotta riguarda un'attività che è ritenuta rischiosa o pericolosa per l'ambiente o per la salute umana, e richiede un'autorizzazione che non è stata ottenuta o rispettata; (i) in quale misura è superato un valore, una soglia regolamentare o un altro parametro obbligatorio stabilito nella legislazione dell'Unione o nazionale […] o in un'autorizzazione rilasciata per l'attività pertinente; (ii) se il materiale o la sostanza è classificato come pericoloso o altrimenti elencato come nocivo per l'ambiente o la salute umana». Diversamente dagli indici elencati all'art. 3, par. 6, gli indici di cui al par. 7 attengono al piano dell'*accertamento* in concreto della pericolosità, non al piano *lato sensu* definitorio del disvalore del Fatto. Anche in questo caso – e forse *a fortiori* – la Direttiva li considera meramente esemplificativi e non esaustivi.

Nella legislazione europea si trova dunque conferma della tendenza a valorizzare gli indicatori sia in funzione di orientamento probatorio sia, per quanto più rileva ai nostri fini, in funzione '*costitutiva*' del disvalore tipico, per quanto si sottolinei esplicitamente – vale la pena ribadirlo – che l'elenco *ex* art. 3, par. 6 non è esaustivo.

Del resto, non è un caso che rispetto agli eco-delitti, notoriamente segnati da difetti di determinatezza [89], si manifesti l'esigenza di 'operazionalizzazione' degli elementi costitutivi delle fattispecie di riferimento: si tratta, infatti, di un ambito in cui ricorrono concetti insuscettibili di definizione 'ontologica', che, coerentemente con la logica disposizionale, necessitano di *referenti empirico/descrittivi* esterni in funzione *lato sensu* definitoria, attraverso soglie di rilevanza del danno o del pericolo ambientale.

2.4. *Gli* "Elements of Crimes" *allegati allo Statuto di Roma*

Per completare la ricerca di 'spunti' di tecnica legislativa rilevanti ai fini della presente indagine, occorre infine analizzare la formulazione dei crimini

---

[88] Cfr. anche su questa 'novità' introdotta dalla direttiva, L. Siracusa, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 59; E. Penco, *Soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea*, cit., p. 40.

[89] Come già si è rilevato in precedenza in relazione alla fattispecie di disastro ambientale, definita ai sensi dell'art. 452-*quater* c.p. attraverso un'elencazione di concetti indeterminati che non contribuiscono affatto a *circoscriverne* l'ambito applicativo, v. *supra*, Cap. I, § 3.

internazionali e dei relativi *Elements of crimes (EoC)* [90] allegati allo Statuto di Roma [91].

Come noto, tutti i crimini internazionali previsti dallo Statuto di Roma presuppongono un *elemento di contesto* o elemento internazionalistico (*Gesamttat*) [92], che si declina nell'uso sistematico o 'massivo' della violenza, di cui è di regola responsabile un'entità collettiva, tipicamente uno Stato [93]. In particolare: (i) nel caso dei crimini contro l'umanità, è possibile distinguere la struttura del crimine internazionale rispetto a quella del crimine comune proprio per l'elemento di contesto costituito dalla somma dei singoli atti criminali, ossia un esteso o sistematico attacco contro la popolazione civile; (ii) nel caso del genocidio, l'elemento di contesto si sostanzia invece nella

[90] Cfr. sulla struttura degli *EoC*, *General Introduction*, *Art. 7*, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf. Sul tema, G. WERLE-F. JESSBERGER, '*Unless Otherwise Provided': Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 35-55, spec. p. 40; G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, trad. it. a cura di A. di Martino, Bologna University Press, Bologna, 2009, p. 40 ss.; v. anche G. WERLE-F. JESSBERGER, *Principles Of International Criminal Law*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 86 ss.; A. DI MARTINO, *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, in *Studi sulla questione criminale*, 1, 2020, p. 99 ss.

[91] Sullo Statuto come strumento innovativo che può essere esaminato sia nella sua dimensione di trattato internazionale multilaterale, sia nella prospettiva penalistica, di «quasi-codice» di diritto penale internazionale contenente le disposizioni sostanziali e processuali della materia, C. MELONI, *Giustizia universale?: tra gli Stati e la Corte penale internazionale: bilancio di una promessa*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 50 ss., evidenzia come si tratti di uno strumento precedenti che ha dato un contributo fondamentale allo sviluppo di questo ramo del diritto internazionale, sia mediante la definizione delle fattispecie criminose di parte speciale, sia mediante l'inclusione di una parte generale del diritto penale internazionale; sul tema v. già G. VASSALLI, *Statuto di Roma*, *Note sull'istituzione di una Corte Penale Internazionale*, in *Rivista di studi politici internazionali*, cit., p. 9 s.; cfr. anche E. FRONZA, *Le fonti*, in E. Amati-P. Caroli-M. Costi-E. Fronza-E. Maculan-A. Pizzuti-A. Vallini (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2025, p. 57 ss.

[92] Cui si è accennato *supra*, § 2.1.

[93] G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, trad. it. a cura di A. di Martino, cit., p. 40, v. anche G. WERLE-F. JESSBERGER, *Principles Of International Criminal Law*, cit., p. 42, nota 244, secondo cui il termine elemento di contesto in questo caso corrisponde al termine tedesco *Gesamttat*, che rende possibile una chiara distinzione tra l'atto dell'individuo e il contesto del crimine (ad esempio la differenza tra uccisione di civili ad opera di un soldato, quale crimine comune, e l'attacco alla popolazione civile, quale crimine internazionale). Una traduzione letterale sarebbe "atto di contesto", ma il termine *elemento di contesto* sembra più appropriato. Cfr. anche Caso Tadic (IT-94^1-T), Trial Chamber, 7 May 1997, § 656 («*perpetrator must know of the broader context*»), *i.e.* "l'autore del reato deve conoscere il più ampio contesto in cui si è svolta l'azione".

volontà di totale o parziale annientamento di un gruppo protetto [94]; (iii) nel caso dei crimini di guerra, l'elemento di contesto consiste nel confitto armato, nella cui cornice si collocano atti violenti criminosi e non criminosi; (iv) nel caso del crimine di aggressione, oggetto dell'incriminazione è l'uso della violenza organizzata in quanto tale [95].

Seppure nell'elaborazione della dottrina si discuta se si tratti propriamente di un elemento *costitutivo* del crimine [96], l'elemento in questione consente una chiara distinzione tra l'atto compiuto da un singolo individuo e il *contesto del crimine internazionale*. In questi termini, si condivide la posizione di chi afferma che il contesto è un imprescindibile elemento *definitorio* del crimine internazionale ("*definitional element*"), in quanto disegna la 'cornice' – le atrocità di massa – all'interno della quale si colloca il giudizio di responsabilità individuale, dotata di una sua «ontologica autonomia» [97].

Assumendo questa prospettiva, ben si comprende perché i crimini internazionali si compongono *strutturalmente* di due livelli [98]: (a) il primo livello è quello della commissione dei singoli reati-base (c.d. *underlying offences*), i quali, isolatamente considerati, potrebbero anche integrare fattispecie comuni, come, ad esempio, l'omicidio, le lesioni personali, lo stupro, la tortura, il sequestro di persona; (b) il secondo livello è, per l'appunto, quello del

---

[94] Qui il fatto di contesto è dislocato nella rappresentazione soggettiva dell'agente, come rileva G. Werle, *Diritto dei crimini internazionali*, trad. it. a cura di A. di Martino, cit., p. 41.

[95] Criticamente sull'eccessivo utilizzo di elementi normativi di difficile definizione nella tipizzazione dei crimini internazionali, C. Sotis, *Problèmes de précision et èléments normatifs dans le Statut de la CPI*, in M. Delmas-Marty – E. Fronza – A. Lambert (a cura di), *Les sources du droit pénal international. L'experience du Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Société de législation comparée, Parigi, 2005, pp. 196-210, il quale sostiene che, all'interno del sistema della CPI, l'operazione di etero-integrazione necessaria per "riempire" di contenuto gli elementi normativi delle fattispecie risente sia delle difficoltà ad individuare le norme cui si fa rinvio (vista la pluralità di fonti applicabili), sia del pluralismo strutturale e della naturale tendenza degli interpreti a ricorrere a significati e nozioni ricavati dalla propria specifica formazione giuridica e a fondare i giudizi valore sulle norme etico-sociali della propria comunità di appartenenza, che non sempre coincidono a livello planetario.

[96] Si discute, infatti, se si tratti di un elemento costitutivo in senso stretto o di un *jurisdictional element*, perché è proprio in sua presenza che si definisce l'ambito materiale di giurisdizione della Corte, sul tema si rinvia a L. Win-Chiat, *International crimes and universal jurisdiction*, in L. May-Z. Hoskins (a cura di), *International criminal law and philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 15 ss.

[97] In questi termini, A. di Martino, *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, cit., p. 104.

[98] Cfr. A. di Martino, *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, cit., p. 103.

contesto all'interno del quale si collocano le *underlying offences*, espressivo del *surplus* di disvalore che le rende veri e propri crimini internazionali.

Per quanto sia ricorrente l'uso della nozione di "crimine internazionale" per definire sia il reato-base sia il suo contesto, questi due livelli devono essere tenuti *concettualmente distinti*.

> Ad esempio, nel caso di crimini contro l'umanità *ex* art. 7, comma 1 dello Statuto, le singole condotte individuali elencate costituiscono crimini contro l'umanità se commesse «nell'ambito di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile»: in questo senso, ci sembra di poter affermare che il contesto *connoti il disvalore del Fatto come crimine internazionale* [99].

La distinzione proposta è funzionale, per quanto più rileva ai nostri fini, a individuare *due diverse tecniche definitorie* nel modello di incriminazione dei crimini internazionali adottato dallo Statuto di Roma.

> Tornando all'esempio dei crimini contro l'umanità, l'art. 7, comma 2 dello Statuto specifica in termini analitici il significato dei singoli concetti utilizzati nel comma 1 [100]; si tratta quindi di definizioni a carattere 'ontologico', che, similmente al modello riscontrabile negli *Statutes* di origine anglosassone, sono rivolte essenzialmente all'interprete [101].

---

[99] Cfr. G. Werle, *Diritto dei crimini internazionali*, trad. it. a cura di A. di Martino, cit., p. 310 ss.

[100] Art. 7 comma 2: «(…) 2. For the purpose of paragraph 1: *"(a) attack directed against any civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack; (b) "extermination" includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population; (c) "enslavement" means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children; (d) "deportation or forcible transfer of population" means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law; (e) "torture" means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions*; (…)». La stessa tecnica è stata di recente adottata anche nella bozza di riforma elaborata dall'International Law Commission, ai fini della definizione dei crimini contro l'umanità *ex* art. 2, disponibile qui: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_7_2019.pdf.

[101] Su cui v. *supra*, § 1, nota 10, in cui si riporta a titolo esemplificativo il Bribery Act, adottato dal Regno Unito nel 2010, in cui vengono specificati una serie di concetti utilizzati nell'incriminazione della corruzione, tra cui «*Improper performance to which bribe relates:* (1) *For the purposes of this Act a relevant function or activity (a) is performed improperly if it is performed in breach of*

Ma vi è di più.

Infatti, come si accennava, lo Statuto di Roma affianca alle fattispecie *ivi* descritte anche un sistema di *definizioni esplicativo-operative*, ossia, gli *Elements of Crimes (EoC)* [102], che si ritiene rispondano invece alla logica qui intesa di definizioni 'operazionali' dell'elemento di contesto [103].

Ai sensi dell'art. 21 dello Statuto, gli *EoC* sono tra le fonti ufficiali applicabili dalla Corte Penale Internazionale [104] e, ai sensi dell'art. 9 dello Statuto, sono funzionali ad assistere la Corte nell'interpretazione degli artt. 6, 7, 8, e 8-*bis* della Convenzione [105]. Si tratta di strumenti 'nuovi' per i sistemi di *civil law*; non a caso redatti dalla Commissione preparatoria nel 2000 su spinta degli Stati Uniti [106], coerentemente con la concezione del rapporto tra fattispecie penale e giudice propria dei sistemi di *common law* [107].

---

a relevant expectation, *and (b) is to be treated as being performed improperly if there is a failure to perform the function or activity and that failure is itself a breach of a relevant expectation*».

[102] Si tratta di un testo allegato allo Statuto, organizzato per fattispecie e considerato diritto applicabile congiuntamente allo Statuto stesso (v. *supra*, nota 90). Sulla struttura degli *EoC*, v. *General Introduction*, *Art.* 7: «*The elements of crimes are generally structured in accordance with the following principles: (a) As the elements of crimes focus on the conduct*, *consequences and circumstances associated with each crime*, *they are generally listed in that order; (b) When required*, *a particular mental element is listed after the affected conduct*, *consequence or circumstance; (c) Contextual circumstances are listed last*».

[103] Rileva un'assimilazione teorica con gli indici di sfruttamento *ex* art. 603-*bis* c.p., A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 67 ss. e già in ID., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 7 ss., cfr. *infra*, nota 121.

[104] Art. 21 dello Statuto di Roma: «*The Court shall apply: (a) In the first place*, *this Statute*, *Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence* (…)», su cui v. G. WERLE-F. JESSBERGER, *Principles Of International Criminal Law*, cit., p. 86 ss.; G. BITTI, *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 411 ss.

[105] Art. 9 dello Statuto di Roma: «*Elements of Crimes shall assist the Court in the interpretation and application of articles 6*,*7*,*8 and 8 bis*» (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimine di aggressione), cfr. W. SCHABAS, *The International Criminal Court*, *A Commentary on the Rome Statute*, II, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 322 ss.

[106] Sul punto, v. W. SCHABAS, *The International Criminal Court*, *A Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 325; E. GADIROV-R.S. CLARK, *Art. 9*, in O. Triffterer-K. Ambos (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, III ed., C.H. Beck-Hart-Nomos, München-Oxford-Baden, 2016, § 1 ss.; L. GROVER, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 286 ss.

[107] Cfr. *supra*, § 1., in cui abbiamo evidenziato che nei sistemi di *common law* le disposizioni penali si rivolgono principalmente al giudice, sotto forma di linee guida funzionali a un'interpretazione coerente e ragionevole.

Il fatto che l'art. 9 dello Statuto utilizzi la formula – ritenuta ambigua – «assistono la Corte nell'interpretazione dello Statuto» (o meglio, devono assistere, in quanto il testo originario utilizza l'espressione «*shall assist*») è frutto di un compromesso tra i membri della delegazione, alcuni dei quali non volevano affermarne esplicitamente la natura vincolante [108].

Tale ambiguità fa sì che la dottrina li ritenga tendenzialmente strumenti meramente ausiliari [109], mentre parte della giurisprudenza della Corte Penale Internazionale attribuisce loro un *significativo grado di vincolatività*, salvo non vi sia una inconciliabile contraddizione con lo Statuto [110].

---

[108] In questi termini, W. Schabas, *The International Criminal Court*, *A Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 329; G. Werle-F. Jessberger, *Principles Of International Criminal Law*, cit., p. 87, i quali osservano che l'insolita "combinazione" di definizioni *vincolanti* dei crimini nello Statuto della CPI e di Elementi dei crimini *non vincolanti* è il risultato di divergenze di opinione alla Conferenza di Roma sul grado di precisione definitoria richiesto dal principio del *nullum crimen sine lege.* Cfr. anche K. Dörmann – L. Doswald-Beck – R. Kolb, *Legal value of the elements of crimes*, in *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 8: «*During the diplomatic conference in Rome*, *some States argued that a document on elements of crimes was needed to provide greater certainty and clarity regarding the content of each crime. One delegation suggested making the elements binding on the judges of the ICC. However*, *the majority of States were concerned at the prospect of unduly restricting judicial discretion and felt that it would be unacceptable to make the elements binding*»; R. Cryer, *The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision*, in JICJ, 7, 2009, p. 283 ss., spec. p. 290: «*Indeed the Elements were drafted on this understanding and there is anecdotal evidence that some States were only willing to join consensus on the Elements on that basis*».

[109] Cfr. K. Dörmann – L. Doswald-Beck – R. Kolb, *Legal value of the elements of crimes*, in *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, cit., p. 8 ss.; W. Schabas, *The International Criminal Court*, *A Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 325: «*the elements are meant to be used by the judges as simple guidelines in reaching determinations as to individual criminal responsibility*, *and in the event of a conflict between the Statute and the elements*, *the Statute should always prevail*»; G. Werle-F. Jessberger, *Principles Of International Criminal Law*, cit., p. 87 s.; in questo senso anche R. Aitala, *Manuale di diritto internazionale penale*, Milano, 2021, p. 52; E. Fronza, *Le fonti*, cit., p. 64, secondo cui «si tratta di enunciati non vincolanti, pensati esclusivamente per guidare il giudice nell'interpretazione e applicazione della norma statutaria».

[110] ICC, Al Bashir, 02/05-01/09-3, Pre-Trial Chamber, 4 marzo 2009; nello stesso senso, ICC, Germain Katanga, 01/04-01/07, Trial Chamber, 7 marzo 2014, § 41; ICC, Bemba, 01/05-01/13, Trial Chamber, 21 marzo 2016, § 68. Proprio in riferimento al Caso Al Bashir, in dottrina G. Werle-F. Jessberger, *Principles Of International Criminal Law*, cit., p. 87, osservano criticamente che non si tratterebbe di strumenti vincolanti, per quanto la Corte abbia attribuito loro un significativo grado di vincolatività nella sua giurisprudenza: «*The Elements of Crimes are not binding. Rather*, *they 'shall assist the Court in the interpretation and application of article 6*, *7*, *8 and 8 bis. In its jurisprudence*, *however*, *the International Criminal Court has so far ascribed a great degree of binding force to the Elements of Crimes. Pre-Trial Chamber I has found*

In ogni caso, è indubbio che gli EoC abbiano significativamente contribuito alla giurisprudenza della Corte, che vi fa spesso riferimento [111].

Peraltro, leggendo congiuntamente gli artt. 9 e 21, sembra un po' azzardato affermare che il verbo "*shall assist*" comporti la possibilità di considerarle mere linee guida utilizzabili a discrezione del giudice, in quanto si tratta comunque di strumenti ufficiali previsti dal *legal framework* di riferimento.

A conferma di ciò, la relazione tra gli *EoC* e lo Statuto, tema controverso durante la negoziazione del testo, resta tuttora oggetto di discussione nella giurisprudenza della Corte [112].

> Ad esempio, la Pre-Trial Chamber, nel caso Al Bashir, ha fatto ricorso agli *EoC* per stabilire l'esistenza dell'elemento di contesto nella fattispecie di genocidio [113], affermando la natura vincolante di questi strumenti interpretativi, senza i quali non sarebbe possibile circoscrivere il significato dei crimini previsti dallo Statuto: «*the object and purpose of art. 9 of the statute, which consist of furthering the nullum crimine sine lege principle embraced in article 22 of the statute, by providing a priori legal certainty on the content of the definition of the crimes provided for in the statute. In the majority's view had the application of the elements of Crimes been*

---

that the Elements of Crimes and the Rules [of Procedure and Evidence] must be applied unless the competent Chamber finds an irreconcilable contradiction between these documents on the one hand, and the Statute on the other hand. With regard to the Elements of Crimes, this view must be rejected. The negotiating history of the ICC Statute, like the wording of Article 9(1) ('shall... assist"), indicates that the state parties did not intend the Elements of Crimes to have a law-creating character or a strictly binding effect. The merely ancillary function of the Elements of Crimes is also expressed in Article 9(3) of the Statute, under which the Elements of Crimes must be consistent with this Statute. Should the Elements of Crimes propose a requirement that does not arise from the Statute's definition of a crime, it can be considered at most a jurisdictional requirement for the International Criminal Court, but not an actual element of the crime. The situation differs only if the Statute itself expressly permits a departure from the rule by the Elements of Crimes. This is the case with regard to the 'unless otherwise provided for mulation in Article 30(1) of the Statute».

[111] Cfr., *ex multis*, ICC, Abu Garda, 02/05-02/09-243-Red, Pre Trial Chamber, 8 febbraio 2010; ICC, Katanga and Ngudjolo Chui, 01/04 01/07-717, Pre Trial Chamber, 1 ottobre 2008; ICC, Bemba Gombo, 01/05-01/08-388, Pre Trial Chamber, 3 marzo 2009; ICC, Lubanga Dyilo, 01/04-01/06, Trial Chamber, 14 marzo 2012, §609; ICC, Bosco Ntangada, 01/04-02/06-309, Pre Trial Chamber 9 giugno 2014; ICC, Katanga, cit., § 784; ICC, Dominic Ongwen, 02/04-01/15-422, Pre Trial Chamber, 23 marzo 2016.

[112] Sul tema si rinvia a G. Bitti, *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, cit., p. 420 ss.

[113] Si tratta, come già accennato, dell'esistenza di una minaccia attuale nei confronti del gruppo protetto, fattore situazionale non è esplicitamente contemplato nell'art. 6 ICC St, ma è presente negli *EoC*, v. *supra*, nota 94.

fully discretionary for the competent Chamber, the safeguards provided for by art. 22 nullum crimine sine lege principle would be significantly eroded» [114].

Quest'ultima affermazione sembra suggerire che la definizione dei crimini *ex* artt. 6, 7, 8 dello Statuto, di per sé, senza l'ausilio interpretativo degli *EoC*, non sia conforme al principio di legalità, in quanto questi ultimi *concorrono a circoscriverne il significato* [115].

Di contro, nella *dissenting opinion*, si sottolinea che le «*legal definitions of the crimes are esposed in the statute alone*» e si insiste sul fatto che, sia dallo Statuto sia dai lavori preparatori, emergerebbe la loro natura non vincolante, nella misura in cui si limitano ad "assistere" la Corte nell'interpretazione e applicazione dello Statuto [116].

---

[114] ICC, Al Bashir, 02/05-01/09-3, Pre-Trial Chamber, 4 marzo 2009, cit., § 131, su cui R. Cryer, *The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision*, cit., il quale evidenzia come la Corte correttamente verifichi prima la sussistenza dell'elemento di contesto facendo ricorso agli *Elements of Crimes*, per poi soffermarsi sulla definizione del crimine, p. 284: «*The Pre-Trial Chamber decided to look first to the contextual elements of the offences, and only if they were fulfilled, move on to the definitions of crimes. This is sensible; there is little point in discussing if there is reason to believe that the particular offences that have been alleged have been committed if the contextual elements are not fulfilled. If they are not present, then none of the underlying acts, whether or not proved, could be subject to the jurisdiction of the court*»; cfr. anche C. Kress, *The Crime of Genocide and Contextual Elements A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 297 ss.

[115] In questo senso, G. Bitti, *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, cit., p. 420.

[116] Così Al Bashir, ICC, Pre-Trial Chamber, 4 marzo 2009, cit., *dissenting opinion* del Giudice Ulacka, § 17 ss. Cfr. sul punto G. Bitti, *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, cit., p. 420; Id., *Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC*, in C. Stahn-G. Sluiter (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 285 ss., spec. p. 288; P. Currat, *L'interpretation du Statut de Rome*, in *Revue Québécoise de Droit International*, 20, 2007, p. 137 ss.; B. Burghardt-J. Geneuss, *Der Präsident und sein Gericht. Zur Entscheidung des InternationalenStrafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehis gegen Al Bashir*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 126 ss.; R. Cryer, *"Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources*, in *New Criminal Law Review*, 12, 2009, p. 390 ss.; Id., *The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision*, cit., p. 283 ss.; O Triffterer, *'Can the "Elements of Crimes" Narrow or Broaden Responsibility for Criminal Behaviour Defined in the Rome Statute?*, in C. Stahn-G. Sluiter (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 381 ss.; L. Grover, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., p. 286 ss.; G. Hochmayr, *Applicable Law in Practice and Theory*, in *JIC*, 12, 2014, p. 655 ss.; E. Gadirov-R.S. Clark, in O. Triffterer-K. Ambos (ed.),

Riassumendo. È comune acquisizione che gli *EoC* non siano di per sé elementi costitutivi delle fattispecie dello Statuto, ma si tratti piuttosto di linee guida funzionali ad assistere la Corte nell'interpretazione del crimine internazionale di riferimento [117]. È però discusso se si limitino ad operare solo sul piano dell'accertamento o se abbiano una portata – di fatto – sostanziale, contribuendo a "rafforzare" [118] il principio di legalità e, di conseguenza, se siano da considerare vincolanti.

Ebbene, secondo l'impostazione adottata nella presente indagine, gli *EoC* non possono essere relegati a meri strumenti probatori in uso a discrezione del giudice, nella misura in cui concorrono *lato sensu* a 'definire', tramite un elenco di fattori situazionali rilevanti, proprio l'elemento di contesto che connota il crimine come internazionale [119].

Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, cit., Art. 9, § 31; M. McAuliffe deGuzman, *Art. 21*, in O. Triffterer-K. Ambos, *Commentary on the Rome Statute*, cit., § 12; R. Cryer, *The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision*, in *JICJ*, 7, 2009, p. 283 ss.

[117] Su questo aspetto A. di Martino, *Tipicità di contesto*, cit., p. 9, rileva la similitudine tra indici di sfruttamento *ex* art. 603-*bis* c.p. ed *EoC*, in quanto «come questi assistono il giudice nella "verifica probatoria" circa la sussistenza degli elementi costitutivi dei *core crimes*, così anche gli indici avrebbero una funzione similare, quella di 'orientamento probatorio' (o meglio, 'interpretativo') rispetto alla sussistenza dell'elemento «condizioni di sfruttamento» – questo sì, elemento costitutivo della fattispecie. Insomma, un modello di compenetrazione ed integrazione fra diritto sostanziale e prescrizioni normative in funzione di *guideline* per il giudice esiste ed è ben attestato nell'esperienza giuridica, sia pure non nazionale».

[118] Cfr. L. Grover, *A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *The European Journal of International Law*, vol. 21, 3, 2010, pp. 543-583, il quale, pur ritenendoli strumenti non vincolanti, riconosce che la *ratio* della loro introduzione risiede nel "rafforzare" il principio di legalità, spec. p. 563: «*These sources of law are authoritative aids to interpreting crimes in the Rome Statute. The Elements of Crimes is a non-treaty document setting out the requisite material and mental elements for each crime in the Court's jurisdiction (…) Accordingly, the Rome Statute expressly identifies the Elements as a key authoritative non-binding interpretive aid for Articles 6, 7, and 8. The Elements instrument was drafted by states after the Rome Statute was adopted and involved 'experts from a variety of diverse fields, including military lawyers, human rights lawyers, and criminal lawyers'. In fact, proponents of the Elements argued that it would 'give teeth to' the principle of legality*».

[119] Sul punto v. le osservazioni di R.S. Lee, *An Assessment of the ICC Statute*, in *Fordham International Law Journal* vol. 25, 3, 2001, p. 752: «*Thanks to the subsequent elaboration of the Elements of the Crimes and the Rules of Procedure and Evidence, many of the defects have been repaired*» e p. 754: (…) «*The two companion instruments will bring consistency, clarification, and precision to the interpretation and application of each of the crimes under the jurisdiction of the court*» ; v. anche D. Robinson-H. von Hebel, *Reflections on the Elements of Crimes*, in R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, 2001, p. 219 ss.

> Ad esempio, all'interno dei crimini contro l'umanità, per riconoscere il crimine internazionale di omicidio (articolo 7 comma 1, lett. a dello Statuto), che si contraddistingue per un attacco esteso o sistematico alla popolazione civile (i e. l'elemento di contesto), bisogna fare riferimento ai seguenti indicatori: *(i) The perpetrator killed one or more persons; (ii) The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population; (iii) The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack against a civilian population.*

Come emerge dall'esemplificazione riportata, gli indicatori attengono alla *struttura* del crimine internazionale di riferimento: non si può quindi ritenere che la loro funzione si limiti al piano dell'accertamento del crimine internazionale, ma, al pari degli 'indici di sfruttamento' *ex* art. 603-*bis* c.p., sembrano assurgere a *indici di tipicità*, funzionali alla definizione 'operazionale' del concetto disposizionale cui sono associati.

Del resto, è proprio il disvalore di contesto [120] espresso dagli *EoC* che consente di dare al crimine una dimensione *strutturalmente* internazionale [121] (in questo caso, ad esempio, elencando i 'segni' di riconoscimento dell'omicidio commesso nell'ambito di un attacco esteso o sistematico alla popolazione civile). Il fatto che vi sia tuttora un dibattito in corso sulla natura vincolante o meno di questi elementi si può considerare semplicemente il riflesso del loro carattere *ibrido,* che sarà oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo, in prospettiva 'sistemica'.

3. *Lo statuto teorico del disvalore di contesto nella formulazione del reato*

Come emerso nel corso della trattazione, in presenza di concetti disposizionali, insuscettibili di definizione 'ontologica' mediante congiunzione di proprietà [122], sorge l'esigenza di ricorrere a definizioni 'operazionali', frantumando

---

[120] G. Werle-F. Jessberger, *'Unless Otherwise Provided'*, cit., p. 40: «*In classifying conduct as a crime under international law, circumstances play a key role in crimes against humanity and war crimes. Here, so-called contextual circumstances, or even more precisely, contextual elements, form the objective requirement that gives individual acts an international legal dimension*» .

[121] Così A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 68 e già in Id., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, p. 7 ss., il quale rileva un'assimilazione teorica con gli indici di sfruttamento *ex* art. 603-*bis* c.p., v. già *supra* nota 117. Non a caso, l'A. utilizza la stessa nozione, presa in prestito dall'elaborazione internazionalistica, di "elemento di contesto" in relazione al concetto di 'condizioni di sfruttamento'.

[122] Cfr. *supra*, Cap. III, § 2.

il concetto valutativo in parametri esterni a carattere fenomenico-sociale, se non misurabili [123] in senso proprio, tuttavia *qualitativamente verificabili e controllabili* da parte del giudice, *i.e.* gli indici di tipicità.

Dai modelli legislativi appena esaminati è possibile rilevare, peraltro, che non sempre la codificazione di indicatori comporta una loro funzione *lato sensu* definitoria rispetto ad un elemento della fattispecie: il dato contestuale può infatti assumere una *doppia valenza*, sostanziale e processuale [124]. Coerentemente con l'impostazione adottata nella nostra indagine, si è dunque proposta la distinzione, nelle singole ipotesi, tra l'utilizzo di indicatori in funzione di accertamento processuale e in funzione 'costitutiva' rispetto al concetto disposizionale di riferimento.

Ebbene, sotto quest'ultimo profilo, abbiamo trovato conferma di quanto emergeva già dall'analisi dei casi di studio [125]: se i concetti disposizionali possono essere *definiti* solo attraverso indicatori, è necessaria una loro formalizzazione legislativa per fornire al giudice, e prima ancora all'accusa, strumenti funzionali all'individuazione *ex ante* del Tipo criminoso, mediante un nuovo modello di tipicità '*dinamica*' e '*integrata*' [126].

In quest'ottica, occorre ora *ricondurre a sistema* lo statuto teorico del disvalore di contesto nella formulazione del reato [ds(Cs)], a partire dall'inquadramento dei concetti disposizionali all'interno del materiale linguistico della fattispecie.

Ritornando, dunque, alla classificazione precedentemente proposta, il materiale linguistico della fattispecie si 'legge' sempre attraverso una *fonte esterna* al tipo: (a) i concetti descrittivi o naturalistici, attraverso fonti empiriche; (b) i concetti normativi, attraverso fonti giuridiche; (c) i concetti valutativi (*Wertbegriffe*), possono invece ricomprendere concetti normativi o concetti descrittivi, accomunati dalla necessità di un giudizio di natura 'deontica', basato su una fonte extragiuridica o etico-sociale.

---

[123] Così A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 48.

[124] Come già emerso partire dai casi di studio e confermato dall'analisi dell'istituto del dolo quale 'banco di prova' della doppia valenza sostanziale e processuale che può assumere il dato contestuale in presenza di 'concetti disposizionali', v. *supra*, Cap. II, § 5. e Cap. III, § 3.

[125] Cfr. *supra*, Cap. III, § 1. e § 2.

[126] Per la teorizzazione della tipicità "di contesto" come tipicità dinamica, in riferimento al delitto di sfruttamento del lavoro, v. A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 8 ss.; ID., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 5 ss.; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 59 ss. e spec. p. 127-148 in prospettiva 'sistemica'.

Ebbene, la categoria logico-filosofica dei concetti disposizionali è stata ricondotta alla categoria penalistica dei *Wertbegriffe*, a partire dalla considerazione secondo cui la loro struttura non consente di inquadrarli né come elementi prettamente descrittivi né come elementi prettamente normativi della fattispecie; ben si prestano, invece, a essere ricompresi all'interno del *tertium genus* degli elementi valutativi [127], il cui disvalore [ds(Cs)] emerge *strutturalmente* solo dal confronto con il contesto, attraverso un *parametro di valutazione esterno,* espresso attraverso indici di tipicità.

Nell'ambito del diritto vigente, da ultimo oggetto di analisi, si ritiene di poter riscontrare le medesime caratteristiche strutturali negli elementi della fattispecie che, nelle rispettive materie, sono denominati dalla dottrina 'elementi di contesto' [128]: vale a dire, nella specie, le condizioni di sfruttamento della fattispecie *ex* art. 603-*bis* c.p. e l'elemento internazionalistico dei crimini dello Statuto di Roma.

Infatti, i modelli legislativi selezionati sembrano rispondere proprio alla logica della definizione 'operazionale' dei concetti disposizionali qui considerata, la cui *componente valutativa* viene ricostruita attraverso indicatori esterni che ne 'segnalano' le caratteristiche attraverso una serie di condizioni di sussitenza, associando i 'segni' al concetto di riferimento mediante una connessione logica "se … allora …".

La differenza, rispetto ai casi di studio in precedenza esaminati, è che qui non è la giurisprudenza *ex post*, ma il legislatore *ex ante*, che elabora, rispettivamente, gli indici di sfruttamento e gli *Elements of Crimes* in funzione *lato sensu* definitoria rispetto ai concetti di riferimento contenuti nella fattispecie.

Alla stessa *ratio*, peraltro, sembrano riconducibili, come già accennato, anche altri modelli ancora in fase di attuazione, ossia le "soglie di punibilità qualitative" dei delitti ambientali contenute all'art. 3, par. 6 della Direttiva europea n. 1203/24, quali referenti empirico/descrittivi della rilevanza del danno o del pericolo ambientale, nonché l'art. 590-*septies* c.p. formulato, *de iure condendo,* nel progetto di legge sulla colpa medica, che ricostruisce la misura oggettiva della colpa attraverso "indici di colpa medica".

È quindi ora possibile (e necessario) ritornare agli interrogativi rimasti aperti sugli indici di sfruttamento e sugli *EoC*, che, ricalcando la struttura della 'definizione operazionale' nei termini qui intesi, rappresenteranno i

---

[127] Cfr. *supra*, Cap. III, § 5.

[128] Cfr. rispettivamente A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 8 ss. e ID., *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, p. 1 ss.

modelli di riferimento funzionali a ricostruite in chiave dogmatica lo statuto teorico del disvalore di contesto nella formulazione del reato.

3.1. *La natura sostanziale o processuale degli indici di tipicità*

La prima – cruciale – questione da sciogliere riguarda la natura *sostanziale* o *processuale* degli indici di tipicità. Come si è potuto già riscontrare nell'analisi dei casi di studio giurisprudenziali, gli indicatori assumono, di regola, rilievo sul piano dell'accertamento processuale, ma, in presenza di concetti a struttura disposizionale, possono assumere una valenza anche sul piano *lato sensu* definitorio.

Non a caso, quando il legislatore ha codificato gli indici di sfruttamento *ex* art. 603-*bis*, comma 3, c.p., in considerazione del carattere inedito di tale tecnica legislativa (quantomeno nel nostro ordinamento) [129] gli interpreti si sono interrogati sulla loro 'natura'.

Per quanto, come accennato, dall'*intentio legis* sembrasse emergere la propensione a considerare gli indici quali strumenti di orientamento probatorio, da distinguere dagli elementi costitutivi della fattispecie [130], il dibattito dottrinale si è polarizzato su due letture alternative (foriere di diverse conseguenze pratiche):

(a) gli indici sono da considerare *elementi costitutivi* della fattispecie, dunque tassativi *ex* art. 25, comma 2, Cost. e sottoposti direttamente al giudizio di precisione e determinatezza;

---

[129] Sul piano della tecnica legislativa utilizzata, rileva un'assimilazione tra "indici di sfruttamento" e *Elements of Crimes* A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 8 ss., cfr. *supra*, note 117 e 121.

[130] Come già evidenziato, dai Lavori preparatori emergeva la differenza tra "indice" ed elemento costitutivo (Camera dei deputati, *Lavori preparatori per la riforma delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis c.p., 6 ottobre 2016*, cit., p. 15, v. *supra*, nota 26); cfr. anche la Relazione dell'On. Beretta, *Relazione per la II Commissione* (A.C. 4008), in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016, p. 4: «Il legislatore, con l'elencazione degli indici di sfruttamento, semplicemente *agevola i compiti ricostruttivi del giudice*, orientando l'indagine e l'accertamento in quei settori (retribuzione, condizioni di lavoro, condizioni alloggiative, ecc.) che rappresentano gli ambiti privilegiati di emersione di condotte di sfruttamento» e il commento di D. Ferranti, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, *ivi*, cit., la quale evidenziava «circa la natura giuridica degli indicatori di sfruttamento, si è detto molto opportunamente in dottrina che gli indici svolgono una funzione di "orientamento probatorio" per il giudice: ed è per tale ragione che non ha fondamento il rilievo critico circa l'asserito difetto di determinatezza della norma che li descrive o circa la loro presunta incompletezza», p. 3.

(b) gli indici sono da considerare *meri strumenti di orientamento probatorio,* dunque un catalogo *aperto* alla possibile individuazione di nuovi fattori situazionali rilevanti nella prassi [131].

La giurisprudenza, nel riconoscere la peculiarità della tecnica normativa adottata nel caso dell'art. 603-*bis* c.p., afferma che il legislatore non 'definisce' il concetto di sfruttamento in modo diretto, ma lo *indicizza* [132]: in questo senso, non si tratta di elementi descrittivi o normativi extra-giuridici integrativi del precetto; dunque, dice la Corte, la funzione da attribuirgli è quella di '*orientamento probatorio*', ossia di linee guida che, secondo le intenzioni del legislatore [133], possono essere utilizzate dal giudice – e prima ancora dall'accusa – per riconoscere in concreto le forme di manifestazione del fenomeno dello sfruttamento che la fattispecie astratta intende incriminare.

Invero, in dottrina è già stato rilevato che «molto del carattere 'intrattabile' del problema degli indici sta nel loro *equivoco ruolo* all'interno della fattispecie: partecipano della definizione della sfera obiettiva del fatto tipico mediante una altrettanto obiettiva *connessione funzionale* con un suo elemento centrale in termini di disvalore, lo sfruttamento, ma non si risolvono negli elementi costitutivi del concetto» [134].

Ma, data la loro peculiarità strutturale, non basta riconoscerne l'alterità rispetto agli elementi costitutivi. Infatti, come più volte ribadito, è fondamentale *non confondere* il piano definitorio con quello dell'accertamento.

---

[131] Avrebbero valenza sostanziale secondo A. Gaboardi, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., p. 49; si tratta invece di una tecnica basata sulla interazione fra diritto sostanziale e dinamiche probatorie in funzione descrittiva, pur con diversità di accenti, secondo S. Fiore, *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali*, cit., p. 876; Id., *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 138 ss. e A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 9 ss.; Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 59 ss., che non si limita a rilevarne la natura ibrida, elaborando anche la nozione di "tipicità dinamica o di contesto".

[132] Così Cass., sez. IV, sent. 11 novembre 2021, n. 45615, cit., p. 11 e Cass., sez. IV, sent. 11 novembre 2021, n. 7861, cit., p. 6, con nota di F. Vitarelli, cit., anche Cass., sez. IV, 7 marzo 2023, n. 9473, cit., pp. 3-4, con nota di F. Vitarelli, cit.; Cass., sez. IV, 5 dicembre 2023, n. 2573, cit.

[133] Cfr. in particolare la già menzionata Relazione dell'On. Beretta, Relazione per la II Commissione (A.C. 4008), cit., p. 4: «Il legislatore, con l'elencazione degli indici di sfruttamento, semplicemente agevola i compiti ricostruttivi del giudice, orientando l'indagine e l'accertamento in quei settori (retribuzione, condizioni di lavoro, condizioni alloggiative, ecc.) che rappresentano gli ambiti privilegiati di emersione di condotte di sfruttamento», v. già *supra*, nota 130.

[134] In questi termini A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 17.

Se si riconosce che gli indici assumono un valore *lato sensu* definitorio, di tipo 'operazionale' rispetto al concetto valutativo di tipo fenomenico-sociale di riferimento, la dichiarata funzione di *'orientamento probatorio'* andrebbe piuttosto intesa come di '*orientamento interpretativo*' [135], così evitando, peraltro, un'indebita confusione dei piani tra tipicità e prova.

Del resto, la funzione degli indici *non è certo* quella di presunzioni, assolute o relative, di sussistenza, nello specifico, delle condizioni di sfruttamento, la cui previsione *ex lege* contrasterebbero con i principî di garanzia che presiedono alla materia processuale [136]. Gli indici sono, semmai, strumenti *interpretativi*, che consentono di operare una *riduzione teleologica* [137] della portata semantica dell'elemento valutativo nella cornice di senso predefinita dal legislatore [138], all'interno della quale il giudice esercita comunque il proprio libero convincimento circa la loro sussistenza o meno nel caso concreto, che sarà oggetto di autonomo accertamento probatorio [139].

---

[135] A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 9, poneva già la questione in termini problematici parlandone in termini di orientamento «probatorio (o meglio 'interpretativo')». Cfr. sulla peculiare natura degli indici di sfruttamento *ex* art. 603-*bis* c.p., anche le osservazioni dell'AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 760, in cui si suggerisce, «al fine di chiarire la funzione interpretativa di questi indici, e di segnarne la differenza con le norme definitorie, di esplicitare che il destinatario primario di questa norma è il giudice, tenuto ad applicare questi indici/indicatori, nello svolgimento di un'attività che ha natura di discrezionalità tecnica vincolata dalla legge, osservando che siffatta norma inverte l'assunto della nostra tradizione secondo cui le norme si rivolgono ai destinatari del precetto e solo indirettamente agli interpreti».

[136] Così Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, cit., p. 11, con nota di Vitarelli, cit. Cfr. in dottrina S. Fiore, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, cit., p. 138 ss.

[137] Mutuando l'espressione da K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, cit., p. 110, il quale intende riferirsi al caso in cui la portata semantica del testo legislativo viene "ridotta" in base allo scopo della norma o al contesto della legge, su cui v. *supra*, Cap. I, note 77-78.

[138] Sulle difficoltà di interpretazione del concetto di sfruttamento in altri ambiti in cui viene menzionato ma non definito (né 'ontologicamente', né mediante indici), come nel caso dello sfruttamento sessuale di adulti e minori, v. i rilievi di A. di Martino, *Tipicità di contesto*, cit., p. 33. Sulla vaghezza del concetto di sfruttamento, già A. Calvi, *Sfruttamento della prostituzione*, Cedam, Padova, 1970, p. 107 ss., il quale rileva che il termine ha innumerevoli significati definitori, per cui alcuni comportamenti concreti rientrano nel nucleo centrale, molti nell'alone marginale.

[139] Diversamente, quando gli elementi costitutivi della fattispecie sono di per sé elementi indizianti, come nelle c.d. "fattispecie di sospetto", l'elemento indiziante diventa elemento tipico e si determina un meccanismo presuntivo di dubbia compatibilità con le garanzie sostanziali e processuali, cfr. A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art.*

Alla luce dell'analisi condotta, possiamo dunque rilevare che, per questa volta, tra (a) e (b), *tertium datur:* sebbene gli indici non coincidano con gli elementi costitutivi della fattispecie, *sono comunque funzionali a far emergere per via interpretativa il disvalore tipico*, sicché non possono nemmeno essere relegati al piano *meramente* processuale.

Prime conclusioni. Nella prospettiva dell'elaborazione di una *paradigmatica* del disvalore di contesto nella formulazione del reato, possiamo intanto affermare che, pur non trattandosi di elementi costitutivi, il ruolo degli indici di tipicità si conferma *lato sensu* definitorio in presenza di concetti disposizionali, insuscettibili di descrizione 'ontologica'.

Ne consegue che, come più volte evidenziato, mentre gli indici probatori si prestano ad essere un catalogo aperto, a meno di non voler riportare *in auge* le prove legali e minare il libero convincimento del giudice, gli indici di tipicità, in quanto tali, dovrebbero essere un catalogo chiuso ed esaurire la dimensione tipologica della fattispecie [140], così contribuendo indirettamente alle esigenze di legalità sostanziale [141].

3.2. *L'elencazione esemplificativa o tassativa degli indici di tipicità*

Occorre ora affrontare più specificamente la questione del carattere *esemplificativo* oppure *tassativo* degli indici elaborati *ex lege*. È chiaro, infatti, che laddove, in alternativa, l'elenco venga elaborato per via giurisprudenziale, come nei casi di studio esaminati, non vi sia alcun vincolo tale per cui gli indici si debbano ritenere *esaustivi* quanto alla dimensione tipica dell'elemento del reato ad essi associato.

Come già accennato, in riferimento alle condizioni di sfruttamento lavorativo [142], in dottrina si ritiene che gli indici elencati al terzo comma dell'art. 603-*bis* c.p. esauriscano sostanzialmente la dimensione tipologica della fattispecie [143].

603-bis c.p., cit., p. 50 ss.; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 129 ss., v. *infra*, § 5. per un approfondimento sul punto.

[140] Sul punto si tornerà nel § 3.2.

[141] Sul punto si tornerà nel § 3.3.

[142] Cfr. *supra*, § 2.2.

[143] A favore del carattere tassativo degli indici, in riferimento al delitto di sfruttamento lavorativo, S. FIORE, (*Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., p. 886; A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento*, cit., p. 48. Secondo quest'ultimo, in particolare, gli indici previsti sembrano *talmente onnicomprensivi* da consentire un giudizio di essenziale esaustività della

L'elaborazione giurisprudenziale più recente sembra – *a una prima impressione* – confermare la presente lettura, nella misura in cui riconosce che gli indici *disegnano complessivamente* il perimetro dell'area semantica della nozione di sfruttamento del lavoro partecipando «alla specificazione dell'oggettività materiale e giuridica nonché del dolo della fattispecie, svolgendo di conseguenza anche una funzione di agevolazione probatoria e di criteri guida per l'interprete» [144]. Tuttavia, la stessa Cassazione continua a ribadire che l'elencazione degli indici di sfruttamento *non ha carattere tassativo,* potendo il giudice individuare ulteriori condizioni suscettibili di dar luogo alla condotta di abuso del lavoratore [145]. Si afferma in particolare che «essi costituiscono meri indicatori della sussistenza del fatto tipico, che ben può risultare *aliunde*, purché si concreti l'assoggettamento a condizioni di lavoro cui si subisce l'imposizione».

Si tratta di un'ambiguità dovuta, ancora una volta, alla confusione tra i piani, rispettivamente, *definitorio* e dell'*accertamento, i.e.* tra tipicità e prova.

Infatti:

(a) un conto è la "dimensione tipologica" [146] della fattispecie, che costituisce necessariamente un *circuito chiuso* in quanto esprime un nucleo di disvalore omogeneo che si esaurisce negli indici elencati al comma 3;
(b) altro conto è la *varietà dei fatti concreti* che possono rientrarvi, quella sì, aperta, tanto da potersi declinare – come dimostra la prassi – nelle molteplici forme di manifestazione del reato in diversi contesti economici [147].

---

dimensione tipologica, semmai a restare aperta è la varietà dei fatti concreti che possono rientrarvi.

[144] Sul punto Cass., sez. IV, 5 dicembre 2023, n. 2573, cit., § 4, la quale rileva che: «ai fini della configurabilità del reato di cui all'articolo 603-*bis* del Cp, i vari indicatori delle condizioni di sfruttamento del lavoro elencati nei numeri da 1 a 4 della disposizione disegnano complessivamente il perimetro della nozione di sfruttamento del lavoro e in quanto tali partecipano alla specificazione dell'oggettività materiale e giuridica nonché del dolo della fattispecie, svolgendo di conseguenza anche una funzione di agevolazione probatoria e di criteri guida per l'interprete».

[145] Cfr. Cass., sez. IV, 7 marzo 2023, n. 9473, cit., pp. 3-4, con nota di F. Vitarelli, cit.; già Cass., sez. IV, sent. 11 novembre 2021, n. 45615, cit., p. 11 e Cass., sez. IV, sent. 11 novembre 2021, n. 7861, cit., p. 6, con nota di F. Vitarelli, cit.

[146] Così A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 48.

[147] Come già rilevato, a seguito della riforma del 2016, si è registrata una maggiore operatività in concreto della norma, che ha trovato applicazione non solo nel contesto del caporalato agricolo che ne aveva ispirato l'originaria introduzione, ma anche nel settore industriale e in quello dei servizi. Cfr. sul tema A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai* riders, cit., p. 1 ss.; A. Lucifora, *Lo sfruttamento del lavoro*, cit., p. 337 ss.; P. Brambilla,

D'altra parte, far leva sul presunto carattere *esemplificativo* degli indici non è coerente con la *ratio* di questa peculiare tecnica legislativa, funzionale alla *riduzione teleologica* [148] della portata semantica dell'elemento valutativo delle condizioni di sfruttamento; l'affermazione pare, piuttosto, un tentativo di *aggirare* lo sforzo di delimitazione della tipicità compiuto tramite gli indici, per riacquisire più ampi margini di discrezionalità giurisprudenziale.

Lo stesso può dirsi in riferimento agli *Elements of Crimes*, peraltro non espressamente formulati come esemplificativi [149]: si può quindi ritenere che gli indici elencati siano esaustivi quanto alla dimensione tipologica *del crimine internazionale* di riferimento. Una prospettiva che condurrebbe a risolvere il dibattito in corso sulla loro natura vincolante o non vincolante nel senso della prima soluzione [150]. Del resto, trattandosi di strumenti interpretativi ufficiali riconosciuti dallo Statuto – al di là dei compromessi lessicali risalenti al momento della loro introduzione – gli *EoC* non dovrebbero essere utilizzati a discrezione del giudice, ma necessariamente presi in considerazione nel momento applicativo, in quanto definizioni 'operazionali' dell'*elemento di contesto internazionalistico* cui sono associati e di cui esprimono il disvalore.

Nella medesima prospettiva, in sede di attuazione della Direttiva sugli eco-delitti [151], le soglie 'qualitative' indicate all'art. 3, par. 6 dovrebbero essere formulate in modo esaustivo (per quanto il legislatore europeo si muova nella direzione opposta) [152]; così come, in sede di riforma della colpa medica, i 'fattori' di delimitazione della misura oggettiva del tipo colposo alla sola colpa grave andrebbero intesi come esaustivi, a differenza degli indici funzionali all'accertamento della colpa grave [153].

In definitiva, gli indici di tipicità, in quanto tali, dovrebbero considerarsi

---

Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi, cit., p. 149 ss.; F. VITARELLI, *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, cit., p. 83 ss.

[148] Cfr. *supra*, nota 137 e Cap. I, note 77-78.

[149] A differenza delle esemplificazioni che si possono riscontrare negli *Statutes*, come nel UK Modern Slavery Act, in cui esplicitamente si riportano delle situazioni concrete a titolo esemplificativo "*For example*, *regard may be had*", su cui v. *supra*, § 1., nota 11.

[150] Cfr. *supra*, § 2.4.

[151] Il riferimento è all'art. 3, par. 6, della Direttiva (UE) 2024/1203 sulla tutela penale dell'ambiente, mentre, come già evidenziato, gli indici di accertamento del pericolo in concreto di cui al par. 7 potrebbero certamente costituire un parametro aperto, v. *supra*, § 2.3.

[152] Cfr. *supra*, § 2.3., per le considerazioni svolte sul *Considerando* 25 della direttiva.

[153] Cfr. *supra*, § 2.2., per la differenza tra definizione della misura oggettiva della colpa grave e accertamento della sua misura soggettiva nell'ambito della "colpa medica".

esaustivi: una conclusione che assume portata sistemica rispetto a tutti i casi in cui gli indici svolgono una funzione *lato sensu* definitoria.

È vero che la selezione a livello normativo di indici a carattere *tassativo* crea un vincolo per il giudice, ma è altrettanto vero che la stessa funzione sistematica viene assolta dalle definizioni 'ontologiche' tradizionalmente intese. In presenza di concetti disposizionali, sono invece gli indici, attraverso definizioni 'operazionali' espressive del disvalore di contesto, a contribuire a circoscrivere il Tipo criminoso e a guidare l'interpretazione ai fini di un suo corretto riconoscimento.

3.3. *Il* 'quantum' *di indici necessario per integrare il concetto di riferimento*

Ribadita l'idea di fondo, secondo la quale i concetti valutativi a struttura disposizionale dovrebbero portare all'adozione *ex lege* di definizioni 'operazionali' composte da una pluralità di indici tratti dal contesto ad essi funzionalmente correlati e tipologicamente esaustivi, occorre a questo punto affrontare la questione del '*quantum*' di indici necessario *in concreto* per ritenere integrato l'elemento della fattispecie di riferimento.

In particolare, a tal fine, faremo ancora una volta riferimento al modello delineato dall'art. 603-*bis*, comma 3, c.p., in virtù del quale costituisce indice di sfruttamento la sussistenza «di *una o più* delle seguenti condizioni».

A titolo esemplificativo consideriamo:

(a) l'indice di sfruttamento *ex* comma 3, n. 1), ossia «la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato alla quantità e qualità di lavoro prestato»;
(b) l'indice di sfruttamento del comma 3, n. 3), ossia «la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro».

Come già anticipato, la giurisprudenza di legittimità è di recente intervenuta sul presunto *deficit* di precisione e determinatezza dei suddetti parametri, ritenendo di non dover portare all'attenzione della Consulta le questioni sollevate in merito, nella misura in cui essi, non integrando – di per sé – elementi costitutivi del fatto tipico, non sarebbero comunque oggetto "diretto" del giudizio di costituzionalità [154].

[154] Così Cass., sez. IV, 30 novembre 2022, n. 9473, cit., con nota di F. VITARELLI, cit. e già

Prescindendo, per il momento, dalle questioni attinenti alla loro conformità alle esigenze di legalità sostanziale, è possibile utilizzare gli esempi appena citati per argomentare sul grado di 'significatività' dei singoli indici, nei seguenti termini:

(aa) Quanto alla «reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali», o comunque sproporzionata rispetto «alla quantità e qualità del lavoro prestato» (secondo il parametro dell'art. 36 Cost.), considerando che l'indice si inserisce all'interno di una definizione 'operazionale' del concetto cui è associato, sarà necessario accertare la sussistenza in concreto di una condotta *reiterata* riconducibile all'indice; quest'ultima, però, non potrà essere intesa come sfruttamento in sé e per sé, ma solo nella misura in cui si possa considerare espressione di complessive "condizioni di sfruttamento" cui il lavoratore sia sottoposto dal datore di lavoro.

(bb) Quanto alla «sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro», la sua natura di indice di sfruttamento aveva destato inizialmente qualche timore di eccessiva penalizzazione dei comportamenti assunti in violazione della normativa lavoristica (ad esempio, adducendo che non fornire le scarpe infortunistiche e altra attrezzatura di sicurezza al lavoratore avrebbe potuto integrare la condotta di sfruttamento) [155]. In realtà, come emerge già dalla lettura dei lavori parlamentari, una simile eventualità sarebbe comunque scongiurata dalla necessaria distinzione tra indici ed elementi costitutivi [156]: coerentemente con la chiave di lettura proposta nella

Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, cit., p. 11, con nota di F. VITARELLI, in cui la Corte riprende anche la Relazione ministeriale di accompagnamento alla legge per evidenziare il carattere di "linee guida" degli indici. Cfr. sul punto in dottrina già A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto*, cit., p. 34, «gli indici di sfruttamento, in quanto non sono di per sé elementi costitutivi del fatto, non possono essere oggetto diretto del giudizio di determinatezza»; mentre secondo S. FIORE, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 142, «la natura integrata di questa tecnica di tipizzazione non la sottrae comunque ai vincoli che derivano dal suo essere funzionale all'attuazione del *nullum crimen*, per cui, coerentemente con questo orizzonte teleologico, gli indici utilizzati, come si accennava, devono essere non solo empiricamente attendibili, ma risultare essi stessi esenti da difetti di precisione, evitando in particolare che la loro applicazione sia a propria volta condizionata da valutazioni».

[155] Cfr. sul punto già *supra*, nota 38.

[156] Come già evidenziato, dai Lavori preparatori emergeva la differenza tra "indice" ed elemento costitutivo: «(…) Non confondiamo le cose. Per dirla in maniera brutale, se mi permettete,

presente indagine, il singolo indice si inserisce nell'ambito di una definizione 'operazionale' del concetto cui è associato, in cui la pluralità degli indici ha la funzione di 'segnalare' l'esistenza di complessive condizioni di sfruttamento. Di conseguenza, due violazioni formali della normativa lavoristica non potrebbero di per sé essere sufficienti a integrare l'elemento costitutivo delle condizioni di sfruttamento [157]. Ciò posto, sarebbe stato forse più coerente con la logica della definizione operazionale specificare che, anche in questo caso, la condizione di sfruttamento può sussistere in caso di *reiterazione* delle violazioni, così come esplicitato negli indici elencati ai numeri 1 e 2 del medesimo terzo comma [158].

A riprova di quanto prospettato, occorre soffermarsi sulla struttura delle definizioni 'operazionali' in precedenza analizzata [159].

Come anticipato, si tratta di definizioni composte da proposizioni

---

a volte si sente in queste ore anche un'argomentazione un po' semplificatoria, del tipo che si rischia che un'impresa con un lavoratore senza le scarpe infortunistiche rischia addirittura il reato di caporalato: no. Quello è un indice. Il magistrato valuterà nel complesso della contestazione del reato di cui sopra, articolo 603-*bis*, primo comma, numeri 1) e 2), se ci sono anche quegli elementi, ma non si rovescia la situazione» (Camera dei deputati, *Lavori preparatori*, *per la riforma delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis c.p.*, *6 ottobre 2016*, cit., p. 15), v. *supra*, nota 26.

[157] Secondo A. di Martino, *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, in *Treccani Diritto – Diritto penale parte speciale – Delitti contro la persona 3.2.1.*, ottobre 2017, p. 5: «Non è sufficiente ad integrare il reato un reclutamento irregolare; ma neppure lo potrebbe integrare la condotta di chi recluta senza rappresentarsi le condizioni di sfruttamento, e costui se le può rappresentare soltanto se esse sono già esistenti come elementi di contesto», nonché Id, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 36 ss., in cui si rileva che la violazione meramente formale non avrebbe dunque mai natura di 'indice', perché mai sarebbe idonea a correlarsi al termine sostanziale di riferimento.

[158] Rispettivamente, ci si riferisce, alla: «*1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale*, *o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato*» e alla "*2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro*, *ai periodi di riposo*, *al riposo settimanale*, *all'aspettativa obbligatoria*, *alle ferie*». Cfr. sul punto anche la proposta di riforma dell'AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 760, in cui si suggerisce di aggiungere che le violazioni devono essere "reiterate" anche nella formulazione dell'indice di cui al comma 3, n. 3.

[159] Si ricordi che le definizioni 'operazionali' sono composte da una serie di condizioni che devono sussistere perché i 'segni' (*i.e.* gli indicatori) possano essere associati i concetti di riferimento mediante una connessione logica "se … allora …", v. già *supra*, Cap. III, § 2.

parziali, ossia da singoli predicati 'condizionali', che esprimono la relazione indice-elemento costitutivo [160]. Il *definiendum*, nella sua totalità, è quindi specificato non in relazione alla singola 'operazione empirica' ad esso associata, ma emerge *dall'insieme dei 'segni'* ad esso sono riconducibili, i quali, nel loro complesso, ne esauriscono la sua dimensione tipica. Di conseguenza, al fine di verificare l'integrazione del concetto di riferimento occorrerà comunque prendere in considerazione la pluralità dei 'segni' che compongono la definizione operazionale, senza che ciò implichi sempre la necessaria sussistenza, in concreto, di ciascuno di essi.

Breve. L'elemento costitutivo sarà integrato quando, dopo aver preso in considerazione tutti i 'segni' a esso riconducibili *ex lege*, risulti concretamente verificabile la sussistenza di un numero *sufficiente* di indici adeguatamente provati in concreto, *associabili* al concetto di riferimento.

A ben vedere, l'operazione interpretativa si compone di *due livelli* connessi, ma *concettualmente separati*: il giudice non potrà ritenere provato l'elemento costitutivo sulla sola base dell'accertamento delle circostanze di fatto costituenti, per previsione legislativa, 'indizio' del fatto, dovendo anche valutare se la circostanza costituente indizio sia *significativa* rispetto all'elemento costitutivo [161].

Deve allora ritenersi che il riferimento, *ex* art. 603-*bis*, comma 3, c.p., a "*una o più*" delle condizioni elencate ai fini di individuare l'elemento costitutivo dello sfruttamento imponga, sul piano applicativo, i seguenti passaggi: (i) verificare la sussistenza delle circostanze di fatto riconducibili agli indicatori; (ii) valutare di volta in volta il *grado di 'significatività'* che la situazione descritta dal singolo indicatore raggiunge nella vicenda concreta; (iii) stabilire se ritenerla – anche da sola – idonea a dimostrare l'integrazione delle condizioni di sfruttamento [162].

---

[160] C. Mylonopoulos, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, cit., p. 92 già segnalava che, trattandosi di proposizioni ipotetiche, si pone il problema di elaborare una definizione "totale", che copra l'intero contenuto concettuale del *definiendum* in modo che tra questo e il *definiens* esista una relazione di equivalenza.

[161] Rispettivamente, «L'indizio 'confermato nella sostanza della prova' per dirla con Carmignani» e «l'indizio 'confermato nella sostanza dell'indizio', cioè capace di significare l'esistenza di condizioni di sfruttamento», in questi termini A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 16.

[162] Cfr. A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 75, in questo senso Cass., sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17936, Svolazzo, che ha ritenuto sufficiente anche la prova di un solo indice, purché significativo della condizione di sfruttamento, Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, cit., con nota di F. Vitarelli, cit., riprendendo Cass., sez. V, 12 gennaio, 2018, n. 17936, Svolazzo. *Contra*, V. Torre, *Lo sfruttamento del lavoro*,

Fermo restando, vale la pena ribadirlo, che andrà in ogni caso provato anche l'approfittamento dello stato di bisogno, come autonomo ulteriore elemento costitutivo della fattispecie.

In definitiva, non si esclude *a priori* la rilevanza in concreto *anche di un solo* indice se particolarmente significativo, ma, di fatto, pare difficile che un solo 'segno' possa essere da solo sufficiente a integrare il concetto disposizionale di riferimento [163].

3.4. *La tipizzazione del disvalore di contesto: lineamenti paradigmatici*

Alla luce dell'analisi svolta, è possibile sistematizzare i *lineamenti paradigmatici* del disvalore di contesto nella formulazione del reato, nei seguenti termini:

(a) gli indici di tipicità non sono di per sé elementi costitutivi della fattispecie, ma forniscono una definizione 'operazionale' del concetto valutativo a carattere fenomenico-sociale cui sono associati. In quanto tali, non possono assumere un rilievo *meramente* processuale, ma sono da considerare come strumenti *interpretativi* funzionali a esprimere il disvalore di contesto;
(b) così intesi, gli indici di tipicità dovrebbero avere carattere tassativo,

---

cit., 96 s., secondo cui «non potrà certo essere la prova di un solo indice a costituire un sintomo di sfruttamento, ma sarà necessario che si verifichino più condizioni caratterizzate dalla reiterata violazione di basilari norme poste a tutela del lavoratore». Sul punto si segnala la proposta dell'AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 760, in cui si suggerisce di eliminare la dicitura "uno o più" per favorire interazione tra gli indici.

[163] Peraltro, ai fini di tale valutazione potrebbe venire in soccorso la 'fonte' empirico-sociologica da cui gli indicatori vengono tratti (su cui v. *infra*, § 4). In particolare, con riferimento allo sfruttamento del lavoro, l'ILO ha elaborato degli indicatori che assumono rilevanza a livello internazionale per l'identificazione di vittime di tratta a fini di sfruttamento lavorativo, che si distinguono varie "gradazioni" in base alla gravità. Si tratta di nove indicatori, ciascuno dei quali è caratterizzato come «forte» «medio» o «debole» e il risultato della *valutazione operativa* sulla sussistenza dell'elemento della definizione normativa è considerato positivo se sussistono le seguenti combinazioni: due indicatori forti; un indicatore forte ed uno medio o debole; tre indicatori medi; due indicatori medi ed uno debole. Ad esempio, l'orario eccessivo è considerato un indicatore «forte» (*strong indicator*), il pagamento d'un salario basso od addirittura il mancato pagamento del salario, nonché l'accertamento di pessime condizioni di lavoro sono considerati indicatori (soltanto) «medio-forti» (*medium indicators*), ovviamente rispetto alla vittimizzazione. Sul punto, approfonditamente, A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 24 ss., v. *infra*, nota 182.

esaurendo il perimetro dell'area semantica della fattispecie e consentendo di orientare *ex ante* l'interprete nell'individuazione della cornice di riferimento dell'elemento valutativo cui sono associati [164];

(c) quanto alla loro operatività in concreto, il giudice deve accertare la sussistenza delle circostanze di fatto associabili *ex lege* al concetto di riferimento, valutando di volta in volta il grado di 'significatività' della situazione descritta dal singolo indicatore e in considerazione di ciò stabilire se uno o più indicatori siano idonei a integrare l'elemento costitutivo caratterizzato dal disvalore contestuale [165].

Si può pertanto confermare che gli indici di tipicità rispondono a una funzione di *riduzione teleologica* all'interno della cornice semantica espressa dal disvalore di contesto, contribuendo indirettamente a soddisfare le esigenze di legalità sostanziale nei termini intesi nella presente trattazione [166].

Su questo punto ritorneremo, ma possiamo sin d'ora osservare che l'adozione di indici di tipicità in funzione *lato sensu* definitoria dei concetti disposizionali si presenta come un'utile alternativa [167] rispetto a tecniche di

---

[164] Sul concetto di Tipo criminoso si rimanda alla già menzionata elaborazione dogmatica di F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, VII ed., cit., p. 76 ss., secondo il quale ogni elemento di descrizione della fattispecie concorre in modo essenziale alla individuazione di un *determinato contenuto di disvalore* del reato. Il contenuto di disvalore non emerge dalla espressione verbale della previsione legislativa, costituendo piuttosto lo sfondo o il nucleo valutativo che il legislatore porta alla luce mediante la fattispecie criminosa astratta. Cfr. anche Id., *voce Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, p. 346 ss.; Id., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, cit., p. 335 ss.; Id., *Il principio di determinatezza*, cit., spec. pp. 279 ss. e 339 ss.

[165] Cfr. Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, cit., con nota di F. Vitarelli, cit., che, riprendendo Cass., sez. V, 12 gennaio, 2018, n. 17936, Svolazzo, ritiene sufficiente anche la prova di un solo indice, purché significativo della condizione di sfruttamento, v. già *supra*, nota 162.

[166] Cfr. già *supra*, Cap. I, e spec. note 77-78 sulla funzione di "riduzione teleologica" secondo K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, cit., p. 110. Di recente v. le osservazioni di R. Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, cit., p. 153: «Ebbene, nella scelta della *ratio* il giudice dovrebbe relazionarsi alla legge, non solo e non tanto in termini di significato linguistico, quanto piuttosto soprattutto in termini di scopo emergente dal "tipo criminoso" così come tipizzato dal legislatore. Ecco allora che tra *ratio* legale in quanto suggerita dal tipo criminoso tipizzato dal legislatore e *ratio* giurisprudenziale in quanto suggerita da un tipo criminoso diverso da quello legale ed elaborato per l'appunto dalla giurisprudenza, il giudice dovrebbe orientarsi nel senso della *ratio* derivante dal tipo legale». Come abbiamo inteso evidenziare nella presente trattazione, è chiaro però che seguire la *ratio* legale suggerita dal Tipo criminoso tipizzato dal legislatore è possibile nella misura questo effettivamente *emerga in modo univoco* dall'interpretazione della fattispecie astratta, v. *supra*, Cap. I, § 2. e 3.

[167] In questa prospettiva già A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella*

redazione della fattispecie che, invece, affidano al processo la ricostruzione del significato di un elemento valutativo di tipo fenomenico-sociale, senza fornire alcuna 'guida applicativa'. Per questa via, infatti, come si è inteso evidenziare nella presente indagine, il Tipo criminoso "naviga" in balìa delle dinamiche processuali e, prima ancora, degli orientamenti assunti dagli organi investigativi e inquirenti [168].

Elaborato uno 'statuto teorico' del disvalore di contesto, occorre adesso prospettare alcune *note di metodo* per la formalizzazione degli indici di tipicità, per poi vagliarne la compatibilità con i principî fondamentali in materia di formulazione della norma penale.

4. *Per una formalizzazione degli indici di tipicità: note di metodo*

La presente indagine ha inteso dimostrare che i concetti valutativi a struttura disposizionale [169] necessitano di definizioni 'operazionali', attraverso indici di tipicità espressivi del disvalore di contesto, da distinguere dagli indici probatori, che operano *solo* sul piano dell'accertamento processuale [170].

Come in precedenza rilevato, l'acquisizione non è nuova in ambito epistemologico, dove la rilevanza dei fattori contestuali nell'attribuzione del

---

definizione del reato, cit., p. 127 ss., analizzando gli indici di sfruttamento, riteneva opportuno proseguire tale linea di ricerca verificando la tenuta, le potenzialità, i limiti delle proposte di dare al contesto un ruolo chiave "*nel definire* (o almeno *nell'orientar*e il giudizio verso)" la punibilità o non punibilità delle condotte individuali; di recente anche F. Consulich, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, cit., p. 39, si esprime a favore della tecnica per indici di sfruttamento, ritenendo che «sia la forma più utile e garantita di disciplina penalistica quella che proceda per due steps, vale a dire l'impiego di concetti generali, sostenuti poi da indici che non facciano parte del tipo *in senso stretto*, ma partecipino alla formulazione legale per collegare processo e fattispecie e così rendere prevedibile l'applicazione dell'incriminazione da parte del giudice, segnando fin dal livello astratto ciò che deve essere provato per ritenere integrata la clausola tipica» (corsivo aggiunto).

[168] Sulla necessità di "governare" le interazioni con il processo v. già A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., p. 86 ss.; Id., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 103 ss.; S. Fiore, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, *ivi*, p. 145 ss.

[169] Si è già rilevato come i concetti disposizionali, secondo la categorizzazione nota all'epistemologia generale, non si lascino ricondurre completamente a fatti empirici e non sono dunque direttamente percepibili: indicano tendenze, capacità, inclinazioni rilevabili solo attraverso 'indicatori esterni'. Cfr. U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., in particolare p. 25 ss.; C. Mylonopoulos, *Dispositional Concepts and Criminal Law*, cit., p. 243 ss.

[170] Sul punto v. *supra*, le conclusioni di cui al Cap. III, § 6.

significato è stata approfondita dall'esternalismo semantico di Putnam (o "teoria causale del riferimento"), che propone di fissare i riferimenti delle espressioni linguistiche specificando una "forma normale del significato", composta da una sequenza di indicatori esterni[171].

L'esternalismo semantico si presta proprio a inquadrare la categoria logico-filosofica qui utilizzata dei concetti disposizionali, la cui definizione è data, secondo la teoria del modello a due livelli[172], associando *concetti valutativi* e *fenomeni direttamente osservabili* attraverso *indicatori* tratti dal contesto, che acquisiscono così la capacità descrittiva che le formule astratte – 'ontologiche' – hanno perso.

Nell'ambito del materiale linguistico della fattispecie penale, si è ritenuto di poter ricondurre i concetti disposizionali all'autonoma categoria dei *Wertbegriffe*[173], il cui disvalore di contesto necessita strutturalmente di un *parametro di valutazione esterno* a carattere fenomenico-sociale, espresso attraverso indici di tipicità.

Questi ultimi vanno intesi come strumenti interpretativi che, pur non essendo di per sé elementi costitutivi della fattispecie, assumono una funzione *lato sensu* definitoria ed esaustiva della dimensione tipologica del concetto valutativo di riferimento, distinguendosi così dagli indici probatori, rilevanti prettamente sul piano dell'accertamento processuale.

---

[171] H. Putnam, *The Meaning of 'Meaning'*, 1975, cit., p. 269: «a fissare l'estensione di un termine non è un concetto che il singolo parlante ha in testa (…) sia perché l'estensione è, in generale, determinata socialmente (…) sia perché l'estensione è in parte determinata *indicialmente*» (corsivo aggiunto).

[172] Richiamando la teoria del modello a due livelli (*Zwei Stufe Modell*) sulla definizione dei concetti disposizionali, tradizionalmente oggetto di studio in riferimento all'istituto del dolo, e mettendola in relazione alla formulazione delle fattispecie penali selezionate nei casi di studio, si è trovata conferma della *doppia funzione* – non solo probatoria ma anche costitutiva – che il dato contestuale può assumere nel sistema penale. Il modello a due livelli è, infatti, funzionale non solo ad *accertare* ma anche a *definire* concetti teorici attraverso definizioni 'operazionali' scomponibili in indicatori misurabili e osservabili, v. *supra*, Cap. III, § 3.3.

[173] Rispetto agli elementi valutativi (*Wertbegriffe*), non ci si limita ad un una ricognizione di dati empirici o normativi, ma occorre un giudizio complesso, sia di tipo 'ontico' che di tipo 'deontico', che comporta la necessità di avvalersi di *parametri valutativi esterni* a carattere fenomenico-sociale tratti dal contesto, riconducibili ad elementi oggettivi o soggettivi del Tipo e funzionali a farne emergere il 'significato penalistico' alla luce dello scopo di tutela della norma, *i.e.* gli indici. I *Wertbegriffe* tradiscono il principio di legalità sostanziale nel momento in cui il parametro etico-sociale al quale fanno rinvio non sia, in sé, espressivo di alcun significato oggettivamente ricostruibile e non consenta dunque di esprimere *ex ante* un Tipo criminoso omogeneo. In questo senso, l'elaborazione giurisprudenziale di indici si può considerare come un'operazione finalizzata a (ri-)costruire il *disvalore di contesto* come nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto [ds(Cs)]. Cfr. *supra*, Cap. III, § 5. e § 6.

Di conseguenza, il giudice, nel caso concreto, dovrà prendere in considerazione tutti i fattori situazionali associabili *ex lege* all'elemento costitutivo, valutare di volta in volta il grado di 'significatività' in concreto del singolo indicatore e stabilire se ritenerlo – anche da solo – idoneo a dimostrarne l'integrazione.

Elaborati i lineamenti della *paradigmatica* del disvalore di contesto, occorre a questo punto affrontare le questioni metodologiche che si legano alla *codificazione* di indici di tipicità, considerando gli spunti provenienti dai due modelli legislativi di riferimento: gli indici di riconoscimento delle condizioni di sfruttamento lavorativo e gli *EoC*.

Come rilevato in dottrina, a seguito di un approfondito studio sugli indici di sfruttamento, nel sistema di parte speciale questa peculiare tecnica normativa assume le fattezze, metaforicamente parlando, di un "ornitorinco" [174], nella misura in cui sembra, da un lato, riportare *in auge* il processo indiziario e il sistema delle prove legali [175], dall'altro, richiamare la metodologia della ricerca sociale, che si avvale di indicatori come categorie concettuali di tipo 'regolatorio' funzionali all'elaborazione di strategie di *governance* di fenomeni complessi.

La presente trattazione ha inteso dimostrare che l'esigenza di elaborare indici associati a concetti valutativi a struttura disposizionale non è (solo) riconducibile al tema dell'accertamento processuale e del libero convincimento del giudice, in quanto è possibile distinguere, già sul piano epistemologico – *per caratteristiche e funzione* – indici probatori e indici di tipicità. Solo questi ultimi assumono una rilevanza *lato sensu* definitoria e, in quanto tali, sono strumentali a esprimere il *disvalore di contesto*.

Ciò considerato, la seconda prospettiva evidenziata, che riconduce il modello legislativo degli 'indici di sfruttamento' ai percorsi tracciati dalla ricerca sociale, ci pare quella più coerente con la chiave di lettura epistemologica qui adottata. Infatti, negli studi sulla c.d. *governance* di sistemi complessi [176], l'indicatore (o meglio, un complesso di indicatori aggregati, ossia

---

[174] In questi termini A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 13, richiamando l'ornitorinco in quanto animale che unisce in una singolare unità funzionale tratti apparentemente antichi ed addirittura primitivi (becco d'anatra, zampe palmate, deposizione d'uova) e moderni, selezionati e ricomposti nel corso di un'evoluzione lunghissima in un'entità biologica che viene comunque ascritta alla diversa famiglia dei mammiferi, non 'più evoluta' ma semplicemente ramificatasi in epoca molto antica: un «complesso di adattamenti».

[175] Cfr. sulle "ascendenze storiche" degli indici, A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto*, cit., p. 14. Sulla differenza tra 'indici di tipicità' e 'prove legali', v. *infra*, § 5.

[176] Sulla definizione standard di indicatore, si rimanda a K.E. DAVIS-B. KINGSBURY-S.E. MERRY,

l'indice), viene considerato come strumento misurabile e osservabile, utilizzato per *definire un concetto in modo operativo*, mediante, appunto, 'operazionalizzazioni' del concetto stesso [177].

Ritroviamo dunque, in questo ambito tematico, ampiamente utilizzata la nozione di definizione 'operazionale', con cui si è inteso riferirsi alla *scomposizione* del concetto *valutativo* di tipo fenomenico-sociale in elementi (*i.e.* gli indici) se non "misurabili" in senso proprio, comunque qualitativamente *verificabili* da parte del giudice alla luce dei principî generali dell'ordinamento [178].

Come già rilevato in precedenza, mentre in ambito scientifico, l'associazione di fatti osservabili a concetti disposizionali opera secondo una logica deterministica [179], nell'ambito socio-giuridico il discorso è necessariamente diverso: gli indicatori vengono associati a un concetto secondo i metri delle scienze sociali, quindi inevitabilmente attraverso, potremmo dire, 'massime di esperienza', seppure dotate di una certa attendibilità empirica e appropriatezza tecnica [180].

Introduction: Global Governance by Indicators, in K.E. Davis and others (ed.), *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, cit., p. 6 ss., spec. p. 12, secondo cui è tale "ogni raccolta di dati organizzati in una classifica che si proponga di rappresentare le prestazioni passate o future di diverse unità". I dati sono generati attraverso un processo che semplifica informazioni grezze riguardo 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.

[177] A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 17, con riferimento agli indici di sfruttamento già rilevava che, mentre questa fisionomia si colloca al di fuori dell'orizzonte definito dallo strumentario esegetico tradizionale, si tratta invece d'una realtà ben attestata nella metodologia della ricerca sociale e congrua con i suoi strumenti concettuali. In particolare, negli studi sulla c.d. *governance* di sistemi complessi, è ormai attestata ed ampiamente utilizzata la categoria dei cosiddetti indicatori («*indicators*») ed indici (aggregati di indicatori, «*indexes*»), con dirette ed importanti conseguenze di *policy* (politiche coerenti di attuazione delle conseguenze analitiche).

[178] Ad esempio, l'indice di retribuzione proporzionata *ex* art. 603-*bis*, comma 3, n. 1 c.p., è formulato in modo elastico nella misura in cui si fonda sull'inadeguatezza del *quantum* erogato, che non può essere definita in termini percentili dalla norma in ragione delle innumerevoli concrete variabili contrattuali; anzi, in questo caso la proporzionalità della retribuzione va *verificata* alla luce del principio costituzionale affermato *ex* art. 36 Cost.

[179] Sul punto cfr. A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 74, rileva che si tratta di circostanze di fatto difficilmente ricostruibili in modo certo e univoco (come nel caso del dolo eventuale) o di fatti sociali la cui lettura è frutto dell'applicazione di categorie stipulative.

[180] In questi termini A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 20 ss.; cfr. anche A. Merlo., *Il contrasto allo sfruttamento del*

In questa prospettiva, ai fini della formulazione di una norma penale che si avvalga di 'condizioni di contesto' per comporre una definizione 'operazionale' nei termini qui intesi, occorre attingere a una *fonte empirico-sociologica* per ricavare indicatori da utilizzare come parametri 'obiettivamente' associabili al concetto valutativo di riferimento.

Tale acquisizione sembra, per vero, trovare conferma nei modelli legislativi che esprimono, nei termini qui ipotizzati, *indici di tipicità*:

(a) gli indici di sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603-*bis*, comma 3, c.p., ricalcano, in effetti, dei parametri *empirico-sociologici* dotati di un riconoscimento scientifico internazionale. Si tratta degli indicatori elaborati dall'ILO [181], associati al concetto di lavoro dignitoso («*decent work*»), composto – o meglio, scomposto –, proprio in una prospettiva di 'definizione operativa', in quattro macro-indicatori: impiego, protezione sociale, diritti dei lavoratori, dialogo sociale, valorizzati per individuare le vittime di tratta a fini di sfruttamento lavorativo [182]. In particolare, tra

lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders, cit., p. 75, il quale ritiene necessaria un'univocità della massima di esperienza che costituisce il ponte inferenziale con il dato da accertare. Come già evidenziato da G. Fiandaca, *Diritto penale*, cit., p. 96, rispetto agli elementi valutativi "in senso stretto" (*Wertbegriffe*) riconducibili ai concetti normativi etico-sociali è necessario individuare strumenti tecnici suscettivi di istituire un costante *raccordo* con la realtà sociale, ossia dei parametri valutativi di fonte sociale "obiettivamente" controllabili secondo i metri delle scienze empiriche e sociali.

[181] Sul punto v. A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 18, v. anche p. 29 ss., più ampiamente Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, spec. p. 59 ss., in cui si evidenzia che gli indici di sfruttamento sembrano richiamare il concetto di sfruttamento elaborato dall'ILO tramite indicatori, cfr. ILO, *Hard to see, harder to count: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*, Geneva, 2012, p. 13: «*operational definitions break down the legal definitions into elements that can subsequently be measured*»; più di recente ILO, *Hard to see, harder to count. Handbook on forced labour surveys*, 2024. Sul tema, D. Ghai, *Decent Work: Concept and Indicators*, in *Int'l Labour Rev.*, vol. 142, 2, 2003, pp. 113-145. Cfr. anche nota successiva.

[182] A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 24, osserva che gli indicatori assumono rilevanza a livello internazionale per l'identificazione di vittime di tratta a fini di sfruttamento lavorativo, distinguendosi in varie "gradazioni" in base alla gravità. In particolare, sono stati elaborati nove indicatori, ciascuno dei quali è caratterizzato come «forte» «medio» o «debole» e il risultato della valutazione operativa sulla sussistenza dell'elemento della definizione normativa è considerato positivo se sussistono le seguenti combinazioni: due indicatori forti; un indicatore forte ed uno medio o debole; tre indicatori medi; due indicatori medi ed uno debole. Posto che uno degli indici di sfruttamento è rappresentato certamente dalle condizioni di lavoro, un orario eccessivo è considerato un indicatore «forte» (*strong indicator*), il pagamento d'un salario basso od addirittura il mancato pagamento del salario, nonché l'accertamento di

gli indicatori ritroviamo: (i) «*Excessive working days or hours*»; (ii) «*Bad living conditions*»; (iii) «*Hazardous work*»; (iv) «*Low or no salary*»; (v) «*No respect of labour laws or contract signed*»; (vi) «*No social protection*» (vii) «*No social protection*»; (viii) «*Very bad working conditions*»; (ix) «*Wage manipulation*»;

(b) gli *Elements of Crimes*, compendiano invece le forme di manifestazione delle 'atrocità di massa', che, dal punto di vista empirico-sociologico, *connotano il crimine internazionale* rispetto al crimine comune. Ad esempio, all'interno dei crimini contro l'umanità, il crimine internazionale di *omicidio* (articolo 7 comma 1, lett. a), che si contraddistingue per un attacco sistematico alla popolazione civile (*i e.* l'elemento di contesto), si può declinare nelle seguenti situazioni*:* (i) *The perpetrator killed one or more persons;* (ii) *The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population;* (iii) *The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack against a civilian population.*

In linea di principio si può affermare che, in quanto strumenti finalizzati all'inquadramento di un fenomeno sociale (o socio-criminale) complesso, gli indicatori *empirico-sociologici* possono assumere valore normativo [183], anche

pessime condizioni di lavoro sono considerati indicatori (soltanto) «medio-forti» (*medium indicators*), ovviamente rispetto alla vittimizzazione. Cfr. ILO, *Operational indicators of trafficking in human beings*, in *https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_105023/lang--en/index.htm*, 2009; Id., *explanation for indicators of trafficking for labour exploitation*, 2009, in https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40declaration/documents/publication/wcms_105035.pdf ma v. anche la Direttiva (UE) 2011/36, art. 11, par. 4 in relazione alla nozione di "vittima di tratta", richiamata di recente dalla Cassazione, Cass., sez. VI, sent. 16 novembre 2023 (dep. 18 gennaio 2024), n. 2319, con nota di G. Fazzeri, *Stato di necessità ed interpretazione convenzionalmente conforme: la Corte di cassazione si pronuncia sulla "vittima di tratta"*, in *Sist. pen.*, 26 marzo 2024.

[183] Spesso rilevano come fonti di *soft law* funzionali ad una corretta attuazione delle politiche pubbliche. Ad esempio, gli indicatori funzionali a rilevare le vittime di tratta ai fini di sfruttamento lavorativo (su cui *supra*, note 182-183) sono stati recepiti a livello nazionale, per l'individuazione delle cd. "persone trafficate", nelle "Linee guida per la rapida identificazione delle vittime di tratta e grave sfruttamento", allegate al "Piano nazionale di azione contro la tratta e il grave sfruttamento". La prima edizione delle Linee Guida, pubblicata per la prima volta nel 2016, è stata realizzata nell'ambito del progetto svolto da UNHCR e Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo denominato *Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta*, avente lo scopo di dare attuazione alla norma contenuta nell'art. 10 del d.lgs. 24/14, che attua la direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e dunque di favorire l'adozione di strumenti di coordinamento tra i sistemi della protezione internazionale e della protezione delle vittime di tratta e grave sfruttamento. In particolare, le presenti Linee Guida sono

a prescindere da un eventuale rilievo penalistico [184], laddove fissino *standard*, rispetto ai quali si può valutare se la situazione 'misurata' sia positiva o negativa [185]. Proprio per la capacità di 'avvicinare i comportamenti a uno standard', stanno assumendo sempre maggiore rilevanza nelle politiche pubbliche in funzione 'regolatoria', di *governance* di fenomeni complessi; secondo la nota legge di Goodhart, una volta che un indicatore sociale o economico viene reso un 'obiettivo' di politica pubblica, perderà il suo contenuto informativo per svolgere una funzione regolatoria [186].

Con particolare riferimento all'ambito penale, possiamo dire che gli indici di tipicità svolgono la funzione di *'massime di esperienza qualificate'*, in quanto vengono 'sottratte' al terreno della prova e 'trasposte' sul piano della tipicità: nel momento in cui vengono associati *ex ante* ad un elemento

---

state elaborate nell'ambito del progetto della Commissione Nazionale per il diritto di asilo e dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati – UNHCR "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta", volto all'individuazione di procedure standard per una corretta identificazione delle vittime di tratta nel corso del riconoscimento della protezione internazionale nonché per l'intervento coordinato delle Istituzioni e dei soggetti coinvolti. La versione aggiornata del 2021, finanziata con il supporto della Commissione Europea, è disponibile qui: https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2021/01/Linee-Guida-per-le-Commissioni-Territoriali_identificazione-vittime-di-tratta.pdf.

[184] Gli indicatori non devono quindi avere esclusivamente un rilievo penalistico, ma sono funzionali all'inquadramento più in generale di un fenomeno sociale, che può avere una rilevanza statistica, conoscitiva o di comparazione, come rileva A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, spec. p. 93.

[185] Sul tema, ampiamente F. DELVECCHIO, *Scale di misura e indicatori sociali*, Cacucci, Bari, 2000, spec. p. 9 ss. e 64 ss.

[186] Sugli indicatori dei diritti umani come strumenti di *governance* globale, D. NELKEN, *Whose Best Practices? The Significance of Context in and for Transnational Criminal Justice Indicators*, in *Journal of law and society*, cit., p. 45, che rileva come coloro che creano gli indicatori "aspirano a misurare il mondo ma, in pratica, creano il mondo che misurano". Cfr. specificamente sul tema ID., *The changing roles of social indicators: from explanation to governance*, in P. Alldridge-L. Cheliotis-V. Mitsilegas (ed.), *Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice: Theoretical, Comparative and Transnational Perspectives*, cit., p. 25 ss.; ID., *From pains-taking to pains-giving comparisons*, cit., p. 390 ss.; D. NELKEN-M. SIEMS, *Global Social Indicators: Constructing Transnational Legitimacy*, cit., p. 434 ss.; ma anche A.J. ROSGA-M.L. SATTERTHWAITE, *The trust in indicators: Measuring human rights*, cit., p. 253 ss.; K.E. DAVIS-B. KINGSBURY-S.E. MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, in *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, cit., p. 6 ss.; S.E. MERRY, *Introduction: Global Governance by Indicators*, in *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, cit., p. 6 ss.; ID., *Seductions of Quantification. Measuring human rights, gender violence, and sex trafficking*, cit., p. 12 ss. e spec. 27; M. INFANTINO, *Measuring (the Effects of) Measurements: Four Global Legal Indicators in Italy*, cit., p. 432 ss.; ID., *Global Indicators, in Sabino Cassese (ed.), Research Handbook onGlobal Administrative Law*, cit., p. 347 ss.

valutativo contenuto nella fattispecie, svolgono una funzione *interpretativa*, contribuendo a *circoscrivere la cornice* del Tipo criminoso legale [187] (su questo punto ritorneremo a breve).

Ciò considerato, occorre, peraltro, sottolineare che gli indicatori non devono essere necessariamente parametri *rigidi.* Ad esempio, la retribuzione proporzionata di cui all'art. 603-*bis,* comma 3, n. 1, c.p., è un parametro *elastico*: «tale fondamentale (sebbene non unica) soglia di rilevanza penale si fonda sull'inadeguatezza del *quantum* erogato che non può essere definita in termini percentili dalla norma in ragione delle innumerevoli concrete variabili contrattuali» [188], ma va, piuttosto, *verificata* alla luce del principio costituzionale affermato *ex* art. 36 Cost. Per rispondere a un interrogativo emerso nella precedente trattazione [189], gli indicatori possono dunque avere carattere elastico, nella misura in cui rispondono comunque alla logica della definizione 'condizionale' del concetto di riferimento, costruita per via legislativa a seguito del *confronto con l'elaborazione empirico-sociologica*.

---

[187] Da questo punto di vista, come già evidenziato, non si può ritenere che assurgano a presunzioni dell'elemento costitutivo, ma fissano la *cornice tipologica* all'interno della quale comunque il giudice eserciterà, nel caso concreto, il suo libero convincimento. In questo senso anche A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 18, che osserva come nel caso degli indici di sfruttamento *ex* art. 603-*bis* c.p. le massime di esperienza vengono recepite da organi internazionali sulla base di procedure scientificamente documentate ed esplicitate e «possono costituire fondamento non solo empirico-sociale ma il fondamento giuridico (o meglio, giuridicizzato) della decisione», sicché «la natura propria degli indicatori consente di superare le *indebite commistioni di fatto tra tipicità e prova*: indebite, perché non supportate da una scelta effettuata in astratto dall'organo competente alle scelte di politica criminale circa i criteri di significatività di un elemento indiziante rispetto al disvalore del reato».

[188] Ciò considerato, Cass., sez. IV, 5 dicembre 2023, n. 2573, cit., ne trae le seguenti conclusioni: (i) il rinvio alla retribuzione stabilita nei contratti collettivi va inteso come comprensivo di tutto ciò che è dovuto per la prestazione lavorativa non solo come complessivo trattamento economico di base ma anche come indennità a vario titolo corrisposte per la prestazione; (ii) il termine "retribuzione", pur evocando nel sinallagma contrattuale il rapporto di subordinazione, non confina l'applicabilità dell'indice de quo al rapporto di lavoro subordinato ma si estende a qualsiasi forma di corrispettivo per un'attività lavorativa (manuale o intellettuale) accettata in uno stato di bisogno, di cui approfitta una parte per la disparità di forza contrattuale, ancorché qualificato o simulato sotto altri tipi contrattuali; (iv) il giudizio di proporzionalità cui è chiamato l'interprete dalla seconda parte dell'indice di sfruttamento de quo è la concrezione diretta del principio costituzionale dell'art. 36 Cost. che pretende "comunque" (anche se formalmente si aderisce allo standard del contratto collettivo) una retribuzione idonea ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa al lavoratore e alla sua famiglia.

[189] L'interrogativo è emerso in riferimento agli indici di sfruttamento del lavoro *ex* art. 603-*bis*, comma 3, c.p., cfr. *supra*, § 2.1.

In questo modo, a differenza di quanto emerso nei casi di studio tratti dalla prassi giurisprudenziale [190], la definizione 'operazionale' del concetto disposizionale non dipende più dalla *sottomissione 'dell'oggetto alla prova'*, con i rischi che ne conseguono in termini di processualizzazione del fatto tipico, perché la sua necessaria '*esternalizzazione'* viene anticipata dal legislatore.

Si tratta, evidentemente, di tracciare un percorso di "scienza penale integrata (o integrale)" [191]: la selezione *ex ante* – sotto forma di indicatori – delle categorie empirico-sociologiche alle quali il giudice deve fare riferimento per riconoscere il disvalore tipico della fattispecie sembra, per l'appunto, richiamare il concetto *Lisztiano* di *gesamte Strafrechtswissenschaft*, ossia la necessità di attingere a conoscenze empiriche a carattere socio-criminologico nella politica criminale legislativa per legittimarne l'utilizzo in sede interpretativa e critica [192].

Il che significa assegnare al legislatore, in presenza di elementi valutativi a struttura disposizionale, insuscettibili di definizione 'ontologica', il compito

---

[190] Sul punto v. *supra*, le conclusioni di cui al Cap. II, § 5.

[191] Sulla legittimazione teorica della tecnica legislativa per indici in ottica di sistema, A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., spec. p. 94, in cui si fa riferimento al concetto di *gesamte Strafrechtswissenschaft*, di scienza penale integrata (o «integrale»), inteso come dialogo tra saperi empirico-criminologici e scienza giuridica. In argomento, in prospettiva di politica criminale, cfr. M. DONINI, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in S. Moccia-A. Cavaliere (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, E.S.I., Napoli, 2016, p. 50 ss. e ID., *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 121 ss., riprendendo la teoria di F. VON LISZT, *An Unsere Leser*, in ZStW, 1881, pp. 1-3; v. anche A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *La Questione criminale*, 1979, p. 147 ss.; ID., *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995), Giappichelli, Torino, 1998, p. 24; G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina, Milano, 2000, p. 101 ss.; C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in L. Stortoni-L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, *L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 239 ss.; ID., *Il mercato della penalità*, Giappichelli, Torino, 2021, p. X ss.; M. CAPUTO, *Politica criminale*, in C. Piergallini-G. Mannozzi-C. Sotis-C. Perini-M.M. Scoletta-F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1725 ss.

[192] Cfr. sul punto M. DONINI, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, cit., p. 50 ss. e ID., *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 121 ss., laddove si individua nella politica criminale di matrice parlamentare lo spazio più adeguato all'attuazione del modello di scienza penale integrata/integrale.

di confrontarsi con conoscenze extra-penali funzionali a selezionare *ex ante* gli indicatori associabili al concetto di riferimento secondo la logica 'operazionale'.

Del resto, il metodo di scrittura della norma qui proposto potrebbe rivelarsi potenzialmente molto utile dinnanzi ai fenomeni socio-criminali complessi che, come in precedenza evidenziato, sfuggono a una predeterminazione di tipo "*iconografico*" [193].

In quest'ottica, la formalizzazione di *indici di tipicità* sembra, peraltro, coerente con l'implementazione, specialmente in campo economico – condivisibile o meno che sia – di un diritto penale regolatorio, mirante a garantire una *governance* del rischio più a reprimere fatti immediatamente lesivi [194] (anche su questo punto ritorneremo).

5. *Le definizioni 'operazionali' nella cornice costituzionale*

A seguito dell'analisi condotta, siamo adesso in grado di cogliere il rilievo sistematico-dogmatico della tecnica per indici di tipicità, così compendiabile:

(a) consente di esprimere il disvalore di contesto [ds(Cs)] attraverso una definizione 'operazionale' dei concetti disposizionali, riconducibili nell'alveo degli elementi valutativi (*Wertbegriffe*);

---

[193] M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., spec. p. 21 ss., v. anche Id., *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali*, cit., p. 9: «è molto difficile, per i nuovi reati o per la riformulazione moderna di quelli antichi, recuperare una struttura del fatto tipico che faccia riferimento ad una forma dell'accadere sensibile che sia espressiva di significato, univoca nel messaggio, insomma: una forma di condotta semioticamente pregnante. Una forma da leggere con la fisiognomica: come un geroglifico o un ideogramma. Le forme, come gli dei, non parlano più». Torneremo sul punto nelle Considerazioni conclusive.

[194] Come rileva F. Consulich, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, cit., p. 40, «al crescere del diritto penale regolatorio nel campo economico, mirante a garantire una governance del rischio più che alla repressione di fatti immediatamente lesivi, ben si attaglia la metodologia della costruzione del tipo attraverso elementi sintomatici predefiniti legislativamente. Il sistema complesso è governabile normativamente probabilmente solo ricorrendo a indicatori, al plurale, poiché al crescere della disponibilità di indici definitori, il risultato si fa più preciso (...). La fattispecie normativa viene dissecata in una regola di condotta diretta ai consociati e in una o più regole di decisione (*rectius*: di interpretazione), rivolte all'operatore giudiziario. Come gli indizi, prove del fatto di reato, anche gli indicatori, attraverso cui si manifesta un elemento normativo del tipo, possono trovarsi in un rapporto di concordanza, che è superiore alla loro semplice addizione. La convergenza tra essi, infatti, determina un sostegno incrociato, reciproco, rispetto alla componente della fattispecie cui sono serventi, per dimostrarne l'integrazione nel caso concreto».

(b) guida il ragionamento del giudice fornendogli dei parametri empirico-sociologici selezionati *ex lege*, cosicché non debba lui stesso elaborarli attingendo dalle fonti più varie, in base alle dinamiche processuali.

Fazit. Possiamo confermare che, per questa volta, davvero, *tertium datur*: gli indici di tipicità non sono di per sé elementi costitutivi, ma, in quanto *associati ad un elemento costitutivo* in funzione *lato sensu* definitoria, non possono nemmeno essere ridotti a semplici *linee guida prettamente orientate al processo,* così come le esemplificazioni che si ritrovano nella *Statutorification* di matrice anglosassone.

Tale acquisizione necessita di due ulteriori (e ultime) precisazioni:

(aa) sotto il primo profilo, premesso che già dai lavori parlamentari sull'art. 603-*bis* c.p. è emersa un'alterità concettuale tra indici ed elementi costitutivi [195], in linea con la ricostruzione qui proposta, a conferma di tale impostazione può essere utile richiamare la distinzione tra la tecnica legislativa per indici di tipicità, utilizzata nell'incriminazione dello sfruttamento lavorativo, e le fattispecie presenti nell'ordinamento in cui gli elementi indizianti assurgono per legge ad elementi costitutivi della fattispecie. Ne sono un esempio le condotte tipiche dei reati di sospetto [196], di per sé né lesive né pericolose, ma indizianti [197], in quanto lasciano presumere, in base a massime d'esperienza, l'avvenuta commissione non accertata o la futura commissione di reati [198]. In questo

---

[195] Come già evidenziato *supra*, § 3.

[196] Rileva tale alterità strutturale A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 50 ss.; ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit., p. 129 ss. Un altro esempio riportato dall'A. è la bancarotta semplice *ex* art. 217 l. fall., che si caratterizza invece perché evenienze fattuali verificatesi nel tempo, senza limiti retrospettivi, sostanzialmente indizianti del dissesto, poi culminato nella dichiarazione di fallimento, assurgono ad elementi costitutivi della fattispecie. Con la differenza (rispetto ai reati di sospetto) che comunque in questo caso la punibilità è legata alla dichiarazione di fallimento.

[197] Sul punto A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., p. 91.

[198] La tipizzazione delle circostanze sintomatiche, a parere della dottrina, determinerebbe l'inversione dell'onere della prova secondo un «modulo di semplificazione probatoria», come osserva G. DI VETTA, *Tipicità e prova*, cit., p. 7 s. Sul tema v. G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale: un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 409 ss.; F. COPPI, *Osservazioni sui "reati di mero sospetto" e in particolare sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost*., 1968, p. 1713 ss. Nella giurisprudenza costituzionale risalente è stato invece negato che si tratti d'inversione dell'onere probatorio, v. Corte cost. n. 14 del 1971, n. 48 del 1996 e n. 370 del 1996, , che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'intero reato di "possesso ingiustificato di valori" per le diverse ragioni legate al suo carattere marginale rispetto al principio di offensività, ma non mettendo in discussione la plausibilità del meccanismo di costruzione del fatto

caso le massime di esperienza assurgono a veri e propri elementi costitutivi, dando luogo a un meccanismo presuntivo di dubbia compatibilità non solo con i principi di materialità e offensività [199], ma anche – e forse ancor più – con le garanzie processuali [200]. Differentemente, nel caso in esame, le 'massime di esperienza qualificate' enucleate dagli indicatori non coincidono con l'elemento costitutivo della fattispecie, ma vi sono associate *ex lege* e così 'trasposte' dal piano della prova al piano della tipicità: il che, come già osservato, non determina alcun meccanismo presuntivo. Il ricorrere di una situazione 'spia' non è sufficiente a dimostrare l'integrazione dell'elemento costitutivo, dovendo comunque la sua 'significatività' essere vagliata dal giudice [201] in sede di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta [202];

(bb) sotto il secondo profilo, valgono le considerazioni svolte rispetto agli *Elements of Crimes* allegati allo Statuto della CPI [203]. Trattandosi di strumenti interpretativi "ufficiali" riconosciuti dallo Statuto, gli *EoC* non dovrebbero essere utilizzati dal giudice a sua discrezione, ma necessariamente presi in considerazione nel momento applicativo, come definizioni 'operazionali' dell'elemento internazionalistico esaustive della dimensione tipologica *del crimine internazionale* di riferimento. In questa prospettiva, gli indici di tipicità non sono quindi utilizzabili alla stregua di meri strumenti di orientamento probatorio, sul modello delle *esemplificazioni* adoperate nella *Statutorification* anglosassone [204].

---

tipico, come rileva A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 51.

[199] Ciononostante, di recente, Corte cost. n. 139 del 2023 ha ribadito che la fattispecie "di sospetto" è conforme all'offensività in astratto se «la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda *all'id quod plerumque accidit*» (§ 4.1. del *Considerato in diritto*).

[200] Il meccanismo presuntivo con il quale sono strutturate le fattispecie di sospetto, rischia, infatti, di sottrarre materia al contraddittorio processuale, con un'automatica inversione dell'onere della prova e della regola di giudizio (*in dubio pro reo*), secondo un modulo di semplificazione probatoria che, consente di fatto di eludere funzione di garanzia della presunzione di non colpevolezza (*ex* art. 27, comma 2, Cost.), cfr. G. DI VETTA, *Tipicità e prova*, cit., p. 7 s.

[201] Cfr. già *supra*, § 3.3.

[202] Sul punto anche A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 71.

[203] Cfr. *supra*, § 2.4.

[204] Ad esempio, nel Modern Slavery Act adottato dal Regno Unito nel 2015, alla formulazione dell'incriminazione si aggiungono alcune esemplificazioni così formulate: «*For example*, *regard may be had (a) to any of the person's personal circumstances (such as the person being a child*, *the*

> Se così fosse, infatti, si configurerebbero come un catalogo aperto e non vincolante di indici probatori, incapaci di svolgere una funzione di *riduzione teleologica* della portata semantica dell'elemento valutativo di riferimento.

Si tratta – vale la pena ribadirlo – di *strumenti interpretativi* che, fornendo una definizione 'operazionale' dei *Wertbegriffe* cui sono associati, ne esauriscono la dimensione tipologica, limitandone il significato all'interno della cornice assiologicamente tracciata dalle 'condizioni di contesto' [205].

Si è parlato in dottrina, efficacemente, di «tipizzazione dinamica del reato» o «tipicità di contesto» [206], quale alternativa rispetto alla tradizionale tipizzazione a carattere '*astratto*' e '*statico*'. In effetti, riconoscere la necessità *strutturale* di ricorrere a indicatori nella formulazione della norma penale significa «ammettere, altrettanto francamente, che tale funzione non può esser svolta da elementi costitutivi in senso statico e, per così dire, classico ed invece può esserlo adeguatamente dall'indicatore, *elemento di tipicità dinamica*» [207].

Occorre a questo punto verificare *se e in che limiti* l'adozione di definizioni 'operazionali' nei termini qui intesi sia una tecnica legislativa compatibile con i principî fondamentali in materia penale che attengono alla formulazione del reato 'per tipi'.

A tal fine, muoviamo dalle censure sollevate contro il modello legislativo di riferimento *ex* art. 603-*bis* c.p., rispetto al quale sono state già avanzate alcune riflessioni da parte della giurisprudenza [208]. Come già accennato, la

---

person's family relationships, and any mental or physical illness) which may make the person more vulnerable than other persons; (b) to any work or services provided by the person, including work or services provided in circumstances which constitute exploitation within section 3(3) to (6)». Cfr. *supra*, § 1., nota 11.

[205] Cfr. K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, cit., p. 110, che utilizza la locuzione "riduzione teleologica" per intendere l'interpretazione che "riduce" la portata semantica del testo legislativo, limitandone il significato in base allo scopo della norma o al contesto della legge, su cui v. *supra*, Cap. I, note 77-78.

[206] Sul punto A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, spec. p. 59 ss. L'A. parla di "tipizzazione dinamica del reato" o di "tipicità di contesto" in relazione alla necessità di riferirsi a parametri di valutazione che non possono essere scolpiti in astratto e staticamente, ma impongono uno sforzo legislativo di adattamento al contesto fattuale. Solo il contesto, infatti, può esprimere il disvalore tipico e, correlativamente, "la ragion d'essere" dell'intervento penale.

[207] Nei termini di «*Tatbestandsmerkmale* vs.*Tatbestandsindikatoren*», così A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 56.

[208] La giurisprudenza di legittimità è di recente intervenuta sul presunto *deficit* di precisione

Cassazione, decidendo di non sottoporre alla Consulta una questione di legittimità costituzionale, *ex* art. 25, comma 2, Cost., sugli indici di sfruttamento, ha argomentato che, non trattandosi di per sé di elementi descrittivi o normativi extra-giuridici integrativi del precetto, gli indici non sono oggetto diretto del giudizio di precisione e determinatezza (o provabilità), né di tassatività, eppure contribuiscono a dare *indiretta attuazione a questi principi*[209]. Occorre però circostanziare meglio la portata sistemica di questa affermazione di principio, alla luce di quanto sostenuto nella presente trattazione.

Secondo quanto osservato in sede introduttiva, l'espressione di un Tipo criminoso omogeneo consente di *ridurre* i significati attribuibili ad un concetto all'interno di una precisa e determinata cornice di senso, insuscettibile di analogia in *malam partem*.

Gli indici di tipicità, esprimendo in modo *univoco* il disvalore di contesto del concetto disposizionale di riferimento, dovrebbero quindi *indirettamente* soddisfare i principî di precisione, determinatezza e tassatività.

È chiaro che si tratta di una funzione che possono svolgere solo *indirettamente*, per via della peculiare struttura della definizione 'operazionale'; in tal senso, non sono oggetto di giudizio di costituzionalità *di per sé,* ma lo sono in relazione al concetto disposizionale cui sono associati.

A ben vedere, ciò non implica che gli indici di tipicità siano *insuscettibili* di sindacato di costituzionalità, nella misura in cui il giudizio concerne la conformità al principio di legalità sostanziale dell'elemento valutativo a struttura disposizionale che essi sono chiamati *lato sensu* a definire.

---

e determinatezza dei suddetti indici, non ritenendo di dover portare all'attenzione della Consulta le questioni sollevate in relazione alla loro "genericità", in quanto, non integrando – di per sé – elementi costitutivi del fatto tipico, non sarebbero comunque oggetto "diretto" del giudizio di costituzionalità, cfr. Cass., sez. IV, 30 novembre 2022, n. 9473, cit., con nota di F. VITARELLI, su cui *supra*, già § 3.3.

[209] Così Cass., sez. IV, 30 novembre 2022, n. 9473, cit., con nota di F. VITARELLI, cit. Cfr. sul punto in dottrina già A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto*, cit., p. 34, «gli indici di sfruttamento, in quanto non sono di per sé elementi costitutivi del fatto, non possono essere oggetto diretto del giudizio di determinatezza»; mentre secondo S. FIORE, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., p. 142, «la natura integrata di questa tecnica di tipizzazione non la sottrae comunque ai vincoli che derivano dal suo essere funzionale all'attuazione del *nullum crimen*, per cui, coerentemente con questo orizzonte teleologico, gli indici utilizzati, come si accennava, devono essere non solo empiricamente attendibili, ma risultare essi stessi esenti da difetti di precisione, evitando in particolare che la loro applicazione sia a propria volta condizionata da valutazioni».

Ciò considerato, riteniamo che la tecnica di tipizzazione '*dinamica*' e '*integrata*' attraverso definizioni 'operazionali' sia astrattamente compatibile con il nostro sistema penale costituzionale (e convenzionale), in particolare:

(a) con il principio di precisione, che gli indici di tipicità indirettamente soddisfano *riempiendo* di significato descrittivo e (soprattutto) valutativo il concetto di riferimento, altrimenti *insuscettibile di definizione 'ontologica'* [210];
(b) con il principio di determinatezza, inteso come attenzione del legislatore al rapporto *tra il concetto e la sua provabilità nel processo*, che la struttura della definizione 'operazionale' sembra proprio riportare *in auge*;
(c) con il principio di tassatività, nella misura in cui l'individuazione *ex ante* della cornice di senso all'interno della quale interpretare la fattispecie crea una '*barriera tipologica*' [211] che, scongiurando la tendenza alla manipolazione processuale del Tipo criminoso, dovrebbe anche arginare i tentativi di analogia *in malam partem*;
(d) con il principio di prevedibilità convenzionale *ex* art. 7 CEDU, in quanto la tecnica per indici di tipicità consente anche ai consociati di rappresentarsi *ex ante* il disvalore del reato coerentemente anche con il principio di «legalità effettuale» [212], così declinato dalla Corte Edu.

Come già sottolineato, secondo il modello continentale di scrittura della norma penale 'per tipi', la fattispecie contiene una narrazione, da cui

---

[210] In questo senso anche S. Fiore, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, cit., p. 142; A. di Martino, *Tipicità di contesto*, cit., p. 32 s.

[211] Si richiamano le riflessioni precedentemente volte sulla differenza tra interpretazione (non solo restrittiva, ma anche estensiva) all'interno del Tipo criminoso legale e analogia in *malam partem*. Mentre nel primo caso si mira a *precisare* il Tipo, nel secondo caso si mira a *trascenderlo.* Riprendendo l'icastica immagine offerta da Palazzo, l'analogia "spezza il Tipo", sciogliendolo in un *continuum* che è l'esatto contrario della formulazione tipologica dell'illecito penale. In altri termini, finché si resta all'interno del Tipo espresso dal testo legislativo, non si può parlare di analogia, in quanto l'operazione consiste nel riportare nella cornice della fattispecie fatti 'analoghi' in quanto riconducibili allo stesso nucleo di disvalore omogeneo che emerge dal testo. L'analogia, invece, estende la disciplina legislativa ad un Tipo caratterizzato da similitudini naturalistiche, ma *valutativamente* eterogeneo. Cfr. F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema*, cit., p. 353, ma v. anche già la distinzione tra interpretazione *secundum legem* e interpretazione *contra* o *praeter legem* in V. Krey, *Studien zun zum Gesetzsvorbehalt im Strafrecht. Eine Einfuhrung in die Problematik des Analogieverbots*, Berlin, 1977, p. 127 ss.; nonché la distinzione tra analogia, "riduzione teleologica" e "estensione telelologica" operata da K. Larenz, in K. Larenz-C. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, cit., p. 206 ss., su cui v. *supra*, Cap. I, § 3.

[212] L'espressione è di A. di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, cit., p. 91 ss.

dovrebbe emergere un *nucleo essenziale di significato*, ed è quest'ultimo, in ossequio al principio di tipicità, a essere sottoposto agli obblighi 'contenutistici' di legalità sostanziale. Ebbene, gli indici di tipicità, in quanto strumenti funzionali a esprimere il *disvalore di contesto,* si inseriscono proprio nella 'dinamica' interazione tra fattispecie e Tipo.

Assunta tale chiave di lettura, ritorniamo sugli indici di sfruttamento 'sospettati' di incostituzionalità:

(aa) Quanto alla «reiterata corresponsione di retribuzioni in modo *palesemente* difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali", si è già osservato che tale 'soglia' di rilevanza penale si fonda sull'inadeguatezza della retribuzione erogata e diventa indice di sfruttamento quando appare evidente e riscontrabile lo scostamento tra la retribuzione effettiva corrisposta ai lavoratori in stato di bisogno e il *quantum* previsto dagli accordi assunti con le organizzazioni sindacali *più rappresentative* a livello nazionale [213]. Inoltre, può assurgere a indice di sfruttamento anche la retribuzione sproporzionata rispetto «alla quantità e qualità del lavoro prestato» quando, sebbene formalmente conforme ai contratti collettivi, non sia idonea ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa al lavoratore e alla sua famiglia (in diretta attuazione del principio costituzionale dell'art. 36 Cost., che la norma mira a tutelare) [214]. È chiaro dalla formulazione testuale del suddetto indice che la valutazione della *proporzionalità* della retribuzione non potrà che essere oggetto del libero apprezzamento in via interpretativa [215]. Del resto, come già

[213] Sulle critiche alla formulazione dell'art. 603-*bis*, comma 3, n. 1, c.p., cfr. già *supra*, nota 37.

[214] Così Cass., sez. IV, 5 dicembre 2023, n. 2573, cit., § 17.

[215] Sul difetto di determinatezza che potrebbe comportare l'utilizzo dell'art. 36 Cost. come parametro per valutare la retribuzione sproporzionata, A. DI MARTINO, *Questioni di legittimità costituzionale sul reato di sfruttamento lavorativo: punti e contrappunti*, cit., p. 29, secondo il quale, peraltro, solo in assenza di contratto collettivo di riferimento potrebbe operare questo parametro; v. anche A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, cit., p. 78, il quale evidenzia che nei casi che finora oggetto di vaglio giudiziale la misura della retribuzione era così evidentemente al di sotto dei minimi convenzionali da giustificare il conio dell'espressione «sopraffazione retributiva». Cfr. la proposta dell'AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 760, in cui si suggerisce di specificare che la retribuzione deve essere "manifestamente" sproporzionata. Peraltro, nella stessa sede si è suggerito di inserire tra gli indici di sfruttamento anche la manifesta sproporzione tra la remunerazione percepita dal lavoratore reclutato e gli utili conseguiti nell'esercizio in cui è stata svolta la prestazione, come criterio che «potrebbe completare l'orizzonte valutativo del giudice, consentendogli così di accertare lo sfruttamento tenendo anche conto di profili strettamente economici».

evidenziato, nulla esclude che gli indicatori possano essere di per sé parametri elastici, nella misura in cui rispondano comunque alla logica della definizione 'condizionale' del concetto di riferimento, costruita a seguito del *confronto con l'elaborazione empirico-sociologica*.

(bb) Quanto alla «sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro», abbiamo osservato che la sua natura di indice di sfruttamento aveva destato inizialmente qualche timore di eccessiva penalizzazione dei comportamenti assunti in violazione della normativa lavoristica [216]. È vero che, come emerge già dalla lettura dei lavori parlamentari, una simile eventualità sarebbe comunque scongiurata dalla necessaria distinzione tra indici ed elementi costitutivi [217]; nondimeno, ai fini di una maggiore precisione e determinatezza della definizione operazionale sarebbe forse stato meglio specificare, anche in questo caso, che, per l'integrazione delle condizioni di sfruttamento, le violazioni devono essere "reiterate", così come esplicitato negli indici n. 1 e 2 [218].

Complessivamente, comunque, si condivide l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, la quale di recente ha riconosciuto (con riferimento al caso di specie, ma con portata sistematico-ermeneutica generale) come gli indici forniscano una *cornice sintattica e semantica* alla fatti-specie incriminatrice, esprimendo, possiamo dire, in modo univoco, proprio il disvalore di contesto delle condizioni di sfruttamento [219]. Ciò è tanto vero

---

[216] Cfr. sulle critiche alla formulazione dell'art. 603-*bis*, comma 3, n. 3, c.p., già *supra*, nota 38.

[217] Riportiamo nuovamente l'estratto: «Non confondiamo le cose. Per dirla in maniera brutale, se mi permettete, a volte si sente in queste ore anche un'argomentazione un po' semplificatoria, del tipo che si rischia che un'impresa con un lavoratore senza le scarpe infortunistiche rischia addirittura il reato di caporalato: no. Quello è un indice. Il magistrato valuterà nel complesso della contestazione del reato di cui sopra, articolo 603-*bis*, primo comma, numeri 1) e 2), se ci sono anche quegli elementi, ma non si rovescia la situazione», cit. già *supra*, nota 26.

[218] Gli indici di cui all'art. 603-*bis*, comma 3, n. 1 e 2, c.p. si riferiscono, rispettivamente alla «*1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato*» e alla «*2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie*». Abbiamo già fatto riferimento alla proposta dell'AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 760, in cui si suggerisce di aggiungere che le violazioni devono essere "reiterate" anche nella formulazione dell'indice di cui al comma 3, n. 3.

[219] Cfr. Cass., sez. IV, 5 dicembre 2023, n. 2573, cit., § 4, in cui la Corte rileva che: «ai fini

che, per quanto la norma abbia avuto e continui ad avere nella prassi un ambito di operatività molto più ampio rispetto al fenomeno che il legislatore mirava a reprimere al tempo della sua introduzione, l'interpretazione estensiva è rimasta coerente con il Tipo criminoso legale.

Più in generale, possiamo allora affermare che l'esigenza di legalità sostanziale è soddisfatta se il contenuto degli indicatori è in grado di esprimere un *disvalore di contesto omogeneo*; risultato che può essere raggiunto solo mediante un approccio 'integrato' [220] da parametri *empirico-sociologici* associabili al concetto disposizionale di riferimento.

In definitiva, la formulazione '*dinamica*' e '*integrata*' dell'incriminazione non risulta in contrasto con il principio di legalità e i suoi corollari, ma anzi consente, sia pure *indirettamente*, di soddisfarli.

Il legislatore fornisce, infatti, al giudice e – ancora prima – all'accusa, non meri criteri di orientamento probatorio, esemplificativi delle circostanze di fatto riconducibili alla fattispecie astratta, ma *strumenti interpretativi* funzionali a ricostruire il *disvalore di contesto*, in modo da evitare che sia l'interprete portato a elaborarli, con esiti imprevedibili per i soggetti coinvolti [221].

In mancanza di tali riferimenti, il Tipo criminoso resta semanticamente aperto all'accoglimento di tutti i significati che al concetto di riferimento possono essere attribuiti. Il giudice è quindi portato a ricostruirlo *ex post,* in base al materiale probatorio e alle massime di esperienza che di volta in volta emergono o sono valorizzate nella dinamica processuale, tratte da *pregiudiziali*

---

della configurabilità del reato di cui all'articolo 603-*bis* del Cp, i vari indicatori delle condizioni di sfruttamento del lavoro elencati nei numeri da 1 a 4 della disposizione disegnano complessivamente il perimetro della nozione di sfruttamento del lavoro e in quanto tali partecipano alla specificazione dell'oggettività materiale e giuridica nonché del dolo della fattispecie, svolgendo di conseguenza anche una funzione di agevolazione probatoria e di criteri guida per l'interprete».

[220] M. Donini, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, cit., riprendendo la teoria di F. von Liszt, *An Unsere Leser*, cit., pp. 1-3. In particolare, l'A. evidenzia che: «se la legge regola ambiti sociali o della realtà (…) la cui stessa disciplina impone la conoscenza tecnica di settori scientifici o normative extra-penali, il Parlamento dovrà attrezzarsi per costruire prima, e il penalista per impiegare poi, le sue 'competenze', tenendo conto delle conoscenze dei settori tecnici di riferimento. In caso contrario sarà impossibile una disciplina razionale o adatta allo scopo» (*ivi*, p. 34). In questa prospettiva, ha ancora un valore prospettare il carattere integrato delle discipline penalistiche, che pure si rivelò da subito problematico; si tratta di «acquisire dal punto di vista privilegiato e primario del discorso normativo le conoscenze di fatto che la costruzione e l'applicazione delle norme richiedono» attraverso analisi di settore, storiche, comparate, sociologiche, statistiche, criminologiche, epistemologiche, filosofiche, politico-criminali, a seconda della necessità (*ivi*, p. 39).

[221] Sul punto v. *supra*, le conclusioni di cui al Cap. II, § 5.

socio-criminologiche o da fonti extra-penali discrezionalmente assunte dall'interprete a fondamento della sua cognizione. Si verifica così quella distorsione, a più riprese evocata nella presente indagine, nota come "*processualizzazione del fatto tipico*", che mette a dura prova la tenuta dei principî fondamentali in materia penale.

Quanto al sotteso rischio di lesione del principio fondamentale in materia processuale del libero convincimento [222], abbiamo constatato (e ribadiamo) che, non essendo le 'massime di esperienza qualificate' compendiate negli indici – di per sé – elementi costitutivi, non innescano meccanismi presuntivi. Sul punto, la stessa Cassazione, in riferimento agli indici di sfruttamento, conferma che non si tratta di una questione di prove, presunzioni legali e di libero convincimento [223], bensì di fornire al giudice gli strumenti interpretativi per riconoscere un concetto non descrivibile in astratto.

Vero è che la selezione *ex ante* di una serie limitata di significati da associare ad un dato elemento costitutivo della fattispecie crea un vincolo, ma, d'altronde, la stessa funzione viene assolta dalle definizioni legislative tradizionalmente intese [224]; nel caso in cui non sia percorribile la via della definizione 'ontologica', è possibile ricorrere alla definizione 'operazionale', attraverso massime di esperienza 'qualificate' trasposte dal piano probatorio al piano della tipicità.

All'interno di questa cornice, il giudice potrà esercitare il proprio libero convincimento [225] in merito alla sussistenza o meno, nel caso concreto, degli

---

[222] Cfr. S. Fiore, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, p. 138 ss.

[223] Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615, cit., p. 11.

[224] Cfr. le osservazioni dell'AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 760, in cui, in riferimento agli indici di sfruttamento *ex* art. 603-*bis*, comma 3, c.p., si suggerisce, al fine di chiarire la "funzione interpretativa" e di segnarne la differenza con le norme definitorie, di esplicitare che il destinatario primario di questa norma è il giudice, tenuto ad applicare questi indici/indicatori, nello svolgimento di un'attività che ha natura di "discrezionalità tecnica vincolata dalla legge"; si osserva, peraltro, che siffatta norma *inverte* l'assunto della nostra tradizione secondo cui le norme si rivolgono ai destinatari del precetto e solo indirettamente agli interpreti (v. già *supra*, nota 135).

[225] Così P. Ferrua, *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale. tra vecchie e nuove esperienze*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 63, ma v. anche le riflessioni di M. Nobili, *Storie d'una illustre formula: il «libero convincimento» negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 92, «penso – su questa stessa linea – che il "convincimento libero" del giudice, quanto di benefico doveva partorire, già lo diede negli anni tra Voltaire e Carrara. Da allora, è stato solo un calvario, una tribolazione di storpiature, equivoci, concetti e categorie manipolate, ambiguità di linguaggio, compresi i "trent'anni" e il decennio

indici che il legislatore utilizza per esprimere il disvalore di contesto. In tal modo, si favorisce anche una maggiore *controllabilità della motivazione* della decisione giudiziaria e, più ampiamente, la possibilità di verificare, in base ai parametri di riferimento, *l'effettività delle scelte di politica legislativa*[226].

In ultima analisi, si ritiene che, al ricorrere delle precise condizioni illustrate nella presente indagine, la formalizzazione di indici di tipicità sia una scelta preferibile rispetto ad una tecnica 'astratta' e 'statica' di elaborazione del *Tatbestand*, cui si rimane ancorati anche a costo di affidare al processo un «elemento descrittivo debole»[227] senza fornire alcuna guida applicativa, lasciando così la fattispecie navigare in balìa della prassi, a partire dagli orientamenti assunti dagli organi investigativi e inquirenti.

ultimo. Non foss'altro, per normali necessità d'igiene lessicale sarebbe tempo d'abbandonarlo, nel senso di parlarne, ammirati, come – ammirati – parliamo di Leopardi o del Rinascimento».

[226] Sul tema si rinvia a C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

[227] In questi termini S. Fiore, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, cit., p. 142 e similmente A. di Martino, *Tipicità di contesto*, cit., p. 33.

Considerazioni conclusive

VERSO UN MODELLO DI TIPICITÀ 'DINAMICA' E 'INTEGRATA'?

Come anticipato nelle considerazioni introduttive, posto che l'attività interpretativa comporta fisiologicamente l'interazione tra testo e contesto nel processo di 'avvicinamento' (*i.e.* sussunzione) del fatto concreto nella fattispecie astratta [1], il presente studio ha inteso focalizzarsi sulle situazioni in cui il contesto assume *strutturalmente* un ruolo determinante come fattore potenzialmente 'criminogenetico', assumendo così un *valore costitutivo* nella 'definizione' della rilevanza penale di comportamenti che possono di per sé anche apparire come 'neutri'.

Avviandoci alle conclusioni, ripercorreremo brevemente i passaggi principali dell'indagine, che hanno condotto a tratteggiare i lineamenti paradigmatici del *disvalore di contesto* come nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto [ds(Cs)].

In prima battuta, l'adozione di un metodo di indagine induttivo ha comportato la selezione e l'analisi di alcuni casi di studio nei quali la giurisprudenza di legittimità ha elaborato indici tratti dal materiale probatorio e/o da massime di esperienza, funzionali a (ri-)costruire – necessariamente *ex post* – i confini del Tipo criminoso delle fattispecie in esame.

Ci riferiamo, in particolare:

(a) all'elaborazione di "indici di fraudolenza" associabili al concetto di distrazione, funzionali a ricostruire il disvalore tipico della bancarotta fraudolenta prefallimentare, specialmente a fronte della difficile distinzione tra rischio penale e rischio di impresa. In questo caso, la Cassazione ha attinto da massime di esperienza per ricavare indicatori inerenti a elementi oggettivi e soggettivi del Tipo, attraverso i quali si tenta di ricondurre l'attività interpretativa del giudice entro binari più definiti;

---

[1] Cfr. W. Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 74; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 525.

(b) all'elaborazione di "indici di manipolazione" associabili al concetto di "altri artifizi", che connotano di disvalore la manipolazione del mercato di cui all'art. 185 T.U.F., segnatamente nelle ipotesi di condotte di per sé lecite che si 'colorano' di illiceità nel contesto in cui vengono commesse. In questo caso, per elaborare gli indicatori la Cassazione ha attinto dalle indicazioni fornite dalla Consob sulle principali prassi manipolative;

(c1) all'elaborazione di "indici di mafiosità" associabili al concetto di partecipazione punibile e funzionali a ricostruire la tipicità plurisoggettiva del fatto associativo (e a delimitarne i confini con il concorso esterno). In questo caso, la Cassazione, attingendo da pregiudiziali socio criminologiche entrate nel processo come massime di esperienza, ha operato una distinzione, con una pronuncia a Sezioni Unite, tra indici probatori e indici "che si elevano a elementi costitutivi della fattispecie";

(c2) all'elaborazione di "indici di mafiosità" associabili ai concetti di "assoggettamento" e "omertà". In questo caso la Cassazione ha elaborato indici tesi a 'segnalare' la manifestazione esterna dell'effettivo esercizio della forza di intimidazione da parte dell'associazione, in quanto la carenza di descrittività in astratto di tali concetti rende necessario fare riferimento al contesto per riempire di contenuto la nozione di metodo mafioso.

In sintesi, dalla prammatica giurisprudenziale è emerso certamente un apprezzabile sforzo di stabilizzazione dell'interpretazione attraverso indici con funzione *lato sensu* definitoria. Si tratta, tuttavia, di un percorso che incontra limiti significativi, nella misura in cui affidarsi solo al processo senza alcuna regolamentazione in astratto comporta il rischio di *indebite commistioni* tra tipicità e prova[2].

Sebbene la Cassazione li consideri meri "ausili interpretativi" di supporto al giudice per riconoscere in concreto gli elementi costitutivi della fattispecie tipica, l'analisi condotta ha inteso, infatti, dimostrare la loro reale funzione 'costitutiva' e conformativa – necessariamente *ex post* – del Tipo criminoso alla luce del disvalore di contesto, con *effetti distorsivi* sulla definizione della stessa fattispecie astratta.

Con l'obiettivo di scongiurare un simile esito, il presente studio ha inteso approfondire i problemi che si pongono sul versante delle tecniche di redazione della norma penale, a partire dalla considerazione secondo cui il

[2] Cfr. *supra*, le conclusioni di cui al Cap. II, § 5. e al Cap. III, § 6.

«creazionismo giurisprudenziale»[3] si rivela spesso essere semplicemente la conseguenza dell'inadeguatezza del metodo tradizionale di scrittura della norma penale a esprimere *ex ante* un *Tipo criminoso omogeneo*.

Muovendo dalla 'prammatica' alla 'paradigmatica', l'indagine è proseguita, attraverso una chiave di lettura epistemologica, riconducendo i concetti esaminati nei 'casi clinici' alla categoria logico-filosofica dei c.d. concetti disposizionali (*Dispositionsbegriff*), non definibili mediante 'congiunzione di proprietà' ma solo mediante definizioni 'operazionali' composte da indicatori esterni tratti dal contesto.

Richiamando la teoria del modello a due livelli (*Zwei Stufe Modell*) sulla struttura dei concetti disposizionali, tradizionalmente oggetto di studio in riferimento all'istituto del dolo, e mettendola in relazione alla formulazione delle fattispecie penali selezionate nei casi di studio, si è trovata conferma della doppia funzione – non solo probatoria ma anche 'costitutiva' – che il dato contestuale può assumere nel sistema penale.

L'elaborazione di uno statuto teorico del disvalore di contesto nella formulazione del reato si è fondata, quindi, sulla distinzione tra:

(a) *indici probatori*, che, assumendo meramente una valenza a livello di accertamento processuale, si prestano costituire un catalogo aperto suscettibile di aumento o riduzione in base alle circostanze del caso concreto;
(b) *indici di tipicità*, che, assumendo invece una funzione 'costitutiva', dovrebbero essere codificati dal legislatore come catalogo esaustivo.

Acquisito che i concetti disposizionali non sono definibili 'ontologicamente', ma possono essere riempiti di significato, descrittivo e valutativo, solo attraverso definizioni 'operazionali' articolate in *indici di tipicità,* in mancanza di una loro formalizzazione legislativa l'elaborazione in sede applicativa degli stessi si manifesta come una conseguenza inevitabile.

In questo senso, abbiamo evidenziato che la particolare connotazione semantica dei concetti disposizionali dovrebbe condurre all'adozione, già in fase di redazione della fattispecie astratta, di definizioni 'operazionali', in quanto le definizioni 'ontologiche', che caratterizzano tradizionalmente il modello di scrittura della norma 'astratto' e 'statico' proprio dei sistemi

[3] L'espressione, come detto, è di L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, cit., spec. pp. 23-44. Cfr. anche più di recente Id., *Giustizia e politica*, *Crisi e rifondazione del garantismo penale*, cit., p. 175 ss. e le relative riflessioni di N. Zanon, *Presupposti e garanzie per la riduzione dell'arbitrio giudiziario A margine di alcune pagine di "Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale" di Luigi Ferrajoli*, cit., p. 4 ss.

continentali, non sono *strutturalmente* in grado di dare rilievo al disvalore di contesto, inteso come *nuovo nucleo di disvalore orientato sul Fatto* [ds(Cs)].

Al fine di elaborare uno statuto teorico del disvalore di contesto nella formulazione del reato, abbiamo ricondotto la categoria logico-filosofica dei concetti disposizionali nell'ambito del materiale linguistico della fattispecie, inquadrandoli nella categoria penalistica dei *Wertbegriffe*, quali elementi valutativi attinenti a componenti oggettive o soggettive del Tipo, 'definibili' solo attraverso parametri esterni a carattere *fenomenico-sociale*.

L'indagine è proseguita esaminando alcuni modelli legislativi adottati in ambito nazionale, internazionale ed europeo, alla ricerca di esempi già esistenti di definizioni 'operazionali' nei termini qui intesi, al fine di verificare se, come ipotizzato, siano comunque riconducibili alla costruzione della fattispecie 'per tipi' di matrice continentale o se siano piuttosto assimilabili alle *linee guida prettamente orientate al processo* riscontrabili nella *Statutorification* di matrice anglosassone.

Ebbene, *de iure condito,* abbiamo assimilato alla logica della definizione 'operazionale' i c.d. 'elementi di contesto'[4], rintracciabili tradizionalmente nello Statuto di Roma, e, più di recente, anche nel nostro ordinamento, *ex* art. 603-*bis*, comma 3, c.p., *i.e.* l'elemento internazionalistico dei crimini internazionali e le condizioni di sfruttamento lavorativo. In queste ipotesi, il legislatore ha elaborato *ex ante*, rispettivamente, gli "indici di sfruttamento" e gli "*Elements of Crimes*", la cui funzione, alla luce di quanto emerso nel presente lavoro, è di ricostruire sul piano descrittivo e (soprattutto) valutativo i concetti di riferimento.

Peraltro, è possibile rinvenire ulteriori modelli ancora in fase di attuazione che appaiono rispondere alla medesima *ratio*, ossia le "soglie di punibilità qualitative" dei delitti ambientali contenute all'art. 3, par. 6 della Direttiva europea n. 1203/24, quali referenti empirico/descrittivi della rilevanza del danno o del pericolo ambientale, nonché l'art. 590-*septies* c.p. formulato, *de iure condendo*, nel progetto di legge sulla colpa medica, in cui la misura oggettiva della colpa emerge attraverso "indici di colpa medica".

D'altro canto, il fatto che 'tracce' di disvalore di contesto si possano già rilevare in alcune isolate ipotesi di parte speciale presenti nell'ordinamento nazionale, internazionale ed europeo, non significa che la formulazione di definizioni 'operazionali' sia destinata a rimanere circoscritta.

---

[4] Per un'analisi degli 'elementi di contesto' rintracciabili nei modelli legislativi di riferimento, rispettivamente, A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 8 ss. e ID., *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, p. 1 ss.

Anzi, proprio a partire dall'analisi dei casi di studio giurisprudenziali, si è osservato che tale esigenza si manifesta ogniqualvolta vi sia una *incapacità strutturale* del metodo tradizionale di scrittura della norma penale – 'astratto' e 'statico' – di riempire di significato descrittivo e (soprattutto) valutativo, concetti non suscettibili di descrizione '*ontologica*', *i.e.* concetti 'disposizionali'.

Sicché i modelli legislativi selezionati sono stati funzionali a tratteggiare, in prospettiva sistemica, i *lineamenti paradigmatici* del disvalore di contesto nella formulazione del reato.

Riassumendone i passaggi fondamentali:

(a) Il disvalore di contesto viene espresso mediante gli indici di tipicità, caratterizzati da una natura *ibrida*: non sono di per sé elementi costitutivi della fattispecie, ma non possono neppure essere considerati mere *linee guida prettamente orientate al processo,* così come le esemplificazioni che si ritrovano nella *Statutorification* di matrice anglosassone. Si tratta di *strumenti interpretativi* che forniscono una definizione 'operazionale' del concetto valutativo a struttura disposizionale cui sono associati, esprimendone *in modo esaustivo* la dimensione tipologica. Quanto alla loro operatività in concreto, il giudice dovrà valutare di volta in volta il grado di 'significatività' della situazione descritta dal singolo indicatore e in considerazione di ciò stabilire se uno o più indicatori siano idonei a dimostrare l'integrazione dell'elemento tipico.

(b) Il metodo da utilizzare per la formulazione di definizioni 'operazionali' nella fattispecie penale impone necessariamente il confronto con *fonti empirico-sociologiche* dalle quali è possibile ricavare gli 'indicatori'. L'indicatore (o meglio, un complesso di indicatori aggregati, ossia l'indice) è uno strumento misurabile e osservabile che serve a *definire un concetto in modo operativo*, mediante, appunto, 'operazionalizzazioni' del concetto stesso. Gli indici sono quindi parametri 'obiettivamente' associabili al concetto valutativo di riferimento secondo i metri delle scienze empirico-sociologiche, utilizzabili in ambito penale come *'massime di esperienza qualificate'*, trasposte dal piano probatorio al piano della tipicità, al fine di esprimere il disvalore di contesto.

(c) Vagliando poi le caratteristiche delle definizioni 'operazionali' alla luce della cornice costituzionale (e convenzionale), si è ritenuto che la tecnica '*dinamica'* e '*integrata'* dell'incriminazione non risulti in contrasto con il principio di legalità e i suoi corollari legati alla tipizzazione della fattispecie, ma anzi consenta *indirettamente* di soddisfarli, nella misura in cui gli indici forniscono *cornice sintattica e semantica* alla fattispecie

incriminatrice esprimendo un *disvalore di contesto omogeneo*; in questo modo il giudice non sarà chiamato a (ri-)costruirlo *ex post*, con esiti imprevedibili per i soggetti coinvolti. Quanto poi al sotteso rischio di lesione del principio fondamentale in materia processuale del libero convincimento, non essendo gli indici – di per sé – elementi costitutivi, non innescano alcun meccanismo presuntivo: la loro formalizzazione si traduce, piuttosto, in una selezione *ex ante* delle 'massime di esperienza qualificate' in base alle quali il giudice può esercitare liberamente il proprio convincimento nel processo di sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta.

All'esito complessivo della disamina è possibile confermare che le definizioni 'operazionali' rispondono comunque alla logica 'continentale' della costruzione della fattispecie 'per tipi', sebbene in questo caso il metodo di tipizzazione non sia 'astratto' e 'statico', ma *'dinamico' e 'integrato'*.

Se tali strumenti sono previsti per legge, il riconoscimento del disvalore di contesto è *guidato* attraverso una cornice di significato entro la quale deve muoversi l'apprezzamento del giudice; se, invece, come si è osservato nell'analisi dei casi di studio, manca una formalizzazione *ex ante* degli indici, la sua (ri-)costruzione è rimessa esclusivamente all'apprezzamento del giudice, sulla base degli elementi disponibili nel processo.

La questione cruciale sta, dunque, ancora una volta, nel chi decide "dove passa il confine" tra lecito e illecito[5].

Ebbene, si è già evidenziato come il presente studio sia mosso dall'intento di rivalutare il ruolo della scienza della legislazione nell'acquisizione di nuovi metodi di scrittura della norma 'per tipi'.

Nella prospettiva di implementare una politica-criminale che guardi anche al processo[6], ci siamo soffermati sulle interazioni tra fattispecie

[5] Cfr. *supra*, Cap. I, § 5., parafrasando M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit.

[6] La prospettiva di ricerca non è nuova, v. S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., p. 143, che riporta una interessante – e parzialmente differente – linea di sviluppo del discorso relativo alla reciproca interferenza tra tecniche e funzioni di tipizzazione e criteri probatori veniva già indicata da Massimo Nobili. In particolare, è quella che si fonda sulla indicazione normativa del *metodo di accertamento* di un certo elemento tipico, traducendosi nella vincolante predeterminazione del "come accertare" (cioè, con quali strumenti) la sussistenza di quel dato elemento. L'esistenza o meno di un vincolo legislativo per quel che riguarda il metodo e gli strumenti da utilizzare per l'accertamento di un determinato elemento tipico non è infatti questione che attiene al solo versante probatorio: non vi è alcun dubbio che il tipo di mezzo conoscitivo che è possibile o addirittura obbligatorio utilizzare per l'accertamento di un dato elemento è in grado di modificare i confini non solo 'concreti' ma anche 'astratti' dell'area tipica. In questo senso, la funzione descrittiva del tipo può essere realizzata sia lavorando su elementi e

sostanziali e dinamiche probatorie nei casi in cui il contesto assume *strutturalmente* un ruolo 'ordinatorio' al pari (e in aggiunta al)la fattispecie astratta.

Siamo così giunti a proporre un metodo *dinamico* e *integrato* di elaborazione della norma penale, che preveda, sin dalla fase di genesi legislativa dell'incriminazione, la formulazione di definizioni 'operazionali' attraverso indici di tipicità tratti da saperi extra-giuridici, funzionali a evitare l'esito distorsivo di delegare di fatto al giudice il delicato compito di individuare e selezionare l'ambientamento contestuale che assume rilevanza 'costitutiva' in presenza di concetti disposizionali.

Fazit. La presente disamina trova il suo naturale approdo in una riflessione *de iure condendo* sull'opportunità, anche in termini di politica criminale, di estendere la tecnica legislativa proposta ad ambiti ulteriori dell'ordinamento.

Del resto, come detto, tale metodo potrebbe essere adoperato non solo nei casi di studio qui esaminati, in cui la giurisprudenza ha finito, attraverso l'enucleazione degli indici sopra richiamati, con lo svolgere un ruolo di supplenza del legislatore, ma ogniqualvolta si presentino analoghe difficoltà di definizione 'ontologica', riconducibili alla struttura disposizionale dei concetti di riferimento.

A titolo esemplificativo, consideriamo:

(a) l'approfittamento dello stato di bisogno *ex* art. 603-*bis* c.p., che, come già evidenziato, costituisce, insieme alle condizioni di sfruttamento, il fulcro attorno al quale ruota il disvalore della fattispecie. Invero, rispetto al concetto di "stato di bisogno" in dottrina è stata proposta l'estensione della tecnica legislativa adoperata in relazione al concetto di condizioni di sfruttamento, attraverso una sua 'operazionalizzazione', nei termini qui

---

struttura delle fattispecie incriminatrici oppure tramite norme sulle prove e sulla loro valutazione mediante la predeterminazione delle regole sul valutare o anche dei mezzi di prova da esperire. Es. sullo stato di ebbrezza del conducente del veicolo, si dice che il metodo di accertamento indicato dalla legge andrebbe letto non come prova legale bensì come una tecnica di tipizzazione fondata non su basi empirico descrittive bensì sulla opzione di un determinato mezzo di accertamento e del metodo conoscitivo che la sua adozione implica: il convincimento del giudice è certo libero ma non dalla necessità di mantenersi all'interno del principio del *nullum crimen* e ciò vale anche se il confine di tipicità viene tracciato per via processuale. Cfr. M. Nobili, *Storie d'una illustre formula: il «libero convincimento» negli ultimi trent'anni*, cit., p. 89. Sul tema delle interazioni tra diritto sostanziale e processuale, v. anche i già citati contributi di A. Gargani, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie*, cit., p. 86 ss.; Id., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, cit., p. 103 ss.; G. De Francesco, *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, cit., p. 137.

adoperati[7]. In questa prospettiva, lo stato di bisogno – inteso come mancanza di mezzi di sussistenza come presupposto per soccombere ad un assoggettamento personale[8] – si può ritenere un "elemento di contesto"[9], il cui significato valutativo si presta a essere espresso secondo una logica disposizionale, tramite *indici di vulnerabilità*. In particolare, gli indici sarebbero funzionali a compendiare le cause di tale mancanza, individuabili in base alle fonti internazionali che ricostruiscono da un punto di vista empirico-criminologico le condizioni personali e sociali di vulnerabilità. Peraltro, la formalizzazione di questi elementi potrebbe contribuire anche alla definizione delle più gravi fattispecie di riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani (artt. 600 e 601 c.p.), in cui si fa riferimento all'approfittamento di una situazione di vulnerabilità quale elemento modale della condotta tipica, senza però ancorarla a parametri oggettivi/misurabili che consentano il suo riconoscimento in concreto[10].

---

[7] Sul tema A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 47. Ma v. più ampiamente ID., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, spec. p. 149 ss.

[8] Cfr. *supra*, Cap. IV, § 2.1 e spec. note 47 e 48.

[9] Così A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., pp. 14 e 31. La connessione fra bisogno (come mancanza di mezzi) e vulnerabilità sta in ciò, che le singole cause personali, economiche, sociali, di vulnerabilità possono determinare una condizione di bisogno, ma non sono di per sé rilevanti alla stregua della fattispecie tipica. Ad esempio, tra queste si potrebbe annoverare la condizione di irregolarità sul territorio, su cui v. *supra*, Cap. IV, nota 47.

[10] Cfr. *supra*, Cap. IV, § 2.1. e spec. nota 44, in cui si è fatto accenno alle fonti sovranazionali che definiscono la situazione di vulnerabilità, richiamata dai più gravi delitti di cui agli artt. 600 e 601 c.p., come la situazione in cui la persona non ha altra scelta effettiva e accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. Rispettivamente, ai sensi dell'art. 600, comma 2, c.p.: «La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o *approfittamento di una situazione di vulnerabilità*, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona»; ai sensi dell'art. 601, comma 1, c.p.: «è punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o *approfittamento di una situazione di vulnerabilità*, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi». Sul tema approfonditamente A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale*

(b) La repressione delle condotte antidiscriminatorie in ambito penale *ex* art. 604-*bis* c.p. e, segnatamente, il concetto di atto discriminatorio [11], la cui genericità ha portato autorevole dottrina a porre l'attenzione sulla necessità di circoscrivere il nucleo di disvalore della fattispecie in modo da delimitare il confine fra discriminazione e libera manifestazione del pensiero [12]. In questa prospettiva, alcuni autori hanno proposto una definizione dettagliata dell'atto discriminatorio [13] attraverso un elenco di condotte, tenendo conto

e orizzonti internazionali, cit., p. 14 ss. e spec. p. 42, in cui si evidenzia la necessità di ancorare a parametri oggettivi la nozione di stato di bisogno/condizione di vulnerabilità, attraverso la tecnica per indici.

[11] Cfr. A. di Martino, *Osservazioni sul d.d.l. "misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità"*, in *DisCrimen*, 5 ottobre 2021, p. 13, il quale osserva che il concetto di atti discriminatori, nel sistema giuridico, non è mai definito, se non dall'art. 15 Statuto dei Lavoratori, agli effetti di quella specifica disciplina, come qualsiasi (patto o) atto diretto a: «a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione…». Queste disposizioni (dunque: quelle che identificano specifici atti discriminatori) «si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali» (comma 2). Si noti che l'art. 38 dello Statuto, dedicato alle sanzioni penali, richiama il solo primo comma lettera a), quindi la definizione del secondo comma non vale agli effetti penali.

[12] Sul punto v. F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sist. pen.*, 11 gennaio 2021, p. 5 ss., in part. p. 7: «In terzo luogo, vengono in gioco gli «atti di discriminazione» previsti dalla lettera a) del primo comma dell'art. 604-*bis* c.p. ("commette atti discriminazione") e puniti con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa. Si tratta indubbiamente di previsione di grande impatto poiché destinata a criminalizzare ogni possibile atto discriminatorio che non costituisca altrimenti reato, da un licenziamento ingiustificato a un mancato riconoscimento della progressione in carriera: potenzialmente la genericità della previsione è in grado di coprire qualunque atto discriminatorio sia esso in sé già antigiuridico oppure no». (…) «Il nucleo di disvalore specifico di questi reati sta nella subcultura discriminatoria all'origine dell'aggressione, così come lo scopo finale politico-criminale di queste disposizioni consiste nello sradicamento di siffatti orientamenti culturali dal tessuto della società. Tutto ciò non può non implicare una sorta di fuga del diritto penale verso l'anticipazione della tutela fino alle soglie della pura manifestazione del pensiero»..

[13] Sulle proposte di definizione di atto discriminatorio tramite un elenco di condotte, v. A. Di Martino, *Osservazioni sul d.d.l. "misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità"*, cit., p. 20: «Costituisce atto discriminatorio la commissione di una o più delle seguenti condotte, quando direttamente fondate sui motivi [come sopra definiti]: 1) rifiutare la fornitura di beni o di servizi altrimenti svolta come attività imprenditoriale; 2)

della tecnica utilizzata nell'esperienza francese [14]; in alternativa, si è prospettata la formulazione di una clausola generale, in termini simili: «costituisce atto discriminatorio ogni atto che privi taluno dei diritti riconosciuti dalla legge" [15]. A parere di chi scrive, qualora si optasse per quest'ultima via, sarebbe opportuno elaborare una definizione 'operazionale', associando al concetto valutativo di riferimento una serie di indicatori del *contesto discriminatorio*, sulla scorta dei *bias indicators* formulati dall'OCSE [16], funzionali

ostacolare od impedire il normale esercizio di un'attività economica o professionale di qualunque tipo, o l'accesso a percorsi di formazione; 3) rifiutare di assumere, oppure licenziare un dipendente, o sanzionarlo; 4) subordinare la fornitura di beni o di servizi, il normale esercizio di un'attività economica o professionale di qualunque tipo, l'assunzione, il licenziamento o la sanzione di un dipendente, un'offerta di impiego, una domanda di stage o di periodo di formazione presso terzi, siano essi persone fisiche o enti collettivi pubblici o privati, al ricorrere di una condizione fondata sui motivi predetti»; nonché la proposta, anche in questo caso attraverso un elenco di condotte, di S. PRANDI, *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 208 ss.; sull'enumerazione tassativa di specifici comportamenti discriminatori v. anche A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa. Pubblica istigazione*, *discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 420 s.

[14] La tipizzazione attraverso un elenco di condotte è prevista dagli artt. 225-1 ss. del Codice penale francese, secondo cui, premesso che costituisce discriminazione, in termini generali, «qualsiasi distinzione operata tra le persone fisiche» in ragione anche dell'«identità di genere» e dell'«orientamento sessuale», si specifica nei successivi articoli quali condotte assumono rilievo in ambito penale. In particolare ai sensi dell'Art. 225-2 del Codice penale francese: «La discriminazione definita negli articoli da 225-1 a 225-1-2, commessa nei confronti di una persona fisica o giuridica, è punibile con la reclusione di tre anni e con la multa di 45.000 euro quando consista nel: 1) rifiutare la fornitura di beni o servizi; 2) ostacolare il normale esercizio di qualsiasi attività economica; 3) rifiutare di assumere, sanzionare o licenziare una persona; 4) subordinare la fornitura di beni o servizi a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsti dagli articoli 225-1-1 o 225– 1-2; 5) fare un'offerta di lavoro, una richiesta di tirocinio o un periodo di formazione in azienda subordinata a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsti dagli articoli 225-1-1 o 225 –1-2; 6) rifiutare di accettare una persona per uno dei tirocini di cui al 2 ° dell'articolo L. 412-8 del codice della sicurezza sociale». Sulla ricognizione, in prospettiva comparata, della tecnica francese, v. L. D'AMICO, *Le forme dell'odio. un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *Leg. pen.*, 17 giugno 2020, p. 33 ss.

[15] Sul punto A. DI MARTINO, *Osservazioni sul d.d.l. "misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità"*, cit., p. 20; cfr. anche L. EUSEBI, *Colant omnes quemque. tornare all'essenziale dopo il ddl Zan*, in *Jus*, 2, 2022, p. 287 ss.

[16] Si tratta dei c.d. "indicatori di pregiudizio", che a seguito di una puntuale lettura delle Linee guida dell'OSCE, consentono di verificare concretamente la presenza di crimini discriminatori. In particolare, per dimostrare l'appartenenza della vittima a una delle categorie protette, è necessario verificare se siano presenti "*markers*" del pregiudizio, internazionalmente conosciuti come

a riconoscere dal punto di vista socio-criminologico il crimine d'odio quale reato commesso nei confronti di una vittima individuata in ragione di determinate caratteristiche.

(c) Il delitto di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis* c.p. [17], rispetto al quale, come già osservato, la giurisprudenza, andando oltre il dato letterale, dà rilevanza all'elemento del consenso come costitutivo della fattispecie, equiparando per via interpretativa l'assenza di consenso alla costrizione. Considerato che parte della dottrina auspica l'introduzione di una fattispecie basata sul modello consensualistico di incriminazione dei delitti sessuali [18], in

"*bias indicators*". I *bias indicators* sono circostanze che consentono di concludere di essere in presenza di un crimine d'odio ossia di essere di fronte a un reato nei confronti di una vittima individuata per determinate caratteristiche. Attualmente, come emerge nella guida pratica per perseguire i crimini d'odio dell'OSCE, i principali indicatori di pregiudizio si identificano in: (i) fattori riguardanti la vittima precisamente l'appartenenza diretta o "per associazione" dell'individuo a una minoranza etnica, nazionale, religiosa o sessuale; (ii) fattori connessi all'oggetto materiale del reato qualora l'atto sia commesso in un determinato luogo di culto, in un cimitero o in un luogo di ritrovo; (iii) fattori inerenti all'autore del reato, ad esempio, qualora il reo sia recidivo e/o partecipi direttamente ad organizzazioni che incoraggino la discriminazione o la violenza per motivi razziali, etnici o religiosi, utilizzi durante la condotta determinati gesti, simboli o scritte raffiguranti contenuti tipicamente contrari alle comunità minori lese; (iv) fattori attinenti a circostanze di tempo e di luogo del crimine, qualora ad esempio il reato sia commesso in coincidenza con una festività o una data particolare per la comunità o in un luogo comunemente conosciuto per la frequenza di membri appartenenti alle comunità; (v) l'assenza di ulteriori motivazioni idonee a giustificare l'atto commesso o la percezione della vittima, cfr. OSCE, *Perseguire Giudizialmente i Crimini d'Odio. Una guida pratica*, 2016, p. 18 https://www.osce.org/files/f/documents/9/e/262261.pdf.

[17] Su cui v. già *supra*, Cap. I, § 4.

[18] Come già evidenziato, ormai da tempo si discute di una riforma che introduca nel nostro ordinamento un modello "consensualistico" di delitto sessuale, in cui l'assenza di consenso sia di per sé elemento costitutivo della fattispecie anche a prescindere dalla presenza di violenza o minaccia. Cfr. AIPDP, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, 5° gruppo di lavoro composto da Sergio Seminara, Giuliano Balbi, Marta Bertolino, Alberto Cadoppi: https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/110_001_Reati_in_materia_sessuale_di_Marta_Bertolino.pdf., su cui v. A.M. MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 363 ss., in cui si ritiene una scelta assolutamente apprezzabile quella della proposta di riforma «di imperniare il disvalore della condotta sulla "sola assenza di un valido consenso": non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile, in conformità all'orientamento internazionale sempre più a favore di un'illiceità imperniata sulla mancanza di consenso e non più tanto sulla natura violenta o minacciosa della condotta» (*ivi*, p. 375). Sulla valorizzazione dei modelli consensualistici adottati in altri ordinamenti giuridici cfr. B. ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 1 ss.; M.L.

questa prospettiva si potrebbe considerare l'*operazionalizzazione* del concetto valutativo di consenso, attraverso indicatori tratti da studi socio-criminologici volti a 'segnalarne' la presenza o l'assenza in base a fattori situazionali espressivi del disvalore di contesto.

Le singole ipotesi riportate – formulate, si ribadisce, solo a titolo esemplificativo – valgono a evidenziare come la tecnica per indicatori possa rivelarsi molto utile dinanzi alla difficoltà di definire 'ontologicamente' alcuni fenomeni sociali (o, meglio, socio-criminali) nei confronti dei quali sempre più spesso si manifesta l'esigenza di ricorrere alla sanzione penale nell'ambito di una più ampia strategia preventivo/repressiva.

Si tratta di 'situazioni' criminali la cui portata offensiva non è sempre immediatamente percepibile, ma riscontrabile solo attraverso analisi complesse [19]. Come si è accennato in precedenza, siamo in presenza di un paradigma opposto a quello della "criminalità manifesta" [20], secondo cui

---

MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, p. 280 ss.; L. GOISIS, *La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico*, in *Genius*, *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 16 maggio 2023, p. 1 ss.; G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici*, *comparati e di diritto vivente*, Bologna University Press, Bologna, 2023, p. 340 ss.; M.T. COLLICA, *La violenza sessuale tra law in the books e law in action: un intervento riformatore non più rinviabile*, in *Arch. pen.*, 3, 2024, p. 1 ss.

[19] Terreno fertile di esempi, ma non esclusivo, è quello delle fattispecie di pericolo ricorrenti nel diritto penale economico in contesti complessi di tipo organizzativo/tecnologico, su cui si rimanda alle osservazioni di F. CONSULICH, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, cit., p. 36-37: «non sussistono infatti né leggi di copertura (sociologiche, criminologiche, economiche), né massime di esperienza, che consentano di 'predire' con sufficiente tasso di accessibilità, se un danno per interessi economici possa derivare, in un arco di tempo più o meno lungo, dalla condotta considerata (…) in quest'ottica, la prognosi di pericolo, deve invece più concretamente riferirsi alla incoerenza in rapporto al programma di tutela che una complessiva disciplina intende implementare: così possono essere interpretati concetti come mercato, economia, patrimonio societario, risparmio privato, investimento collettivo, giungendo a esiti meno opinabili»; cfr. anche L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, cit., spec. § 3., il quale, a fronte della "de-materializzazione" delle realtà di tutela, specialmente nel diritto penale economico, propone di riflettere, per esempio, circa modalità *ufficiali* di illustrazione del divieto, anche attraverso casistiche esemplificative, nei confronti di soggetti cui quel divieto si riferisca, operanti in settori complessi dell'attività economica o amministrativa.

[20] G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 115 ss., il quale con l'espressione "criminalità manifesta", intende riferirsi al paradigma secondo cui un comportamento costituisce reato solo se un ipotetico osservatore comune e neutrale che si trovi sul luogo in cui il comportamento è tenuto può riconoscere nello stesso i caratteri dell'immoralità e della dannosità.

qualunque ipotetico osservatore che si trovi sul luogo in cui il comportamento è tenuto può riconoscerne *la dannosità sociale*.

In particolare, si fa riferimento a:

(aa) comportamenti di per sé anche leciti, ma che si colorano di illiceità per le loro particolari modalità di svolgimento in un determinato contesto. Certamente sono riconducibili a questo paradigma le c.d. condotte a creazione '*artificiale*' o condotte '*neutre*' [21], apparentemente rientranti nel normale esercizio dell'attività imprenditoriale/societaria. Tra i casi di studio esaminati, ne sono un icastico esempio la manipolazione del mercato operativa mediante "altri artifizi" e la bancarotta fraudolenta prefallimentare per distrazione; alla stessa *ratio* sembrano rispondere le fattispecie penali ambientali, rispetto alle quali, non a caso, si è manifestata un'esigenza di maggiore tipizzazione a livello europeo, attraverso indici selettivi della loro dimensione offensiva. Lo stesso discorso si può applicare, peraltro, alla responsabilità colposa in ambiti *ad alta complessità organizzativa* [22], come (ma non solo) quello dell'attività sanitaria, la cui ultima proposta di riforma rende evidente una particolare predilezione per una definizione non *sintetica* ma *articolata* della colpa grave, che operi come *bussola normativa* sia nei confronti dei destinatari della norma (in modo da favorire un corretto esercizio dell'attività sanitaria), sia come guida applicativa per l'interprete;

(bb) comportamenti la cui portata offensiva non è immediatamente riconducibile a una specifica fattispecie piuttosto che a un'altra, se non – anche in questa ipotesi – considerando le modalità di svolgimento della condotta in un determinato contesto. Tra i casi di studio esaminati, ne è un classico esempio la criminalità organizzata di tipo mafioso, con i suoi tratti distintivi rispetto alla criminalità organizzata comune; non solo per le caratteristiche del 'partecipe' all'associazione ma soprattutto avuto riguardo alla definizione dei tratti tipici del metodo mafioso, 'esteriorizzato' nell'assoggettamento e omertà riscontrabili

---

[21] Sul tema v. C.E. Paliero, *Nuove prospettive sugli abusi di mercato?*, cit., p. 52 ss. in riferimento alla mancanza di percepibilità del disvalore di condotta delle condotte manipolative nell'ambito degli abusi di mercato. In una prospettiva più generale, M. Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 304 ss. in riferimento alle fattispecie carenti dell'aggancio a *Kulturnormen* che siano in grado di rendere l'agente consapevole della riprovevolezza del proprio comportamento.

[22] Cfr. anche le riflessioni di E. Greco, *L'illecito dell'ente nella teoria della colpa. Modelli emergenti e proposte di rinnovazione*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 302 ss. sulla rilevanza del disvalore di contesto nel 'crimine organizzativo di impresa'.

nell'ambiente circostante. Inoltre, è anche il caso dei modelli legislativi qui utilizzati come *exemplum* di 'tipizzazione dinamica': da un lato, lo sfruttamento del lavoro, la cui condotta tipica non si limita alle singole violazioni in materia lavoristica, dovendo assumere una dimensione contestuale tale da ledere la dignità del lavoratore, seppure non al punto di annullarne lo *status libertatis* [23]; dall'altro, i crimini internazionali, caratterizzati da un *surplus* di disvalore contestuale rispetto ai corrispondenti crimini comuni.

Ricorrente in tutte le ipotesi è, a ben vedere, un contesto criminologico sottostante dal quale emergono i 'segni di riconoscimento' del disvalore penale del comportamento, ma si tratta di materia allo stato ancora 'magmatico', che andrebbe condensata, per così dire, da un'*interpretazione autentica,* onde evitare le manipolazioni processuali di cui si è ampiamente dato conto.

Il problema è, infatti, riuscire a fare emergere *ex ante* il contenuto del divieto attraverso una rappresentazione se non "iconografica", quantomeno *indiziante* di un comportamento illecito che gli corrisponda in modo univoco [24], così che i confini della fattispecie risultino tracciati "visivamente" [25] prima del confronto con il contesto applicativo.

In questo senso, si chiede al legislatore lo sforzo di "rapportarsi" con saperi extra-giuridici [26], segnatamente con i paradigmi epistemologici della

---

[23] In questo senso, come già osservato, si può cogliere la distinzione tra la lesione della dignità del lavoratore *ex* art. 603-*bis* c.p. e la compressione del suo *status libertatis ex* artt. 600 e 601 c.p. cfr. già Cap. IV, § 2.1. e spec. nota 23.

[24] Su questa esigenza si rinvia ancora a F. Palazzo, *voce Legge penale*, cit., p. 335 ss.

[25] Per il concetto di tipicità "iconografica" e di "visualità" del diritto penale v. M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., spec. p. 21 ss.; di recente, l'A. ritorna sul tema in Id., *La forza immaginante del diritto penale*, cit., spec. p. 8: «occorre dunque impegnarsi per sviluppare una "nuova poetica", capace di guidare la costruzione del tipo, individuandone il volto, la forma. Sappiamo che questa forma non potrà essere la semplice fotografia di una o più modalità aggressive. Nella realtà contemporanea, l'ingiusto non mostra più un volto costante, un'unica forma rintracciabile specularmente nella morfologia della realtà sensibile. L'ingiusto si manifesta in modo molteplice e discontinuo, sfuggendo a una rappresentazione chiara e definita (...) per cogliere il volto e descrivere un tipo di reato – che si tratti di rapina, violenza sessuale o di nuovi illeciti come lo *stalking* o l'*insider trading* – servono intuizione, creatività e capacità narrativa». Cfr. già Cap. I, § 6 e *ivi* riferimenti in nota.

[26] «Mentre l'ingresso dei "saperi ausiliari", come si sarebbe detto al tempo del tecnicismo giuridico, è comunemente individuato in settori diversi – ad esempio, prognosi criminologiche, imputabilità, causalità giuridica – qui ha la caratteristica di comparire espressamente come segno

ricerca sociale, per la formalizzazione di indici tipicità che forniscano *ex ante* una cornice di significato – sintattica e semantica – all'elemento valutativo del Tipo la cui *dimensione contestuale* non sarebbe altrimenti esprimibile in astratto.

Dando autonomo rilievo sistematico al disvalore di contesto [ds(Cs)], si potrebbe compiere un passo ulteriore nel tracciare nuovi percorsi nella regolazione dei "tormentati" rapporti tra *lex scripta* e diritto vivente [27], per mezzo di una tecnica legislativa '*dinamica*' e '*integrata*'.

La 'scienza penale integrata', così declinata, potrebbe, peraltro, potenzialmente assurgere a strumento di *public policy* [28] tra prevenzione e repressione, a fronte delle "sfide della complessità" [29].

---

del fatto tipico, cioè come connotato della fisionomia tecnica delle scelte di incriminazione», così A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., p. 30.

[27] Sul tema *ex multis*, C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, cit., p. 1099 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, cit., p. 23 ss. Sull'esigenza di un ritorno alla scienza della legislazione in ambito penale v., di recente, le osservazioni di F. PALAZZO, *La scienza della legislazione penale nella modernità giuridica*, cit., p. 395 ss., in relazione alla sentenza della Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, secondo cui il principio di "intellegibilità della legge" trova fondamento nell'art. 3 Cost. nei termini della ragionevolezza sotto il profilo "*minima razionalità dell'azione legislativa*".

[28] Evidenzia la tendenza ad utilizzare il diritto penale come strumento di *public policy* come uno dei possibili sbocchi cui attingere per ottenere una riduzione delle offese o la conformità a comportamenti socialmente desiderati M. CAPUTO, *Politica criminale*, cit., p. 1729: «un conto è discutere la tecnica di redazione della norma assistita dalla sanzione penale, un conto è dibattere se ricorrere al penale come modalità di tutela o come strumento di orientamento».

[29] Con ciò si intende riferirsi alla funzione 'regolatoria' che tendono ad assumere gli indicatori, procedimentalizzando lo standard di comportamento doveroso nell'ottica di prevenire più efficacemente la commissione del reato. Come rileva F. CONSULICH, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, cit., p. 40, evidenziando che la formalizzazione di indici ben si attaglia alla tendenza verso un diritto penale 'regolatorio' nel campo economico, mirante a garantire una *governance* del rischio più che alla repressione di fatti immediatamente lesivi. Si osserva, peraltro che, se processualmente prevenzione e diritto penale tradizionale non possono che rimanere su binari alternativi si prospetta un *comune standard di comportamento doveroso*; a mutare potrebbe essere il numero degli indicatori occorrenti per ritenere riscontrata la violazione nel caso concreto, di modo che si possa prevedere una gradualità tra la prevenzione (attivabile con un numero inferiore) e il diritto penale (operativo a partire da un numero maggiore o in presenza di alcuni classificati più gravi e qualificanti). Sulla valorizzazione di "indicatori" di potenziali abusi di mercato da elaborare, anche in ottica preventiva, sulla base dell'analisi economica e tecnico-finanziaria del fenomeno, cfr. S. PREZIOSI, *La manipolazione del*

Non a caso, allargando sia pure fugacemente lo sguardo al dibattito scientifico internazionale sul "*legislative drafting*" [30], emerge una crescente attenzione verso la *Legisprudence* [31], intesa come autonoma disciplina volta a valorizzare le categorie extra-disciplinari – inclusi gli studi di epistemologia del linguaggio [32]– anche nell'ottica di offrire al legislatore nuovi strumenti idonei al contrasto di fenomeni socio-criminali complessi.

In conclusione, resta ferma la convinzione che la costruzione di un «*Sistema di politica criminale* (di *Scienza della legislazione penale*)» [33] costituisca

---

mercato, cit., p. 73 ss., spec. p. 76. Sulla libertà 'regolamentata' dei comportamenti economici, v. le riflessioni di A. Melchionda, *Genesi, sviluppo e caratteri attuali del diritto penale dell'economia*, cit., p. 496 ss.

[30] Sul tema fondamentali gli studi di H. Xanthaki, *Drafting manuals and quality in legislation: positive contribution towards certainty in the law or impediment to the necessity for dynamism of rules?*, in *Legisprudence*, 4, 2010, p. 111 ss.; Id., *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2014; Id., *Legislative Drafting for the EU Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable* EU, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2024; K. Ulrich-H. Xanthaki, *Legislation and legisprudence in Europe: a comprehensive guide for scholars and practitioners*, Hart Publishing, Oxford, 2017; G.A. Pennisi, *Legislative Provisions in Context: A Linguistic Approach*, in *Statute Law Review*, 37, 2016, p. 101 ss. Cfr. anche lo studio comparato che promuove il *legislative drafting* come nuova sottodisciplina del diritto che valorizza l'apporto del metodo della linguistica H. Xanthaki-G.A. Pennisi, *"Legislative Drafting e lingua: ipotesi di semplificazione del testo normativo"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2014, p. 41 ss.

[31] La 'legisprudenza' è una teoria critica che si concentra sui principî che sono alla base della legislazione, ovverosia lo studio filosofico e sistematico di come si dovrebbero fare le leggi, non solo di come si interpretano o si applicano. Cfr. L.J. Wintgens, *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, *Ratio Juris*, vol. 19, 1, 2006, p. 1 ss.; T. Drinoczi-B. Novak, "*Linguistic Approach in Legisprudence-Terminology*, *Translation Studies and Databases*, in *Theory and Practice of Legislation*, vol. 3, 1, 2015, p. 113 ss.; A.D. Oliver-Lalana (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, Berlin, 2019, spec. *ivi*, J.L. Díez-Ripollés, *Rationality in Criminal Law Making. Rational Decision Making in a Complex Socio-Legislative Proces*, p. 51 ss.; J. Becerra, *Criminal Law-Making Theory and Practice*, Springer, Berlin, 2021; F. Ferraro-S. Zorzetto (ed.), *Exploring the Province of Legislation Theoretical and Practical Perspectives in Legisprudence*, Springer, Berlin, 2022.

[32] Cfr. M. Klatt, *Making the Law Explicit The Normativity of Legal Argumentation*, Hart Publishing, Oxford, 2008, in cui vi è un'approfondita analisi dell'argomento semantico nell'argomentazione giuridica nel contesto anglo-americano.

[33] Così C.E. Paliero, *Il mercato della penalità*, cit., p. X, il quale, sulla rivalutazione della scienza della legislazione osserva che «occorre dunque fare di più 'sul resto', che si declina appunto in termini di teoresi, di *téchne* e di *praxis* dell'*ars legiferandi* penalistica, a principiare da un'organica sistemazione della materia "politica criminale", per costruire – necessariamente a livello multidisciplinare, con l'irrinunciabile contributo/integrazione delle scienze sociali *stricto sensu* – un Sistema di politica criminale (di Scienza della legislazione penale)».

il primo e irrinunciabile presidio per arginare le distorsioni incontrollate della fisiologica interazione tra testo e contesto nel processo ermeneutico, i cui esiti imprevedibili si pongono in aperto contrasto con i fondamenti garantistici del sistema penale [34].

[34] Riprendendo le parole di Filangieri, «un Codice penale (...) nel quale la legge non permetta mai a' giudici di far da legislatori, non è, come si è finora creduto, un impossibile politico», così G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1780-88), cit., p. 137.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABAGNALE G., *Tecniche legislative prime riflessioni su alcune esperienze straniere*, in *Le Regioni*, 2-3, 1985, p. 241 ss.

AIMI A., *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 3, 2013, p. 301 ss.

AITALA R., *Manuale di diritto internazionale penale*, Mondadori, Milano, 2021.

ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna University Press, Bologna, 2007.

ALEO S., *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pacini, Pisa, 2020.

ALEO S., *La problematica penalistica della criminalità organizzata*, *la teoria dell'organizzazione e lo Stato di diritto*, in M. Catenacci-R. Rampioni-V.N. D'Ascola (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma TrE-Press, Roma, 2021, p. 1103 ss.

ALESSANDRI A., *Profili penali delle procedure concorsuali*, *Uno sguardo d'insieme*, Giuffrè, Milano, 2016.

ALESSANDRI A., *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2019.

ALLDRIDGE P., *Rules for Courts and Rules for Citizens*, in *O.J.L.S.*, 10, 1990, p. 487 ss.

AMALFITANO C., *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 523 ss.

AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 403.

AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, p. 1406 ss.

AMARELLI G., *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giur. it.*, 4, 2018, p. 856 ss.

AMARELLI G., *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2019, p. 1197 ss.

AMARELLI G., *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis c.p. e alternative possibili*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2022, p. 786 ss.

AMARELLI G. (a cura di), *Quarant'anni di 416-bis c.p. Bilanci e prospettive del delitto di associazione di tipo mafioso. Atti del Convegno*, Napoli 14 novembre 2022, Giappichelli, Torino, 2023.

AMARELLI G.-VISCONTI C., *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *Sist. pen.*, 18 giugno 2020.
AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012.
AMENDOLA G., *La legalità istituzionale*, in *Dem. dir.*, 3, 1983, p. 19 ss.
ANGIONI F., *Le norme definitorie e il progetto di legge-delega per un nuovo codice penale*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 189 ss.
ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, *Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari*, *tributari*, *ambientali e dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2008.
APOLLONIO A., *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, I, 2016, p. 118 ss.
APOLLONIO A., *Estorsione ambientale e art. 416-bis.1 c.p. al cospetto dei modelli mafiosi elaborati dalla giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 10, 2018, p. 3482 ss.
APOLLONIO A., *Le Sezioni Unite tra "vecchie" e "nuove" mafie nella valutazione del requisito della partecipazione associativa*, in *Cass. pen.*, 1, 2022, p. 62 ss.
ARCERI A., *Sull'art. 416-bis e in particolare sull'uso della forza intimidatrice*, in *Giur. merito*, 2, 1995, p. 317 ss.
ARTALE O.C., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Utet, Torino, 2017, p. 1747 ss.
ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, ora (con aggiunte) in ID., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 140 ss.
ASHWORTH A., *Towards a Theory of Criminal Legislation*, in *Criminal Law Forum*, 1, 1989, p. 41 ss.
ASHWORTH A., *Interpreting criminal statutes: a crisis of legality?*, in *L.Q.R.*, 107, 1991, p. 419 ss.
ASTORINA P., *L'accertamento del dolo: determinatezza*, *normatività e individualizzazione*, Giappichelli, Torino, 2018.
AZZALI G., *Lineamenti dei delitti di aggiotaggio nell'attuale legislazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 763 ss.

BACCO F., *Il delitto di aggiotaggio manipolativo: tensioni interpretative ed innovazioni sistematiche nella difficile repressione delle manipolazioni 'mascherate'*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2298 ss.
BALBI G., *Violenza sessuale*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1999, p. 9 ss.
BALBI G., *Alcune osservazioni in tema di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2012, p. 5 ss.
BALBI G., *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere*, *Alcune osservazioni in margine a Cass.*, *Sezioni Unite*, *24 ottobre 2013*, *n. 12228*, *Pres. Santacroce*, *Rel. Milo*, *ric. Maldera*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, p. 143 ss.

BALBI G., Legem et iustitiam facere. *La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *Leg. pen.*, 23 novembre 2023.

BALSAMO A.-RECCHIONE S., *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2013.

BARATTA A., *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *La Questione criminale*, 1979, p. 147 ss.

BARATTA A., *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995), Giappichelli, Torino, 1998, p. 24 ss.

BARTOLI R., *La prova delle componenti psichiche: volontà*, *conoscenza*, *conoscibilità*, in G.A. De Francesco-C. Piemontese-E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 217 ss.

BARTOLI R., *Lettera*, *precedente*, *scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1769 ss.

BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. pen.*, 3 maggio 2020.

BARTOLI R., *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche*, *giustiziabilità dell'analogia*, *nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *Sist. pen.*, 28 giugno 2022.

BARTOLI R., *I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 923 ss.

BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in G. Bellantoni-D. Vigoni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, Celt, Piacenza, 2010, p. 209 ss.

BECERRA J., *Criminal Law-Making Theory and Practice*, Springer, Berlin, 2021.

BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, (1906), Alen, 1964.

BELLAVISTA G., voce *Indizio*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 224 ss.

BENUSSI C., in G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 754 ss.

BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950, I, ora in ID., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2006, II, p. 991 ss.

BERTELLONI P., *La discrezionalità 'vincolata' del giudice nell'accertamento processuale della colpa medica: la Corte di Cassazione elabora una guida ermeneutica per sindacare l'operato dell'esercente la professione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2020, p. 1606 ss.

BERTOLINO M., *Art. 501 c. p.*, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, VI ed., Cedam, Padova, 2017, p. 1674 ss.

BERTONI R., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1014 ss.

BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, I ed., Giuffrè, Milano, 1955.

BETTI E., *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, trad. it. di O. Nobile Ventura-G. Crifò-G. Mura, Città Nuova, Roma, 1990.

BETTIOL G., *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1932, p. 525 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 91 ss.

BETTIOL G., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 185 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 524 ss.

BIANCO F., *Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere – Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti*, in *Quaderni fiorentini*, 7, 1978, p. 24 ss.
BIN L., *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603-bis cp)*, in *Leg. pen.*, 10 marzo 2020.
BITTI G., *Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC*, in C. Stahn-G. Sluiter (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 285 ss.
BITTI G., *Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC*, in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 411 ss.
BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1950, 342 ss.
BOBBIO N. *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958.
BONANNO A.-J.S.B. CAVALCANTI, *Sulla pelle viva. Nardò: la lotta autorganizzata dei braccianti immigrati*, DeriveApprodi, Roma, 2012.
BORRELLI G., *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della "contiguità mafiosa"*, in *Cass. pen.*, 3, 2007, p. 1086 ss.
BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo, 1955.
BRAMBILLA P., *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi: spunti di riflessione sui confini applicativi della fattispecie alla luce della prima condanna per caporalato digitale nel caso Uber*, in *Sist. pen.*, 31 marzo 2022, p. 149 ss.
BRASCHI S., *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Cedam, Padova, 2020.
BRASCHI S., *Il concetto di "stato di bisogno", del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2021, p. 113 ss.
BREMBATI F., *La bancarotta fraudolenta patrimoniale tra principî costituzionali e "indici di fraudolenza"*, in *Le soc.*, 5, 2018, p. 641 ss.
BRICCHETTI R.-L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, Milano, 2017.
BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960, 16 ss., ora in ID., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, Giuffrè, Milano, 2000.
BRICOLA F., *La Discrezionalità Nel Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 1965.
BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 7 ss.
BRICOLA F., *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 241 ss.
BRICOLA F., *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. Cadoppi (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1996, p. 175 ss.
BRIDGMAN P.W., *The Logic of Modern Physics*, New York, Macmillan, 1927.

BURDESE A.-GALLO F., *Ipotesi normativa e interpretazione del diritto*, in *Riv. ital. sc. giur.*, 1949, p. 356 ss.

BURGHARDT B.-GENEUSS J., *Der Präsident und sein Gericht. Zur Entscheidung des InternationalenStrafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehis gegen Al Bashir*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 126 ss.

CADOPPI A., *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*: *omnis definitio in iure periculosa?*, Cedam, Padova, 1996.

CADOPPI A., *Il reato penale*, E.S.I., Napoli, 2022.

CAIA E., *Manipolazione del mercato: il ruolo dirimente dell'idoneità concreta della condotta nella giurisprudenza di legittimità*, in *Arch. pen.*, 2, 2018.

CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici*, *comparati e di diritto vivente*, Bologna University Press, Bologna, 2023.

CALETTI G.M.-MATTHEUDAKIS M., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra nuovi spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, p. 25 ss.

CALVI A., *Sfruttamento della prostituzione*, Cedam, Padova, 1970.

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, *Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999.

CANESTRARI S., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2001, p. 906 ss.

CAPPELLINI M., *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015.

CAPURSO M., *L'interpretazione dei giudici: una spia della validità delle tecniche di progettazione legislativa*, in *Studi Parlam. E Politica Cost.*, 4, 1977, p. 23 ss.

CAPUTO A., *Criminalità degli stranieri in Italia e delitto di associazione mafiosa*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, p. 118 ss.

CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017.

CAPUTO M., *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg. pen.*, 22 giugno 2020.

CAPUTO M., *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1171 ss.

CAPUTO M., *Misura e grado della colpa*, in *DisCrimen*, 16 dicembre 2021.

CAPUTO M., *Politica criminale*, in C. Piergallini-G. Mannozzi-C. Sotis-C. Perini-M.M. Scoletta-F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1725 ss.

CAPUTO M., *Relazione sulla nuova bozza di articolato* in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 191 ss.

CARLIZZI G., *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1196 ss.

CARLIZZI G., *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, Saggio introduttivo

alla versione italiana di H. Hassemer, *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, E.S.I., Napoli, 2007.

Carlizzi G., *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars Interpretandi*, 2016, p. 91 ss.

Carmignani G., *Elementi di dritto criminale*, I versione italiana (sulla V edizione latina di Pisa), vol. I, Palermo, 1846.

Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1951.

Carrara F., *Pensieri sulla nozione di bancarotta*, 1873, riprodotto in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V., II ed., Prato, 1881.

Caruso G., *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Cedam, Padova, 2009.

Cassese S., *Come opinare in modo ragionevole sulla possibilità di adottare leggi chiare*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 34 ss.

Castellabate M., *Operazioni manipolative del mercato finanziario ed operazioni lecite: sui problematici confini tra testo e contesto*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1920 ss.

Castronuovo D., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1723 ss.

Castronuovo D., *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *Leg. pen.*, 5 giugno 2017.

Cavaliere A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, E.S.I., Napoli, 2003.

Cavaliere A., *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 146 ss.

Cavallini S., *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 187 ss.

Cavallini S., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Cedam, Padova, 2019.

Cervati A., *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in *Foro it.*, 5, 1985, p. 280 ss.

Chiaraviglio P., *A proposito della manipolazione di mercato attraverso la diffusione di notizie idonee ad alterare il prezzo di strumenti finanziari: la sentenza 21.12.2010 del Tribunale di Torino*, in *Giur. Comm.*, 2012, II, p. 681 ss.

Class W., *Generalkglausen im Strafrecht*, in *Festschruft für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961.

Coing H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1993.

Collica M.T., *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 195 ss.

Collica M.T., *La violenza sessuale tra law in the books e law in action: un intervento riformatore non più rinviabile*, in *Arch pen.*, 3, 2024.

CONSULICH F., *La giustizia e il mercato*, *Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffrè, Milano, 2010.
CONSULICH F., *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici. Tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*, in *Soc.*, vol. 30, 7, 2010, p. 823 ss.
CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale*, *tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 1, 2020, p. 45 ss.
CONSULICH F., *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in *Leg. pen.*, 22 maggio 2020.
CONSULICH F., *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2, 2024, p. 1 ss.
CONTENTO G., *Concussione*, in T. Padovani (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Utet, Torino, 1996, p. 117 ss.
CONTENTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in ID., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Roma-Bari, 2002, p. 276 ss.
CONTI L., *Diritto penale commerciale*, *vol. II. I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1965.
COPPI F., *Osservazioni sui "reati di mero sospetto" e in particolare sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1713 ss.
CRESPI A., *Gli "altri artifici e raggiri" nell'aggiotaggio ex art. 2637 c.c. e la dubbia liceità del richiamo al "contesto" dell'azione*, in ID., *Studi di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 596 ss.
CRISAFULLI V., *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195 ss.
CRYER R., *Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources*, in *New Criminal Law Review*, 12, 2009, p. 390 ss.
CRYER R., *The Definitions of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 283 ss.
CUCINOTTA C., *Il ruolo del consenso e lo stato di bisogno del lavoratore nell'art. 603-bis c.p,* in *Arch. pen.*, 2, 2021, p. 1 ss.
CUPELLI C., *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013.
CUPELLI C., *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021, 4, p. 1807 ss.
CUPELLI C., *Note a prima lettura sugli artt. 3 e 3-bis del DL 44/2021 dopo la conversione in L. 76/21*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021.
CURRAT P., *L'interpretation du Statut de Rome*, in *Revue Québécoise de Droit International*, 20, 2007, p. 137 ss.

D'ALESSANDRO F., *Fattispecie di aggiotaggio e prassi di mercato ammesse*, *tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in M. Bertolino-L. Eusebi-G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 1817 ss.
D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato*, *enforcement e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014.

D'Alessandro F., *La manipolazione del mercato*, in F. Consulich (a cura di), *Reati in materia bancaria e finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 195 ss.
D'Alessandro Fl., *Intervento*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995.
D'Amico, L., *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *Leg. pen.*, 17 giugno 2020.
Dalla Chiesa N., *Il potere mafioso. Economia e ideologia*, Mazzotta, Milano, 1976.
Dan-Cohen M., *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harv. Law Rev.*, 97, 1984, p. 625 ss.
De Blasi S., *"Un'indagine empirica per tassativizzare il fatto di lieve entità negli stupefacenti"*, in *Giur. it.*, 2023, p. 912 ss.
De Burca G.-Gardner S., "The *Codification of the Criminal Law*", in *O.J.L.S.*, 10, 1990, p. 559 ss.
De Francesco G., voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 292 ss.
De Francesco G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p 108 ss.
De Francesco G., *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3500 ss.
De Francesco G., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva "integrata" tra sapere empirico e garanzie "formali" della tutela penale*, in A. De Vita-F. Palazzo (a cura di), *Giornate di studio in onore di Jean Carbonnier e Winfried Hassemer*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 133 ss.
De Francesco G., *Concorso di persone*, *reati associativi*, *concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in G. Fiandaca-Visconti C. (a cura di), in *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 137 ss.
De Francesco G., *Invito al diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2019.
De Vero G., *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1988.
De Vero G., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 385 ss.
De Vero G., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1325 ss.
De Vero G., *Dolo eventuale*, *colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi*, in M. Bertolino-L. Eusebi-G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 883 ss.
De Vero G., *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2020.
Delitala G., *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 123 ss.

DELITALA G., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, ora in ID., *Diritto penale*, *Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, p. 723 ss.
DELITALA G., *Diritto penale. Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1976.
DELITALA G., *Dolo eventuale e colpa cosciente* (1932), ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1976, 431 ss.
DELITALA G., *Il 'fatto' nella teoria generale del reato* (1930), ora in ID., *Diritto penale – Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, p. 2 ss.
DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986.
DELVECCHIO F., *Scale di misura e indicatori sociali*, Cacucci, Bari, 2000.
DEMURO G., *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1410 ss.
DEMURO G., *Il dolo*, *vol. II: L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010.
DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Giuffrè, Milano, 2006.
DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione*, *retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2009, p. 93 ss.
DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, p. 11 ss.
DI GIOVINE O., *«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, p. 55 ss.
DI LEVERANO A.M., *La rilevanza probatoria dell'affiliazione rituale tra indizi e massime d'esperienza*, in *Arch. pen.*, 13 febbraio 2022.
DI LUCIA P. (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995.
DI MARTINO A., *Induzione indebita: contenuti (incerti) e confini (indefiniti) (art. 1*, *comma 75*, *lett. d)*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 639 ss.
DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge*, *legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia 2014*, p. 91 ss.
DI MARTINO A., *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2, 2015, p. 106 ss.
DI MARTINO A., *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, in *Treccani Diritto – Diritto penale parte speciale – Delitti contro la persona 3.2.1.*, ottobre 2017.
DI MARTINO, A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 15 dicembre 2018.
DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo*, *tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, 12 marzo 2019.
DI MARTINO A., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2019.
DI MARTINO A., *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, in *Studi sulla questione criminale*, 1, 2020, p. 99 ss.

Di Martino A, *Questioni di legittimità costituzionale sul reato di sfruttamento lavorativo: punti e contrappunti*, in *L'Altro Diritto*. 6, 2022, p. 6 ss.
Di Vetta G., *La tipicità debole del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione. La dialettica tra statica del tipo criminoso e dinamica del processo*, Università di Pisa, 2015.
Di Vetta G., *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. pen.*, 6 marzo 2017.
Di Vetta G. (a cura di), *Il nuovo volto del diritto penale fallimentare*, Pacini, Pisa, 2023.
Díez-Ripollés J.L., *Rationality in Criminal Law Making. Rational Decision Making in a Complex Socio-Legislative Process*, in A.D. Oliver-Lalana (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, Berlin, 2019.
Dolcini E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padova, 1979.
Donini M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996.
Donini M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, p. 221 ss.
Donini M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2555 ss.
Donini M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Giuffrè, Milano, 2011.
Donini M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 ss.
Donini M., *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU. 24 ottobre 2013 – 14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla l. n. 190 del 2012, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1482 ss.
Donini M., *Il dolo eventuale, fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, p. 70 ss.
Donini M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. Responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, p. 346 ss.
Donini M., *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 3, 2016, p. 22 ss.
Donini M., *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in S. Moccia-A. Cavaliere (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, E.S.I., Napoli, 2016, p. 7 ss.
Donini M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2017, p. 14 ss.
Dörmann K. – Doswald-Beck L. – Kolb R., *Legal value of the elements of crimes*, in Id. (ed.), *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 8 ss.
Drinoczi T.-Novak B., *Linguistic Approach in Legisprudence-Terminology*,

Translation Studies and Databases, in *Theory and Practice of Legislation*, vol. 3, 1, 2015, p. 113 ss.

Dyson M., *Blackstones statutes on criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2022.

Dyson M.-Vogel B., *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Intersentia, Cambridge, 2018.

Emmerson B.-Ashworth A.-Macdonald A.-Summers M., *Human Rights and Criminal Justice*, III ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2012.

Engisch K., *Die Normativen Tabtestands-elemente in Strafrecht*, Festschrift für Edmund Mezger, Munchen und Berlin, 1954.

Engisch K., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (1953), Carl Winter, Heidelberg, 1968.

Engisch K., *La concretizzazione come riferimento al "tipo" nel diritto e nella scienza giuridica*, trad. it. di G. Carlizzi di brani scelti dal cap. 8 di *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (1953), Carl Winter, Heidelberg, 1968.

Engisch K., *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Giuffrè, Milano, 1970.

Engisch K., *Interpretazione, prova e sussunzione*, in G. Carlizzi-V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa, 2016, p. 39 ss.

Esser J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), trad. it., E.S.I., Napoli, 1983.

Eusebi L., *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia, 1993.

Eusebi L., *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, p. 1668 ss.

Eusebi L., Colant omnes quemque. *Tornare all'essenziale dopo il ddl Zan*, in *Jus*, 2, 2022, p. 287 ss.

Fassi E., *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli "indici di fraudolenza" della condotta nel caso concreto*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4330 ss.

Fazzeri G., *Stato di necessità ed interpretazione convenzionalmente conforme: la Corte di cassazione si pronuncia sulla "vittima di tratta"*, in *Sist. pen.*, 26 marzo 2024.

Ferrajoli L., *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1967, p. 515 ss.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.

Ferrajoli L., *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in G. Chiodi-D. Pulitanò (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 21 ss.

Ferrajoli L., *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione*

dell'approccio ermeneutico alla legalità penale, in *Ars Interpretandi*, 2, 2016, p. 23 ss.

Ferrajoli L., *Giustizia e politica*, *Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2024.

Ferranti D., *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016.

Ferraro F.-Zorzetto S. (ed.), *Exploring the Province of Legislation Theoretical and Practical Perspectives in Legisprudence*, Springer, Berlin, 2022.

Ferrua P., *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Tra vecchie e nuove esperienze*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 61 ss.

Fiandaca G., *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 257 ss.

Fiandaca G., *La problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali*, *costituzionali e politico-criminali*, Cedam, Padova, 1984.

Fiandaca G., *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 5, 1985, p. 301 ss.

Fiandaca G., *voce Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Utet, Torino, 1991, p. 152 ss.

Fiandaca G., *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 883 ss.

Fiandaca G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss.

Fiandaca G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002.

Fiandaca G., *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, in M. Barillaro (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Giuffrè, Milano, 2004, p 42 ss.

Fiandaca G., *"Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione"*, 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, p. 239 ss.

Fiandaca G., *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in S. Moccia (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, E.S.I., Napoli, 2007, p. 237 ss.

Fiandaca G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

Fiandaca G., *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 203 ss.

Fiandaca G., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 5, 2010, p. 176 ss.

Fiandaca G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia 2011*, p. 79 ss.

FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, p. 251 ss.
FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, p. 1938 ss.
FIANDACA G.-MERLO A., *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, in *Foro it.*, 6, 2021, p. 780 ss.
FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019.
FIANDACA G.-VISCONTI C., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2, 2006, p. 81 ss.
FIANDACA G.-VISCONTI C., *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 489 ss.
FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, *vol. 3: libro III*, *Delle leggi criminali*, *(1780-88)*, edizione critica, Venezia, 2003-2004.
FIORE C., voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988, p. 4 ss.
FIORE C., *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 388 ss.
FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, E.S.I., Napoli, 2007.
FIORE S., *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 886 ss.
FIORE S., *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna University Press, Bologna, 2016, p. 133 ss.
FIORELLA A., in Id. (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 160 ss.
FIORINELLI G., *La violenza mediata dalla tecnologia dogmatica*, *profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, Giappichelli, Torino, 2024.
FLETCHER G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
FLETCHER G.P., *Basic concepts of criminal law*, New York-Oxford, 1998, trad. it. *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004.
FOFFANI L., voce *Società* (artt. 2621-2641 c.c.), in F. Palazzo-C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007, p. 2448 ss.
FOLLIERI E., *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa-le figure sintomatiche sono norme giuridiche*, *non sintomi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 61 ss.
FONDAROLI D., *Aggiotaggio mediante altri artifici*, *disvalore del fatto e disvalore del contesto*, nota a Trib. Milano, 27 marzo 2006, Crovetto, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 747.
FONDAROLI D., *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in F. Sgubbi-D. Fondaroli-A. Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, II ed., Cedam, Padova, 2013, p. 135 ss.

FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, in *Dir. pen. cont.*, 9 giugno 2016.
FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 1994.
FORTI G., *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 488 ss.
FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina, Milano, 2000.
FORTI G., *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018.
FORTUNA F., *La risposta delle istituzioni alla criminalità mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 203 ss.
FRONZA E., *Le fonti*, in E. Amati-P. Caroli-M. Costi-E. Fronza-E. Maculan-A. Pizzuti-A. Vallini (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2025, p. 57 ss.

GADAMER H.G., *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Fabbri, Milano, 1972.
GADIROV E.-CLARK R.S., *Art. 9*, in O. Triffterer-K. Ambos (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, III ed., C.H. Beck-Hart-Nomos, München-Oxford-Baden, 2016.
GALLO M., *La teoria dell'«azione finalistica» nella più recente letteratura tedesca*, in *St. Urb.*, 1948-1950, p. 213 ss.
GALLO M., voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, p. 624 ss.
GALLUCCIO A., *Punire la parola pericolosa. Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet,* Giuffrè, Milano, 2020.
GARGANI A., *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997.
GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 397 ss.
GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia 2011*, p. 99 ss.
GARGANI A., *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G. De Francesco-E. Marzaduri (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 89 ss.
GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 839 ss., anche in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna University Press, Bologna, 2016, p. 103 ss.

GARGANI A., *Art. 416-bis-Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 2825 ss.
GATTA G.L., *La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014, p. 1566 ss.
GHAI D., *Decent Work: Concept and Indicators*, in *Int'l Labour Rev.*, vol. 142, 2, 2003, p. 113 ss.
GIORDANO S., *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2, 2015.
GIULIANI A., *Reati in materia di caporalato*, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, JusQuid, Padova, 2015.
GIUNTA F., *Nota introduttiva al Dibattito: Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia 2011*, p. 77 ss.
GIUNTA F., *Nota introduttiva al dibattito "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale"*, in *Criminalia 2016*, p. 157 ss.
GIUNTA F., *Due colpe in una?*, in *DisCrimen*, 9 novembre 2021.
GOISIS L., *La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico*, in *Genius, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 16 maggio 2023.
GRASSO G., *Compatibilità tra la struttura del reato di cui all'art. 416-bis ed i moduli organizzativi della criminalità straniera*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Arcidiacono*, 2010, Giappichelli, Torino, vol. IV, p. 1770 ss.
GRASSO P.G., *Il principio del nullum crimen sine lege nella Costituzionale italiana*, Milano, Giuffrè, 1972.
GRASSO P.G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 806 ss.
GRECO E., *L'illecito dell'ente nella teoria della colpa. Modelli emergenti e proposte di rinnovazione*, Giappichelli, Torino, 2024.
GRISPIGNI F., *La bancarotta e la legge in preparazione sul fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 135 ss.
GROSSO C.F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia 2011*, p. 125 ss.
GROVER L., *A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *The European Journal of International Law*, vol. 21, 3, 2010, pp. 543 ss.
GROVER L., *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2014, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
GUASTINI R., *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in S. Castignone-R. Guastini-G. Tarello (a cura di), *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, ECIG, Genova, 1978, p. 42 ss.
GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.
GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011.

GUASTINI R., *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2012, p. 51 ss.

HART H., *The Concept of Law (1961)*, trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965.

HASSEMER W., *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik*, in K. Lüderssen-F. Sack (ed.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, Erster Teilband, Frankfurt a.M., 1980.

HASSEMER W., *Kennzeichen des Vorsatzes*, in G. Dornseifer (ed.) Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, 1989, pp. 289-309, trad. it. *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. Pen.*, 3, 1991, p. 481 ss.

HASSEMER W., *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, trad. it. a cura di G. Carlizzi, *Fattispecie e tipo: Indagini sull'ermeneutica penalistica*, E.S.I., Napoli, 2007.

HEDEMANN J., *Die Flucht in die Generalklauseln*, Mohr, 1933.

HOCHMAYR G., *Applicable Law in Practice and Theory*, in *JIC*, 12, 2014, p. 655 ss.

HUSSERL G., *Recht un Zeit*, *Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1955.

IACOVIELLO F., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997.

INFANTINO M., *Global Indicators*, in S. Cassese (a cura di), Research Handbook on Global Administrative Law, EE, Cheltenham 2016, p. 347 ss.

INFANTINO M., *Measuring (the Effects of) Measurements: Four Global Legal Indicators in Italy*, in *ItaLJ*, 2, 2020, p. 432 ss.

INGRASSIA A., *Rischio di impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Giappichelli, Torino, 2020.

INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, Giuffrè, Milano, 1993.

INSOLERA G., *L'associazione per delinquere*, Cedam, Padova, 1983.

INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1986.

INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 2, 1995, p. 422 ss.

INSOLERA G., *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 573 ss.

JORI M. (a cura di), *"Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto"*, Giappichelli, Torino, 1994.

JORI M., *Intervento*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 87 ss.

JORI M., *Definizioni legislative e pragramtica giuridica*, in A. Cadoppi (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1996 p. 55 ss.

KAUFMANN A., *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, in *ZStW*, 70, 1958, p. 64 ss.
KAUFMANN A., *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, Interpretazione, prova e sussunzione, in G. Carlizzi-V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa, 2016, p. 62 s.
KINGSBURY B.-MERRY S.E.-DAVIS K.E., *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.
KLATT M., *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
KRESS C., *The Crime of Genocide and Contextual Elements A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 297 ss.
KREY V., *Studien zun zum Gesetzsvorbehalt im Strafrecht. Eine Einfuhrung in die Problematik des Analogieverbots*, Berlin, 1977.
KUHN T.S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it., Einaudi, Torino, 1962.
KUNERT K.H., *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958.

LANCIA A.-PACELLA A., *Il fatto di lieve entità ex art. 73, quinto comma, d.p.r. 309/1990: 1990: alla ricerca di un'interpretazione tassativizzante. Un'indagine empirica della giurisprudenza di legittimità nel triennio 2020-2022*, in *Sist. pen.*, 22 novembre 2022.
LARENZ K., *Zur logic des konkreten Begriffs* in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 5 1940, p. 279 ss.
LARENZ K., *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), trad. it. Giuffrè, Milano, 1970.
LARENZ K., *La giurisprudenza come scienza comprendente*, Interpretazione, prova e sussunzione, in G. Carlizzi-V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa, 2016, p. 119 ss.
LARENZ K.-CANARIS C., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1995.
LEE R.S., *An Assessment of the ICC Statute*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 5, 3, 2001, p. 752.
LIGUORI L., *La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1609 ss.
LUCIFORA A., *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del "tipo" tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Giappichelli, Torino, 2024.
LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474 ss.
LUNGHINI G., *Problemi probatori e diritto penale sostanziale: un'introduzione*, 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, p. 409 ss.
LUZZATI C., *Teoria del diritto e "scienza della legislazione". Un contributo del gruppo di Milano*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 87 ss.

LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.
MACCARI A.L., *Art. 2637*, in F. Giunta (a cura di), *I nuovi illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 192 ss.
MAGGIO P., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, in G. Fornasari (a cura di), *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2002, p. 199 ss.
MAGGIO P., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, in *La Corte d'Assise*, 2010, p. 361 ss.
MAGGIO P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 491 ss.
MAGGIO P., *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, p. 3432 ss.
MAGRO B., *Manipolazione di mercato e strumenti derivati. Una critica al modello di razionalità economica*, Giuffrè, Milano, 2012.
MAIELLO V., *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Cedam, Padova 2005, p. 159 ss.
MAIELLO V., *Luci ed ombre sulla cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 1, 2012, p. 265 ss.
MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, *Raccolta di scritti*, I ed., Giappichelli, Torino, 2014.
MAIELLO V., *La Consulta e la Corte Edu attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1019 ss.
MAIELLO V., *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene*, in *DisCrimen*, 18 novembre 2020.
MAIELLO V., *L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle sezioni unite*, *Nota a Cass.*, *Sez. I*, *ord. 28 gennaio 2021 (dep. 9 febbraio 2021)*, *n. 5071*, in *Sist. pen.*, 10 maggio 2021.
MAIELLO V., *La partecipazione associativa tra (fuga della) tipicità e (assorbimento nella) prova*, in *Giur. it.*, 3, 2022, p. 732 ss.
MAIELLO V., *La partecipazione mafiosa: una fattispecie dalla tipicità ancora incerta*, in G. Amarelli (a cura di), *Quarant'anni di 416-bis c.p. Bilanci e prospettive del delitto di associazione di tipo mafioso. Atti del Convegno*, *Napoli 14 novembre 2022*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 3 ss.
MANES V., *La concussione "ambientale" da fenomenologia a fattispecie "extra legem"*, in *Foro it.*, 2, 1999, p. 645 ss.
MANES V., *La pervicace resistenza dei "reati di sospetto"*, in *Giur. cost.*, 3, 2008, p. 2539 ss.

MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, p. 955 ss.
MANES V., *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, p. 1126 ss.
MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6, 2018, p. 2222 ss.
MANNA A., *L'ammissibilità del concorso esterno nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1187 ss.
MANNA A., *Il bene giuridico protetto*, in L. Ghia-C. Piccininni-F. Severini (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali, vol. VI, I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 11 ss.
MANNHEIM H., *Der Maßtab der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Schletter, Breslau, 1912.
MANNOZZI G., *Le parole del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1431 ss.
MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Cedam, Padova, 2020.
MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015.
MARINUCCI G., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 364 ss.
MARINUCCI G., *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971.
MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, (1965), in ID., *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano, 2013.
MARINUCCI G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 423 ss.
MARINUCCI G., *voce Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 506 ss.
MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 385 ss.
MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2001.
MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, XIII ed., 2024.
MARZADURI E., *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in F. Danovi (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 165 ss.
MATTHEUDAKIS M.L., *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, p. 280 ss.
MATTHEUDAKIS M.L., *Scenari recenti di riforma della responsabilità penale colposa in ambito sanitario: cerchi concentrici intorno alla colpa grave*, in *Responsabilità Medica, Diritto e pratica clinica*, 2024, p. 447 ss.
MAUGERI A.M., *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, Torino, 2010.
MAUGERI A.M., *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa University Press, Pisa, 2021.
MAUGERI A.M., *La fattispecie di associazione di stampo mafioso (art. 416 bis c.p.) dinanzi all'evolversi del fenomeno criminale*, in R. Barcellona-A. Fisichella-S.

Laudani (a cura di), *Mafie*, *Antimafia e cittadinanza attiva*, Mimesis edizioni, Collana Eterotopie, Milano-Udine, 2021, p. 165 ss.

MAUGERI A.M., *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, p. 363 ss.

MAZZACUVA F., *Nulla poena sine lege*, in G. Ubertis-F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 299 ss.

MAZZACUVA F., *Bancarotta e crisi d'impresa. Giustificazione e limiti dell'intervento penale nelle nuove procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2024.

MAZZACUVA N., *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione dei principî fondamentali*, 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, p. 437 ss.

MAZZACUVA N.-AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, VI ed., Cedam, Padova, 2023.

MAZZANTINI E., *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1143 ss.

MCAULIFFE DEGUZMAN M., *Art. 21*, in O. Triffterer-K. Ambos (ed), *Commentary on the Rome Statute*, III ed., C.H. Beck-Hart-Nomos, München-Oxford-Baden, 2016.

MELCHIONDA A., *Commento all'art. 2637 c.c. (Aggiotaggio) ed all'art. 185 d.lgs. 24/2/1998 n. 58 (Manipolazione del mercato)*, in A. Lanzi-A. Cadoppi (a cura di), *I reati societari*, Cedam, Padova, 2007, p. 240 ss.

MELCHIONDA A., *Diritto penale fallimentare e nuova disciplina di gestione della crisi d'impresa. Innovazioni e limiti di una riforma "gattopardesca"*, in *Arch. pen.*, 23 dicembre 2022.

MELCHIONDA A., *Genesi, sviluppo e caratteri attuali del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4, 2023, p. 486 ss.

MELONI C., *Giustizia universale?: tra gli Stati e la Corte penale internazionale: bilancio di una promessa*, Il Mulino, Bologna, 2024.

MENGONI L., *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini*, 7, 1958, p. 125 ss.

MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996.

MENGONI L., *Diritto e tempo*, in *Jus*, 3, 1998, p. 635 ss.

MERLO A., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, Giappichelli, Torino, 2020.

MERRY S.E., *Seductions of Quantification. Measuring human rights, gender violence, and sex trafficking*, The University of Chicago Press, Chicago, 2016.

MEZGER E., *Vomm Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift Träger*, Berlin, 1926, p. 187 ss.

MICHELETTI D., *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice per la legalità*, in *Criminalia 2016*, p. 161 ss.

MINICUCCI G., *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, Firenze, 2018.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, E.S.I., Napoli, 1992.
MOCCIA S., *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, E.S.I., Napoli, 2001.
MOCCIA S. (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, E.S.I., Napoli, 2007.
MONGILLO V., *L'incerta frontiera: il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione. Aspettando le Sez. Unite*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 3, 2013, p. 166 ss.
MONGILLO V., *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4, 2019, p. 630 ss.
MORGANTE G., *Commento alla Legge 29 ottobre 2016, n. 199 – Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*, in R. De Luca Tamajo-O. Mazzotta (a cura di), *Commentario alle leggi del lavoro*, Wolters Kluver-Cedam, Milano-Padova, 2017, p. 3083 ss.
MORGANTE G., *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, in *Giur. it.*, 7, 2018, p. 1703 ss.
MORMANDO V., *Paradigma indiziario e problema della modernità*, in V. Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 89 ss.
MOROSINI P.G., *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2012, p. 261 ss.
MUCCIARELLI F., *Aggiotaggio*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 421 ss.
MUCCIARELLI F., *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465 ss.
MUCCIARELLI F., *Altri artifici una (controversa) modalità di realizzazione del delitto di manipolazione del mercato*, in M. Bertolino-L. Eusebi-G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 2025 ss.
MUCCIARELLI F., *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022.
MUSCATIELLO V.B., *Profili giurisprudenziali e verifiche dommatiche del concorso eventuale in fattispecie associative*, in *Studi in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, 1994, p. 589 ss.
MUSCATIELLO V.B., *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 184 ss.
MUSCO E., *Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione*, in AA.VV. (a cura di), *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Cacucci, Bari, 1996, p. 46 ss.
MYLONOPOULOS C., *Dispositional Concepts and Criminal Law*, in *Yperaspisi*, 1993, p. 243 ss.
MYLONOPOULOS C., *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1998.

NEGRI D., *La costruzione della fattispecie giudiziaria oltre i vincoli della legalità processuale: strategie*, prassi, *conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in L. Foffani-R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna University Press, Bologna, 2016, p. 153 ss.

NELKEN D., *The changing roles of social indicators: from explanation to governance* in P. Alldridge-L. Cheliotis-V. Mitsilegas (ed.), *Globalisation*, *Criminal Law and Criminal Justice: Theoretical*, *Comparative and Transnational Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 25 ss.

NELKEN D., *From pains-taking to pains-giving comparisons*, in *International J. Of Law in Context*, 12, 2016, p. 390 ss.

NELKEN D.-M. SIEMS, *Global Social Indicators: Constructing Transnational Legitimacy*, in *International J. Of Law in Context*, 3, 2017, p. 434 ss.

NEPPI MODONA G., *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 4, 1983, p. 41 ss.

NOBILI M., *Associazioni mafiose*, *criminalità organizzata e sistema processuale*, in S. Moccia (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, E.S.I., Napoli, 1994, p. 229 ss.

NOBILI M., *Storie d'una illustre formula: il «libero convincimento» negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71 ss.

NOTARO L., *La a rilevanza dei "fattori contestuali" ai fini della limitazione della responsabilità colposa del medico. La pandemia da Covid-19 come banco di prova per la colpa penale*, in *Leg. pen.*, 7 marzo 2024.

NUVOLONE P., *Il possesso nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1942.

NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955.

NUVOLONE P., *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969.

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Giuffrè, Milano, 1972.

ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 569 ss.

ORLANDI R., *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, 522 ss.

ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. Ferrua-F.M. Grifantini-G. Illuminati-R. Orlandi (a cura di), *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 3 ss.

ORSI L., *Gli "artifici" costitutivi dell'elemento oggettivo dei delitti di aggiotaggio (art. 2637 c.c.) e di manipolazione del mercato (art. 185 tuf)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1, 2008, p. 93 ss.

PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1995.

PADOVANI T., *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e*

corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1302 ss.

PADOVANI T., *Commento all'art. 609 bis*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, IV ed., Cedam, Padova, 2006, p 415 ss.

PADOVANI T., *Il concorso esterno: alla ricerca del "bandolo" di un'intricata questione*, in *Leg. pen.*, 3, 2012, p. 729 ss.

PADOVANI T., *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 783 ss.

PADOVANI T., *Ancora sul diritto penale giurisprudenziale e sul ruolo della Cassazione*, in V. Plantamura-G. Salcuni (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 253 ss.

PAGLIARO A., *Bene giuridico e interpretazione penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965, p. 389 ss.

PALAZZO F., *L'errore sulla legge extrapenale*, Giuffrè, Milano, 1974.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979.

PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 230 ss.

PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali, ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 327 ss.

PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 338 ss.

PALAZZO F., *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in A. Cadoppi (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1996, p. 381 ss.

PALAZZO F., *"Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico"*, in AA.VV., *L'interpretazione e il giurista*, Cedam, Padova, 2003, p. 507 ss.

PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Milano, 2005, p. 90 ss.

PALAZZO F., *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, p. 515 ss.

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1279 ss.

PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 227 ss.

PALAZZO F., *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2013, p. 178 ss.

PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, p. 4 ss., anche in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, p. 63 ss.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2018.

PALAZZO F., *Introduzione*, in A.M. Stile-S. Manacorda-V. Mongillo (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?*, E.S.I., Napoli, 2018, p. 3 ss.
PALAZZO F., *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sist. pen.*, 11 gennaio 2021.
PALAZZO F., *La legge radicalmente oscura al vaglio della Corte costituzionale: profili penalistici (e non solo)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2023, p. 1049 ss.
PALAZZO F., *La scienza della legislazione penale nella modernità giuridica*, in *Cass. pen.*, 2, 2023, p. 395 ss.
PALAZZO F.-BARTOLI R., *Corso di diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2023.
PALAZZO F.-PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007.
PALIERO C.E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985.
PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466 ss.
PALIERO C.E., *Criminalità economia e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in M. Barillaro (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 141 ss.
PALIERO C.E., *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in L. Stortoni-L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, *L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 239 ss.
PALIERO C.E., *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2004, p. 1011 ss.
PALIERO C.E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano: lezioni del Corso di Diritto penale progredito (a cura di C. Perini-F. Consulich)*, CUEM, Milano, 2006.
PALIERO C.E., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni, Atti del Convegno a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (Courmayeur, 25 settembre 2009)*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 51 ss.
PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014, p. 1099 ss.
PALIERO C.E., *Il mercato della penalità*, Giappichelli, Torino, 2021.
PALIERO C.E. (a cura di), *Il sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2024.
PALIERO, C.E., *Giudizio e pena, sinossi di una diade iconica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2024, p. 1305 ss.
PAPA M., *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 149 ss.

PAPA M., *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019.
PAPA M., *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *DisCrimen*, 2 agosto 2019.
PAPA M., *La forza immaginante del diritto penale*, in *Sist. pen.*, 14 febbraio 2025.
PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955.
PEDRAZZI C., *Problemi del delitto di aggiotaggio*, 1958, p. 29 ss., ora in ID., *Diritto penale*, *IV*, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 3 ss.
PEDRAZZI C., *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997, p. 347 ss.
PEDRAZZI C., *Turbativa dei mercati*, in *Dig. pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, p. 421 ss.
PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 265, ora in ID., *Diritto penale*, *vol. III*, *Scritti di diritto penale dell'economia: problemi generali*, *diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 605 ss.
PEDRAZZI C.-SGUBBI F., *Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. Bricola-F. Galgano-G. Santini (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare Scialoja Branca*, Zanichelli e Soc. Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1995.
PELISSERO M., *Concussione e induzione indebita a dare e a promettere utilità*, in C.F. Grosso-M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 203 ss.
PENCO E., *"Soglie giurisprudenziali" e fatto di lieve entità in materia di stupefacenti, tra interpretazione tassativizzante e derive nomopoietiche*, in *Sist. pen.*, 24 ottobre 2023.
PENCO E., *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, Giappichelli, Torino, 2023.
PENCO E., *Soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea*, in *Lexambiente*, 3, 2024, p. 27 ss.
PERIN A., *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *Rivista di Biodiritto*, 2, 2022, p. 353 ss.
PERRICCIUOLO N., *I criteri di attribuzione della qualifica pubblicistica al privato concessionario*, in *Giur. merito*, 1, 2010, p. 465 ss.
PERRONE D., *Nullum crimen sine iure: il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019.
PIERGALLINI C., *Colpa (diritto penale)*, voce, in *Enc. dir.*, *Annali X*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 222 ss.
PIERGALLINI C., *Il fatto tipico colposo*, in E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 285 ss.
PIGNATONE G.-PRESTIPINO M., *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2019.
PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione*, *decostruzione*, *ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, 2011, p. 19 ss.
PIRAS P., *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2015.

PIRAS P., *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021.
PIRAS P., *I nuovi artt. 590 sexies e 590 septies c.p. nella proposta della Commissione D'Ippolito*, in *Sist. pen.*, 25 febbraio 2025.
PISA P., *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 568 ss.
PISANI N., *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in Id. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 17 ss.
PISANI N., *Crisi d'impresa e diritto penale*, Giappichelli, Bologna, 2018.
PIZZORUSSO A., *Il "Renton Report" e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 741 ss.
POGGI F., *Contesto e significato letterale*, in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, 2006, p. 169 ss.
POGGI D'ANGELO M., *L'accertamento del 'pericolo concreto' nel delitto di manipolazione del mercato, nota a Cass., Sez. I, 6 maggio 2015, n. 45347*, in *Cass. pen.*, 1, 2017, p. 286 ss.
POGGI D'ANGELO M., *Il dolo di pericolo nella bancarotta fraudolenta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2019, p. 2129 ss.
POLI P.F., *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 903 ss.
POLI P.F., *La colpa grave: i gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2021.
PRANDI S., *Medical Negligence During the Pandemic: The Italian Choice for Criminal 'Shields' and the Need for Further Reform*, in *The Italian Law Journal*, vol. 8, 2, 2022, p. 939 ss.
PRANDI S., *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2024.
PREZIOSI S., *L'aggiotaggio (art. 2637)*, in A. Rossi (a cura di), *Reati societari*, Utet, Torino, 2005, 459 ss.
PREZIOSI S., *La manipolazione di mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Cacucci, Bari, 2008.
PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982.
PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1993.
PROVERA A., *'*Omnis definitio in iure..', *La responsabilità medica e la problematica distinzione tra i tipi di colpa generica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, p. 1355 ss.
PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976.
PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93 ss.
PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.

PULITANÒ D., *La Requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 257 ss.
PULITANÒ D., *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2013, p. 73 ss.
PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, p. 46 ss.
PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2, 2017, p. 149 ss.
PUTNAM H., *The Meaning of 'Meaning'*, 1975, in *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 7, p. 131 ss., trad. it. in ID., *Mente, linguaggio e realtà*, Adelphi, Milano, 1987.

RADBRUCH G., *Idea e materia del diritto*, Uno schizzo, in G. Carlizzi-V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa, 2016, p. 37 ss.
RAMACCI F., *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Giuffrè, Milano, 1970.
RAMPIONI R., *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e cd. Giurisprudenza "creativa"*, Cedam, Padova, 2007.
RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.
RICOEUR P., *Ermeneutica filosofica ed ermeneutica biblica*, trad. it., Paideia, Brescia, 1977.
RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
RISICATO L., *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *DisCrimen*, 25 maggio 2020.
ROBINSON D.-VON HEBEL H., *Reflections on the Elements of Crimes*, in R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, 2001, p. 219 ss.
ROBINSON P.H., *Rules of Conduct and Rules of Adjudication*, in *U. Chic. L. Rev.*, 57, 1990, p. 729 ss.
ROBINSON P.H.-P. STEPHEN-P. GARVEY-K. KESSLER FERZAN (ed.), *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
ROIATI A., *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 19 maggio 2020.
ROMANO B., *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 1 ss.
ROMANO M., *Il diritto penale e la borsa*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 693 ss.
ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Giuffrè, Milano, 2004.
RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale*, Cedam, Padova, 1979.
RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, 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, p. 693 ss.

RONCO M., *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 1, 2013, p. 35 ss.

RONCO M., *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. Romano-G. Tinebra (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 31 ss.

RONCO M., *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, p. 1953 ss.

ROSGA A.J.-SATTERTHWAITE M.L., *The trust in indicators: Measuring human rights*, in *Berkley Journal of International Law* (BJIL), vol. 27, 2, 2009, p. 253 ss.

ROSS A., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1964.

ROSSI A., *Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione del mercato art. 2637 cod. civ. e 185 d. lgs. 58/98: problemi e prospettive*, in 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, p. 2656 ss.

ROSSI P., *Trattato di diritto penale*, trad. it., Napoli, 1896.

ROXIN C., *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, *Band I*, III ed., C.H. Beck, München, 1997.

RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Lineamenti generali*, Jovene, Napoli, 1965.

RYLE G., *The Concept of Mind*, London, 1949, trad. it. di Ferruccio Rossi-Landi, *Lo spirito come comportamento*, Einaudi, Torino, 1955.

SALCUNI G., *Per una ricostruzione, finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa University Press, Pisa, 2017.

SALES P., *A. comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998*, in *L.Q.R.*, 125, 2009, p. 598 ss.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1968.

SANTAMARIA D., *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Jovene, Napoli, 1955.

SANTANGELO A., *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2022.

SANTORO E.-STOPPIONI C., *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 267 ss.

SANTORO M. (a cura di), *Riconoscere le mafie: cosa sono*, *come funzionano*, *come si muovono*, Il Mulino, Bologna, 2015.

SARTORI G., *La politica come scienza*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2, 1972, p. 227 ss.

SCARANO A., *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 145 ss.

SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze, Torino, 1959.

SCARPELLI U., *Semantica giuridica*, in *Nov. dig. it.*, vol. XVI, Utet, Torino, 1969, p. 978 ss.

SCARPELLI U., *La definizione del diritto*, in ID., *Diritto e Analisi del Linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, p. 187 ss.
SCARPELLI U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 5 ss.
SCHABAS W., *The International Criminal Court*, *A Commentary on the Rome Statute*, II, Oxford University Press, Oxford, 2016.
SCIARRONE R., *Mafie vecchie mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, Roma, 2009.
SCOLETTA M., *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, in *Corr. Merito*, 2011, p. 844 ss.
SCOLETTA M., *I mobili confini tra concussione e induzione indebita nelle prime sentenze della Corte di cassazione*, in *Riv. NelDiritto*, 5, 2013, p. 887 ss.
SCOLETTA M., *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo?*, in *Oss. cost.*, 5, 2021, p. 196 ss.
SCOLETTA M., *Idem crimen*, *Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Giappichelli, Torino, 2023.
SCORZA E., *Le novità rilevanti per il diritto penale nelle recenti manovre "anti-crisi"*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 7 ss.
SELVAGGI N., *Estraneità dell'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in N. Pisani (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 97 ss.
SEMINARA S., *Il reato di aggiotaggio su strumenti finanziari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 448 ss.
SEMINARA S., *L'aggiotaggio (art. 2637)*, in A. Giarda-S. Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Cedam, Padova, 2002, p. 544 ss.
SEMINARA S., *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 546 ss.
SEMINARA S., *Nuove schiavitù e società "civile": il reato di sfruttamento del lavoro"*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 137 ss.
SEMINARA S., *Diritto penale commerciale. Il diritto penale del mercato mobiliare*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2022.
SERRAINO F., *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 264 ss.
SESSA A., *Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, p. 241 ss.
SEVERINO P., *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2013, p. 7 ss.
SGUBBI F., *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna, 2019.
SGUBBI F.-TRIPODI A., voce *Abusi di mercato*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, *Tomo II*, Estratto, Giuffrè, Milano, 2009.
SILVESTRI G., *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *Sist. pen.*, 17 maggio 2024.
SIRACUSA L., *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste soglie di punibilità e modelli di selezione quantitativa dell'illecito nella nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Lexambiente*, 2, 2024, p. 38 ss.

SIRACUSANO F., *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1870 ss.
SOTIS C., *Problèmes de précision et èléments normatifs dans le Statut de la CPI*, in M. Delmas-Marty-E. Fronza-A. Lambert (a cura di), *Les sources du droit pénal international. L'experience du Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Société de législation comparée, Parigi, 2005, p. 196 ss.
SOTIS C., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2009, p. 1149 ss.
SOTIS C., *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte Costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017.
SOTIS C., *Il principio di legalità*, in C.E. Paliero (a cura di), *Il sistema penale*, Torino, 2024, p. 87 ss.
SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, Padova, 1993.
SPARAGNA R., *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2015.
STELLA F., *Fatti di bancarotta e intervento del magistero punitivo*, in AA.VV., *La crisi dell'impresa e l'intervento del giudice*, Milano, 1978, p. 121 ss.
STYCHIN C.-L. MULCAHY, *Legal Methods and Systems: Text and Materials*, 2007, Sweet & Maxwell, London.

TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.
TAVERRITI S.B., *L'autonormazione medica al banco di prova dei formanti penali*, in *Leg. pen.*, 16 aprile 2024.
TODARO G.-ORSI G., *La valutazione ex post della pericolosità in concreto della condotta distrattiva e del dolo sulla base di c.d. indici di fraudolenza. Nota a Cass., sez. V, 13 gennaio 2023, n. 11230*, in *IUS Societario*, 30 maggio 2023.
TORRE V., *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2, 2018, p. 289 ss.
TORRE V., *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis cp tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *Quest. giust.*, 4, 2019, p. 90 ss.
TORRE V., *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *Labour & Law Issues*, vol. 6, 2, 2020, p. 72 ss.
TRIFFTERER O., *Can the "Elements of Crimes" Narrow or Broaden Responsibility for Criminal Behaviour Defined in the Rome Statute?*, in C. Stahn-G. Sluiter (ed.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 381 ss.
TROVATORE F., *Aggiotaggio su strumenti finanziari*, in C. Rabitti Bedogni (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1001 ss.
TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, Giuffrè, Milano, 1984.
TURONE G.-BASILE F., *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, Milano, 2024.

ULRICH K.-XANTHAKI H., *Legislation and legisprudence in Europe: a comprehensive guide for scholars and practitioners*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

VARESE F., *Mafie in movimento. Percorsi e geografie del crimine organizzato*, Einaudi, Torino, 2011.
VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 158 ss.
VASSALLI G., *Tipicità, diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 535 ss.
VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 278 ss.
VASSALLI G., *Statuto di Roma, Note sull'istituzione di una Corte Penale Internazionale*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1999, p. 9 s.
VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia 2008*, p. 493 ss.
VELLUZZI V., *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia 2012*, p. 305 ss.
VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 299 ss.
VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2002.
VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di «diritto penale giurisprudenziale», «partecipazione» e «concorso esterno»*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio, Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Cedam, Padova, 2005, p. 279 ss.
VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.
VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021.
VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021.
VIGANÒ F., *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. Ubertis-F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 33 s.
VIGANÒ F., *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2025.
VIOLA F., *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 63 ss.
VISCONTI C., *Imprenditori e camorra: l'«ineluttabile coartazione» come criterio discretivo tra complici e vittime?*, in *Foro it.*, 1999, p. 631 ss.
VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003.
VISCONTI C., *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in G. Fornasari-A. Melchionda-L. Picotti-F. Viganò (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio, Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Cedam, Padova 2005, p. 143 ss.

VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2012, p. 247 ss.
VISCONTI C., *I giudici di legittimità ancora alle prese con la mafia silente al nord: dicono di pensarla allo stesso modo ma non è così*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015.
VISCONTI C., *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis c.p.?*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, p. 352 ss.
VISCONTI C., *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2015.
VISCONTI C., *Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord*, in *Libro dell'anno del diritto*, www.treccani.it, 2016, p. 1 ss.
VISCONTI C., *Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di dell'Utri*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2016.
VISCONTI C.-MERENDA I., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis. Tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2019.
VITARELLI F., *Artt. 603.*bis c.p., 603.bis 1 c.p., 603.bis 2 c.p., in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 4130 ss.
VITARELLI F., *L'operatività del 416-bis c.p. in contesti non tradizionali: una tipicità liquida?*, in *Leg. pen.*, 15 settembre 2020.
VITARELLI F., *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.)*, in *Sist. pen.*, 5 aprile 2022.
VITARELLI F., *La rilevanza degli "indicatori" nell'accertamento della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale: verso una dimensione dinamica della tipicità?*, in G. Di Vetta (a cura di), *Il nuovo volto del diritto penale fallimentare*, Pacini, Pisa, 2023, p. 187 ss.
VITARELLI F., *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, in *Le soc.*, 1, 2023, p. 83 ss.
VITARELLI F., *Lo sfruttamento del lavoro intellettuale è fuori dal tipo descritto dall'art. 603-bis c.p.?,* in *Sist. pen.*, 12, 2024, p. 89 ss.
VITARELLI F., *Proporzionalità della pena e determinatezza della fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2024, p. 214 ss.
VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto*, Giappichelli, Torino, 2007.
VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011.
VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali IX*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 371 ss.
VOGLIOTTI M., *Risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Rivista fil. dir.*, 1, 2015, p. 89 ss.
VOGLIOTTI M., *Introduzione*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2016, p. 7 ss.
VOGLIOTTI M., *Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza*, *cultura del precedente ed etica del limite*, in *Sist. pen.*, 31 gennaio 2024.
VOLK K., *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.

VOLK K., *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, in C. Canaris (ed.), *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, München, 2000, p. 735 ss.
VOLK K., *I rapporti fra il concetto e la prova degli elementi soggettivi*, dattiloscritto presentato all'Associazione F. Bricola, 2000.
VOLK K., *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, in A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone-F. Schiaffo-A. Sessa (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, in *Scritti in onore di Sergio Moccia*, E.S.I., Napoli, 2017, p. 37 ss.
VON LISZT F., *An Unsere Leser*, in *ZStW*, 1881, p. 1 ss.

WELZEL H., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlin-Leipzig, 1935, p. 53 ss.
WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1, IV ed., Walter de Gruyt, Berlin, 1947.
WELZEL H., *Posizione dogmatica della teoria finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 1 ss.
WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 31 ss.
WERLE G., *Diritto dei crimini internazionali*, trad. it. a cura di A. di Martino, Bologna University Press, Bologna, 2009, p. 40 ss.
WERLE G.-JESSBERGER F., *'Unless Otherwise Provided': Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, p. 35 ss.
WERLE G.-JESSBERGER F., *Principles of International Criminal Law*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 2020.
WIN-CHIAT L., *International crimes and universal jurisdiction*, in L. May-Z. Hoskins (a cura di), *International criminal law and philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 15 ss.
WINTGENS L.J., *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, in *Ratio Juris*, vol. 19, 1, 2006, p. 11 ss.
WITTGENSTEIN L., *Ricerche filosofiche*, (1953), trad. it., Einaudi, Torino, 1999.
WOLF E., *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit Vorstudien zur Allg. Lehre vom Bes*, Hirt, Breslau, 1931.

XANTHAKI H.-PENNISI G.A., *"Legislative Drafting e lingua: ipotesi di semplificazione del testo normativo"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2014, p. 41 ss.
XANTHAKI H., *Drafting manuals and quality in legislation: positive contribution towards certainty in the law or impediment to the necessity for dynamism of rules?*, in *Legisprudence*, 4, 2010, p. 111 ss.
XANTHAKI H., *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2014.
XANTHAKI H., *Legislative Drafting for the EU Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2024.

ZACCARIA G., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
ZACCARIA G., *Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2012, p. 135 ss.
ZAGREBELSKY G., *I delitti contro l'ordine pubblico*, in F. Bricola-V. Zagrebelsky (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. IV, Utet, Torino, 1996, p. 559 ss.
ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2017.
ZANON N., *Presupposti e garanzie per la riduzione dell'arbitrio giudiziario A margine di alcune pagine di "Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale" di Luigi Ferrajoli*, in *Oss. cost.*, 1, 2025, p. 4 ss.
ZUFFADA E., *Il metodo mafioso alla prova delle mafie "diverse" dalle mafie tradizionali. Una sinossi della giurisprudenza*, in *Arch. pen.*, 16 aprile 2024.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA E DEI DOCUMENTI

Giurisprudenza

Corte costituzionale
Corte cost., 27 maggio 1961, n. 27
Corte cost., 29 gennaio 1971, n. 14
Corte cost., 3 marzo 1972, n. 42
Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96
Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364
Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085
Corte cost., 18 gennaio 1989, n. 11
Corte cost., 15 maggio 1989, n. 247
Corte cost., 11 giugno 1990, n. 282
Corte cost., 19 febbraio 1996, n. 48
Corte cost., 2 novembre 1996, n. 370
Corte cost. 7 luglio 2005, n. 265
Corte cost. 20 giugno 2008, n. 225
Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327
Corte cost. 11 giugno 2014, n. 172
Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24
Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141
Corte cost. 20 dicembre 2019, n. 278
Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98
Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110

Giurisprudenza di legittimità
Cass., sez. II, 24 marzo 1972, Balsamo
Cass., sez. I, 5 novembre 1979, Mannolo
Cass. sez. I, 30 gennaio 1985, Scarabaggio
Cass., sez. II, 23 giugno 1986, Torazzina
Cass., sez. I, 30 settembre 1986, n. 14134, Amerato
Cass., sez. I, 6 aprile 1987, n. 13070, Aruta
Cass., sez. I, 13 giugno 1987, n. 3492, Altivalle
Cass., sez. I, 1 luglio 1987, n. 9859, Ingemi
Cass., sez. IV, 10 giugno 1989, n. 11204, Teardo
Cass., sez. I, 25 febbraio 1991, n. 6203, Grassonelli

Cass., sez. I, 19 marzo 1992, D'Alessandro
Cass., sez. I, 20 novembre 1992, De Feo
Cass., sez. V, 4 novembre 1993, n. 11438
Cass., sez., VI, 11 febbraio 1994, n. 1793, De Tommasi
Cass., sez. I, 23 marzo 1994, Pulito
Cass., sez. II, 15 aprile 1994, n. 5386, Matrone
Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry
Cass., sez. VI, 10 marzo 1995, Monaco
Cass., sez. V, 6 novembre 1996, n. 9430
Cass., sez. V, 19 dicembre 1997, n. 4307, Magnelli
Cass., sez. VI, 18 dicembre 1998, n. 13395
Cass., sez. I, 5 gennaio 1999, n. 84, Cabib
Cass., sez. V, 9 marzo 1999, n. 4424
Cass., sez. V, 16 marzo 2000, n. 4893, Frasca
Cass., sez. VI, 30 maggio 2001, Hsiang Khe
Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale
Cass., sez. V, 25 giugno 2003, n. 38412, Di Donna
Cass., sez. V, 2 ottobre 2003, n. 45711, Peluso
Cass., sez. V, 3 ottobre 2003, n. 37565
Cass., sez. I, 12 dicembre 2003, n. 9604, Marinaro
Cass., sez. II, 15 ottobre 2004, n. 48641, Andreotti
Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino
Cass., sez. V, 30 gennaio 2006, n. 75555
Cass., sez. V., 13 febbraio 2006, n. 19141, Bruzzaniti
Cass., sez. I, 10 luglio 2007, n. 34974, Brusca
Cass., sez. V, 15 luglio 2008, n. 39546
Cass., sez. V, 2 ottobre 2008, n. 2063
Cass., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 35882
Cass., sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, Barbato
Cass., sez. I, 16 maggio 2011, n. 25242, Baratto
Cass., sez. III, 11 gennaio 2012, n. 4304, Romeo
Cass., sez. II, 3 maggio 2012, D'Ambrogio
Cass., sez. V, 8 novembre 2012, n. 4324
Cass., sez. II, 16 aprile 2013, n. 1948, Avallone
Cass., sez. II, 30 aprile 2013, n. 22989, Gioffrè
Cass., sez. II, 12 settembre 2013, n. 44315, Cicero
Cass., sez. V, 27 settembre 2013, n. 4619
Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera
Cass., sez. V, 20 dicembre 2013, n. 14582, D'Onofrio
Cass., sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14591, Stoican
Cass., sez. V, 13 febbraio 2014, n. 21846
Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn
Cass., sez. VI, 5 giugno 2014, n. 30059, Albanese
Cass., sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077

Cass., sez. V, 12 dicembre 2014, n. 20532
Cass., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548
Cass., sez. V, 30 gennaio 2015, n. 29099
Cass., sez. V, 19 febbraio 2015, n. 33527
Cass., sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, Bandiera
Cass., sez. V, 10 aprile 2015, n. 24535
Cass., sez. II, 21 aprile 2015 n. 34147, Infinito
Cass., sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino
Cass., sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774
Cass., sez. I, 18 dicembre 2015, n. 1911
Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli
Cass., sez. II, 13 aprile 2016, n. 18132, Trematerra
Cass., sez. V, 6 maggio 2016, n. 18980
Cass., sez. II, 18 maggio 2016, n. 22447, Spinoccia
Cass., sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359, Pesce
Cass., sez. V, 14 settembre 2016, n. 42996
Cass., sez. V, 7 febbraio 2017, n. 33256
Cass., sez. VI, 1 marzo 2017, n. 27094, Milite
Cass., sez. V, 22 marzo 2017, n. 13910, Santoro
Cass., sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819
Cass., sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850, Cataldo
Cass., sez. V, 19 giugno 2017, n. 44398
Cass., sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, Sgaramella
Cass., sez. V, 14 settembre 2017, n. 54300
Cass., sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 57986
Cass., sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17936, Svolazzo
Cass., sez. V, 22 febbraio 2018, n. 18517
Cass., sez. un., 23 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti
Cass. pen., sez. V, 18 maggio 2018, n. 40477
Cass., sez. V, 19 ottobre 2018, n. 53437
Cass., sez. IV, 9 ottobre 2019, n. 49781
Cass., sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125
Cass., sez. V, 21 novembre 2019, n. 15
Cass., sez. II, 29 novembre 2019, n. 10255, Fasciani
Cass., sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258
Cass., sez. IV, 18 febbraio 2020, n. 11546, Sarker
Cass., sez. IV, 16 settembre 2020, n. 27582, Savoia
Cass., sez. un., 11 ottobre 2021, n. 36958, Modaffari
Cass., sez. V, 19 ottobre 2020, n. 37525
Cass., sez. V, 3 novembre 2020, n. 13382
Cass., sez. V, 1 febbraio 2021, n. 3795
Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 7861
Cass., sez. IV, 11 novembre 2021, n. 45615
Cass., sez. V, 18 gennaio 2022, n. 12827

Cass., sez. IV, 10 marzo 2022, n. 24388
Cass., sez. V, 11 marzo 2022, n. 24071
Cass., sez. V, 20 maggio 2022, n. 29850
Cass., sez. V, 23 giugno 2022, n. 37109
Cass., sez. VI, 25 novembre 2022, n. 45061
Cass., sez. IV, 30 novembre 2022, n. 9473
Cass., sez. II, 20 dicembre 2022, n. 47538, Casamonica
Cass., sez. V, 13 gennaio 2023, n. 11230
Cass., sez. V, 16 gennaio 2023, n. 17171
Cass., sez. I, 2 marzo 2023, n. 1234
Cass., sez. IV, 7 marzo 2023, n. 9473
Cass., sez. V, 17 maggio 2023, n. 31702
Cass., sez. I, 3 ottobre 2023, n. 40033
Cass., sez. II, 24 ottobre 2023, n. 48278
Cass., sez. VI, 16 novembre 2023, n. 2319
Cass., sez. IV, 5 dicembre 2023 n. 2573
Cass., sez. VI, 7 dicembre 2023, n. 238
Cass., sez. VI, 22 dicembre 2023, n. 5930
Cass., sez. VI, 22 dicembre 2023, n. 2112
Cass., sez. VI, 8 febbraio 2024, n. 9444
Cass., sez. II, 9 febbraio 2024, n. 9840
Cass., sez. V, 14 giugno, 2024, n. 23926
Cass., sez. V, 28 febbraio 2025, n. 8358

Giurisprudenza di merito

Trib. Milano, 11 novembre 2002, Mensi
Trib. Milano, sez. II, 14 novembre 2005, Rossi
Trib. Milano, 27 marzo 2006, Crovetto
Trib. Torino, sez. GIP/GUP, 8 ottobre 2012, Bandiera
Corte App. Torino, 10 dicembre 2013, Bandiera
Corte Ass. Lecce, 13 luglio 2017, n. 2
Trib. Roma, sez. X, 16 ottobre 2017, n. 11730
Trib., Ascoli Piceno, 12 marzo 2020, n. 156
Corte App. Milano, sez. I, 13 novembre 2020, n. 2931
Corte App. Milano, sez. I, 16 novembre 2020, n. 2944
Trib. Milano, sez. GIP/GUP, 15 ottobre 2021, n. 2805
Trib. Vicenza, 30 giugno 2022, n. 478
Trib. Cassino, 18 aprile 2023, n. 120
Corte App. Milano, sez. I, 4 settembre 2023, n. 2582

Consiglio di Stato

Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332
Cons. St., sez. V, 11 marzo 2010, n. 1418

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, ric. n. 4250/09, Del Rio Prada c. Spagna
Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, Contrada c. Italia

Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia
ICTY, Tadic, IT-94^1-T, Trial Chamber, 7 May 1997

Corte Penale Internazionale
ICC, Katanga and Ngudjolo Chui, 01/04 01/07-717, Pre Trial Chamber, 1 ottobre 2008.
ICC, Bemba Gombo, 01/05-01/08-388, Pre Trial Chamber, 3 marzo 2009.
ICC, Al Bashir, 02/05-01/09-3, Pre-Trial Chamber, 4 marzo 2009.
ICC, Abu Garda, 02/05-02/09-243-Red, Pre Trial Chamber, 8 febbraio 2010.
ICC, Lubanga Dyilo, 01/04-01/06, Trial Chamber, 14 marzo 2012.
ICC, Germain Katanga, 01/04-01/07, Trial Chamber, 7 marzo 2014.
ICC, Bosco Ntangada, 01/04-02/06-309, Pre Trial Chamber 9 giugno 2014.
ICC, Bemba Gombo, 01/05-01/13, Trial Chamber, 21 marzo 2016.
ICC, Dominic Ongwen, 02/04-01/15-422, Pre Trial Chamber, 23 marzo 2016.

Documenti
AIPDP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, 5° gruppo di lavoro composto da Sergio Seminara, Giuliano Balbi, Marta Bertolino, Alberto Cadoppi, 2023: https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/110_001_Reati_in_materia_sessuale_di_Marta_Bertolino.pdf.
AIPDP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *Materiali per la riforma dei delitti contro la persona*, *I reati colposi contro la vita e l'incolumità fisica*, secondo articolato presentato dal 3° Gruppo, composto da Sergio Seminara, Domenico Pulitanò e Matteo Caputo, 2022: https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/188_secondo%20articolato%20aggiornato%20responsabilit%C3%A0%20sanitari.pdf.
AIPDP-DIPLAP, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023: https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/225_AIPDP-DIPLAP_Riforma_reati_contro_la_persona_a_cura_di_AIPDP-DIPLAP.pdf.
ALI, American Legal Institute, *Model Penal Code*, 1962: https://archive.org/details/ModelPenalCode_ALI.
Camera dei Deputati, *Lavori preparatori per la riforma delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603-bis c.p.*, 6 ottobre 2016: https://www.camera.it/leg17/1079?idLegislatura=17&tipologia=indag&sottotipologia=c0211_fenomeni&anno=2016&mese=10&giorno=06&idCommissione=0211&numero=0002&file=indice_stenografico.
Camera dei Deputati, *Relazione per la II Commissione sulla riforma del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (A.C. 4008)*, in *Dir. pen. cont.*,

15 novembre 2016: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Relazione%20caporalato%20on.%20Berretta.pdf.

Consob, *Comunicazione n. DME/5078692 del 29-11-2005 documento Cesr (Committee of European Securities Regulators)*: https://www.consob.it/documents/1912911/1914304/c5078692.pdf/34c386b0-c5cd-d17b-9323-fa09dc801c09.

ILO, *Explanation for indicators of trafficking for labour exploitation*, 2009: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40declaration/documents/publication/wcms_105035.pdf.

ILO, *Hard to see, harder to count: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*, 2012: https://www.ilo.org/publications/hard-see-harder-count-survey-guidelines-estimate-forced-labour-adults-and-0.

ILO, *Hard to see, harder to count. Handbook on forced labour surveys*, 2024: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40ipec/documents/publication/wcms_914768.pdf.

ILO, *Operational indicators of trafficking in human beings*, 2009: https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_105023/lang--en/index.htm.

International Law Commission, *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, *Yearbook of the International Law Commission*, 2019, vol. II: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_7_2019.pdf.

Ministero della Giustizia, *Proposta della Commissione D'Ippolito*, *Relazione sull'articolato penale*, 2024: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1739744826_dippolito.pdf.

Ministero della Giustizia, *Relazione finale della Commissione Bricchetti sulla riforma dei reati fallimentari*, 2022: https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/07/RELAZIONE.pdf.

OSCE, *Perseguire Giudizialmente i Crimini d'Odio. Una guida pratica*, 2016: https://www.osce.org/files/f/documents/9/e/262261.pdf.

Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Circolare contenente "criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penale"*, 5 febbraio 1986 (anche in *Cass. pen.*, 1986, p. 632 ss.): https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario.

Processo Dell'Utri, *Lo schema della requisitoria del sostituto procuratore generale Iacoviello, integrato dalle note di udienza del p.g.* (Cass., sez. V, 9 marzo 2012, imp. Dell'Utri), in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2012, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1331539353Requisitoria%20Iacoviello.pdf.

Ufficio del Massimario, *Relazione n. 19/2023 "Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309"*, 14 aprile 2023: https://www.penaledp.it/wp-content/uploads/2023/05/Rel.19-2023.pdf.

UNHCR, *Linee Guida "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta"*, 2021: https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2021/01/Linee-Guida-per-le-Commissioni-Territoriali_identificazione-vittime-di-tratta.pdf.

UNODC, *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2012 (reperibile in: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_E.pdf).

Finito di stampare nel mese di giugno 2025
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE "CESARE BECCARIA"

Serie di diritto ecclesiastico e canonico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITALI E.G., *Profili* dell'impedimentum criminis (1979), 8°, p. VIII-356.
2. ALBISETTI A., *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico* (1980), p. XIV-306.
3. ALBISETTI A., *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico* (1983), 8°, p. 132.
4. JASONNI M., *Contributo allo studio della «ignorantia juris» nel diritto penale canonico* (1983), 8°, p. IV-192.
5. VITALI E., CASUSCELLI G. (a cura di), *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, atti del convegno (Milano-Bergamo 10-12 ottobre 1985) (1988), 8°, p. X-436.
6. CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE, *L'obiezione di Coscienza nei paesi della comunità europea*, atti dell'incontro (Bruxelles-Lovanio 7-8 dicembre 1990) (1992), 8°, p. VI-306.
7. CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE, *Stati e Confessioni religiose in Europa, modelli di finanziamento pubblico, scuola e fattore religioso*, Atti dell'incontro (Milano-Parma 20-21 ottobre 1989) (1992), 8°, p. VIII-214.
8. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *Marriage and religion in Europe*, Proceedings of the meeting (Augsburg 28-29 november 1991) (1993), 8°, p. VI-252.
9. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *Churches and labour law in the EC countries*, proceedings of the meeting (Madrid 27-28 november 1992) (1993), 8°, p. 282.
10. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *The legal status of the religious minorities in the countries of the european union*, proceedings of the meeting (Thessaloniki 10-20 november 1993) (1994), 8°, p. 380.
11. CONSORTIUM EUROPEEN: RAPPORTS RELIGIONS-ETAT, *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'union européenne*, Actes du colloque (Université de Paris XI, 18-19 novembre 1994) (1995), 8°, p. 234.
12. BARDI M., *Il dolo nel matrimonio canonico* (1996), 8°, p. VIII-274.
13. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *Religions in european union law*, proceedings of the colloquium (Luxembourg/Trier 21-22 november 1996) (1998), 8°, p. VI-196.
14. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *"New liberties" and church and state relationships in Europe*, proceedings of the meeting (Tilburg 17-18 november 1995) (1998), 8°, p. VIII-470.
15. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH-STATE RESEARCH, *New religious movements and the law in the European union*, proceedings of the meeting (Lisbon, Universidade Moderna 8-9 november 1997) (1999), 8°, p. VIII-392.
16. CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE, *Cittadini e fedeli nei paesi dell'unione europea, una doppia appartenenza alla prova della secolarizzazione e della Mondializzazione*, atti del colloquio (Università per stranieri, Reggio Calabria 12-15 novembre 1998) (1999), 8°, p. VI-428.

17. Consortium europeen pour l'etude des relations eglises-etat, *Le statut des confessions religieuses des états candidats à l'union européenne, sous la direction de Francis Messner*, actes du Colloque (Université Robert Schuman - CNRS, Strasbourg, 17-18 novembre 2000) (2002), 8°, p. VIII-276.
18. European consortium for church-state research, *Social welfare, religious organizations and the State*, editors Inger Dübeck and Frands Ole Overgaard, proceedings of the meeting (Sandjerg, 18-20 November 1999) (2003), 8°, p. VIII-232.
19. Pacillo V., *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato* (2003), 8°, p. XII-380.
20. Dieni E., Ferrari A., Pacillo V. (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture* (2006), 8°, p. XII-402.
21. Pasquali Cerioli J., *L'indipendenza dello stato e delle confessioni religiose, contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano* (2006), 8°, p. VIII-206.
22. Finocchiaro F., *Saggi (1973-1978)*, a cura di Alessandro Albisetti (2008), 8°, p. XVI-730.
23. Vitali E., *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico* (2012), 8°, p. XXII-524.

Serie diritto penale

1. Maiani G., *Fondamento e valore dell'esimente prevista dall'art. 598 c.p.* (1970), p. XVIII-120.

Serie diritto processuale penale

1. Amodio E., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione* (1967), p. 221.
2. Dominioni O., *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale* (1974), p. VIII-376.
3. Amodio E., *Le cautele patrimoniali nel processo penale* (1971), p. VIII-312.
4. Dominioni O., *La testimonianza della parte civile* (1974), p. IV-152.

Serie unificata di diritto penale e diritto processuale penale

6. Ubertis G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (1979), p. IV-152.
7. Palmieri R., *Il delitto di avvelenamento di acque (art. 439 c.p.)* (1979), p. IV-170.
8. Presutti A., *La declaratoria delle nullità nel regime delle impugnazioni penali* (1982), p. IV-284.
9. Prosdocimi S., *Profili penali del postfatto* (1982), p. XII-344.
10. G. Ubertis, *Dibattimento senza imputato e tutela del diritto di difesa* (1984), p. IV-256.
11[1]. *Studi in memoria di Giacomo Delitala* (1984), I, p. IV-724.
11[2]. *Studi in memoria di Giacomo Delitala* (1984), II, p. VIII-725-1446.
11[3]. *Studi in memoria di Giacomo Delitala* (1984), III, p. VIII-1447-2166.
12. Presutti A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario* (1986), p. IV-164.
13. Comucci P., *Nuovi profili del trattamento penitenziario* (1988), p. IV-164.
14. Barone G., *Enti collettivi e processo penale* (1989), p. VI-258.
15. *Studi in memoria di Pietro Nuvolone* (1991), I, p. VIII-792.
16. *Studi in memoria di Pietro Nuvolone* (1991), II, p. VI-706.
17. *Studi in memoria di Pietro Nuvolone* (1991), III, p. VI-698.
18. De Maglie C., *L'agente provocatore* (1991), p. XVI-456.
19. Peroni F., *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali* (1992), p. VI-270.
20. Bernasconi A., *La collaborazione processuale* (1995), p. VI-378.
21. Ruggieri F., *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari* (1996), p. VIII-326.
22. Catalano E.M., *La prova d'alibi* (1998), p. VIII-166.
23. Vigoni D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti* (2000), p. XIV-624.
24. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia* (2000), I - Diritto penale, p. XII-942.

25. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia* (2000), II - Procedura penale, p. VI-780.
26. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia* (2000), III - Criminologia, p. VI-1056.
27. Catalano E.M., *L'accordo sui motivi di appello* (2001), p. VI-182.
28. Capitta A.M., *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali* (2001), p. X-344.
29. Ruga Riva C., *Il premio per la collaborazione processuale* (2002), p. XVI-616.
30. Bonetti M., *Riservatezza e processo penale* (2003), p. XIV-358.
31. Pedrazzi C., *Diritto penale* (2003), I - scritti di parte generale, p. X-576.
32. Pedrazzi C., *Diritto penale* (2003), II - scritti di parte speciale. Reati contro il patrimonio - delitti contro la pubblica amministrazione - varia, p. VI-520.
33. Pedrazzi C., *Diritto penale* (2003), III - scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali - diritto penale societario, p. VI-848.
34. Pedrazzi C., *Diritto penale* (2003), IV - scritti di diritto penale dell'economia. Disciplina penale dei mercati - diritto penale bancario - diritto penale industriale - diritto penale fallimentare - varia, p. VI-1096.
35. Basile F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva* (2005), p. XX-928.
36. Lupária L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale* (2006), p. VIII-222.
37. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tre volumi, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero (2006), p. XVI-2996.
38. C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente* (2007), p. XX-360.
39. Vassalli G., Ferrari V., Dolcini E., Fiore C., Padoa Schioppa A., Paliero C.E., *Presentazione degli studi in onore di Giorgio Marinucci* (2007), p. VI-48.
40. Gatta G.L., *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi* (2008), p. XXVI-976.
41. Basile F., *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.). Teoria e Prassi* (2008), p. X-180.
42. Benussi C., *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società* (2009), p. XVI-454.
43. Vigoni D., *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva* (2009), p. X-336.
44. Bontempelli M., *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale* (2009), p. X-354.
45. Basile F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali* (2010), p. XVI-496.
46. Capitta A.M., *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità* (2010), p. XIV-274.
47. Miucci C., *La testimonianza tecnica nel processo penale* (2011), p. X-198.
48. Frioni I., *L'esame dell'imputato* (2011), p. X-214.
49. Vigoni D., *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento* (2011), p. X-370.
50. G. Marinucci, *La colpa. Studi* (2013), p. XXX-480.
51. *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò (2013), p. XIV-316.

Nuova serie (dal 2015)

1. Albisetti A., *Dieci saggi* (2015), p. VI-148.
2. Casuscelli G., *Scritti giovanili*, a cura di N. Marchei e J. Pasquali Cerioli (2015), p. XXII-290.
3. Pisani M., *Cesare Beccaria*. Studi (2015), p. X-154.
4. Ragucci G. (a cura di), *Il contributo di Enrico Allorio allo studio del diritto tributario*, Atti del convegno tenutosi presso l'università degli studi di Milano 12 giugno 2015 (2015), p. XVIII-216.
5. Catalano E.M., *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale* (2016), p. VIII-208.
6. Della Bella A., *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime deten-*

tivo speciale ex art. 41 bis o.p. (2016), p. XVIII-460.

7. Bontempelli M., *La litispendenza penale* (2017), p. X-322.
8. Ragucci G. (a cura di), *Ezio Vanoni - giurista ed economista*, atti del convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano 16 giugno 2016 (2017), p. XIV-262.
9. Lugli M., Toscano M. (a cura di), *Il matrimonio tra diritto ecclesiastico e diritto canonico* (2018), p. VIII-264.
10. Zirulia S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale* (2018), p. XVIII-484.
11. Bianchetti R., *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza* (2018), p. XXVIII-688.
12. Paliero C.E., Viganò F., Basile F., Gatta G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (2018), tomo I, p. XII-498 - tomo II, p. 499-1200.
13. Tira A., *Alle origini del diritto ecclesiastico italiano. Prolusioni e manuali tra istanze politiche e tecnica giuridica (1870-1915)* (2018), p. XX-394.
14. Bellucci L., *La sindrome ungherese in Europa. Media, diritto e democrazia in un'analisi di Law and politics* (2018), p. XII-188.
15. Ragucci G., Albertini F.V. (a cura di), *Costituzione, legge, tributi. Scritti in Onore di Gianfranco Gaffuri* (2018), p. X-646.
16. Chiaraviglio P., *Il favoreggiamento del creditore nel diritto penale concorsuale* (2020), p. XII-616.
17. Mazzola R., *Componere. Offesa e riconciliazione nell'ordinamento vendicatorio* (2020), p. XII-170.
18. Galluccio A., *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet* (2020), p. X-442.
19. Ubiali M.C., *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato* (2020), p. XII-404.
20. Dolcini E., Della Bella A. (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma* (2020), p. XII-364.
21. Febbajo A., Paliero C.E., Fittipaldi E., Mazzola R., *L'eredità di Theodor geiger per le scienze giuridiche* (2020), p. VIII-424.
22. Della Bella A., Zorzetto S. (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Atti del I convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria" Milano, 18-19 novembre 2019 (2020), p. XII-598.
23. Mariani E., *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi* (2021), p. XVI-532.
24. Poli P.F., *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale* (2021), p. XII-514.
25. Biasi M., Ferraro F., Grieco D., Zirulia S. (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale*. Atti del II convegno annuale del dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", 15-18 marzo 2021 (2021), p. XII-320.
26. Finocchiaro S., *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna* (2022), p. XXII-474.
27. Ragucci G., *La legge generale tedesca del processo tributario. Finanzgerichtsordnung (FGO), testo e studi* (2022), p. XII-186.
28. Marino G., *Corporate tax governance, il rischio fiscale nei modelli di gestione d'impresa* (2022), p. X-438.
29. Zuffada E., *Homo OEconomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica. Uno studio della prassi milanese* (2022), p. XII-166.
30. Biasi M., *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza* (2022), p. XVI-208.
31. Piergallini C., Mannozzi G., Sotis C., Perini C., Scoletta M., Consulich F. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero* (2022).

32. Mancini L., Milani D. (a cura di), *Pluralismo religioso e localismo dei diritti* (2022), p. VIII-286.
33. Ruffini R., Ingaggiati M., *Evoluzione dei concorsi pubblici in Italia: la valorizzazione delle competenze* (2023), p. XVIII-208.
34. Albanese D., *Cosa giudicata e confisca di prevenzione* (2024), p. 400.

Per i tipi di Giappichelli

35. Ragucci G. (a cura di), *Fisco, responsabilità, sanzioni. Una prospettiva multidisciplinare: accelerazione o* disruption? (2024), p. XVI-224.
36. Cianitto C., *Minoranze e simboli religiosi. I sikh tra identità e cittadinanza* (2024), p. XII-212.
37. Luzzati C., *Il cristallo della laicità. Contro la teologia politica* (2024), p. VI-202.
38. Ferraro F. (a cura di), *La cultura del diritto. Scritti per Claudio Luzzati (con una sua replica)* (2025), p. XIV-322.
39. Basile F., Biasi M., Camaldo L., Caneschi G., Fragasso B., Milani D. (a cura di), *Intelligenza artificiale. Diritto, giustizia, economia ed etica* (2025), p. XVI-296.
40. Ragucci G. (a cura di), *Filtri e accertamento del fatto nel processo tributario. Studi di diritto comparato ed europeo* (2025), p. XVIII-206.
41. Zuffada E., *Il mosaico incompiuto. Le sanzioni in ambito penale tra scelte legislative e applicazioni giurisprudenziali* (2025), p. XXIV-632.
42. Fragasso B., *Intelligenza artificiale e responsabilità penale. Principi e categorie alla prova di una tecnologia "imprevedibile"* (2025), p. XXII-842.
43. Vitarelli F., *Il disvalore penale tra testo e contesto. Prolegomeni per una formalizzazione degli 'indici di tipicità'* (2025), p. X-326.

Serie: Corso di dottorato in Scienze giuridiche "Cesare Beccaria"

1. Ferraro F. (a cura di), *Diritto simbolico, simboli nel diritto* (2022), p. 120.
2. Bonomelli S., *L'editing genetico germinale umano, tra problemi etici e questioni di governance* (2023), p. X-517.

Per i tipi di Giappichelli

3. Vigoni D. (a cura di), *Il sistema multipolare dei procedimenti speciali in materia penale: l'evoluzione e le criticità* (2024), p. X-230.