

## COSÌ È (SE VI PARE)

*Alla ricerca del volto dell'illecito penale,  
tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*

di Federico Consulich

*Il lavoro si propone di definire contenuti e connotati del principio di prevedibilità e di tematizzare quali siano i fattori normativi che sempre più ne minano la pratica attuazione. La previsione delle conseguenze penali della propria condotta non può essere certo per il cittadino il risultato di un semplice calcolo matematico, ma nemmeno può essere trasformato, come spesso accade oggi, in una sorta di vaticinio. In esito all'ambientamento della riflessione, si proporranno due esempi pratici della non intelligibilità ex ante del perimetro della responsabilità penale, traendoli dalla disciplina dei reati finanziari. Solo dopo aver 'toccato con mano' la carente qualità della legislazione penale in uno dei settori in cui più evidente è l'intrecciarsi delle fonti nazionali e internazionali, tipiche e atipiche, sarà possibile tentare di individuare una serie di rimedi volti ad assicurare una pratica prevedibilità della responsabilità penale, traendoli sia dall'esperienza comparata che dall'intima natura della nostra legalità penalistica.*

SOMMARIO: 1. Principio di prevedibilità del diritto penale? L'eterno problema del "caso zero". – 2. Il contesto istituzionale: il diritto penale al tempo della giuristocrazia. – 3. Etimologia della prevedibilità penalistica. – 4. Il problema: obsolescenza della disposizione ed evoluzione della norma: le inefficienze del principio di legalità. – 5. I postulati dell'analisi. – 6. Il complesso oggetto del principio di prevedibilità: rilevanza penale, qualificazione giuridica, trattamento sanzionatorio complessivo o, semplicemente, regole del gioco? – 7. Ambientamento storico: il principio di prevedibilità al tempo della normazione criminale per *standard*. – 8. La selezione del *case study*: il diritto penale dei mercati finanziari. – 8.1. Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti. – 8.2. Il paradigma punitivo 'improvviso' del cd. "*insider di se stesso*". – 8.3. Il tipo incentrato su clausole generali: il caso degli *artifici innominati* nel delitto di manipolazione del mercato. – 9. Il problema della prevedibilità del trattamento punitivo: l'odissea del *ne bis in idem* e l'approdo allo *standard* della "*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*" tra i procedimenti sanzionatori. – 10. Alla ricerca di un 'sistema di orientamento' nell'incertezza del diritto. La comparazione e la suggestione dell'errore di diritto. – 10.1. L'istituto del *mistake of law* nel diritto angloamericano. – 11. La ricerca di una disciplina legale e costituzionale sull'interpretazione delle norme giuridiche in ambito penale. – 11.1. Le regole *interpretative*: la procedura di estrazione della norma dalla disposizione. – 11.2. Le regole *istituzionali*: la responsabilità del giudice nel sistema penale. – 12. Conclusioni: la necessità di un "rinascimento" per la legalità penale.

## 1. Principio di prevedibilità del diritto penale? L'eterno problema del "caso zero".

La neurologia contempla tra le patologie di propria competenza la "prosopagnosia", una condizione, per vero piuttosto diffusa nella popolazione, di *deficit* cognitivo del sistema nervoso centrale che preclude a chi ne è affetto di riconoscere i volti delle persone con cui interagisce. La metafora sembrerebbe adeguata a descrivere la condizione attuale del penalista di fronte alla più parte delle incriminazioni del nostro sistema: egli non ritrova, alla prova del processo, le fattispecie che la legge descrive.

Ma il paragone in realtà è fallace: il problema non sta affatto negli occhi di chi guarda, ma nell'oggetto dell'osservazione; il sistema penale è caratterizzato infatti da una ormai generalizzata sovrapposizione di un *tipo giurisprudenziale* a quello *legale* forgiato dal legislatore<sup>1</sup>. La 'fattispecie giudiziale' rappresenta una sorta di patina che impedisce di riconoscere nel capo di imputazione formulato dal Pubblico Ministero, e magari anche confluito in una sentenza di condanna, i connotati del reato per come definito in astratto.

Questo allontanamento dal tipo legale può registrarsi in un arco di tempo più o meno lungo e si verifica attraverso la sedimentazione delle interpretazioni della disposizione, finendo per generare un doppione della fattispecie penale ad essa spesso solo blandamente apparentata: la corruzione, con la scomparsa processuale dell'atto d'ufficio, pur sempre richiesto dalla legge prima del 2012 tanto all'art. 318 che al 319 c.p., è un caso esemplare. Peraltro, dopo il 2012, il legislatore ha addirittura recepito, tramutandola in *nuova disposizione*, la *norma* estratta dalla giurisprudenza a partire dalle *precedenti disposizioni* di corruzione propria e impropria: si è così giunti a punire la corruzione senza atto d'ufficio, ribattezzata oggi all'art. 318 come corruzione per l'esercizio della funzione<sup>2</sup>.

La ragione di siffatto fenomeno è presto detta. Il nostro ordinamento ha sempre lasciato priva di regolazione esplicita, dal punto di vista legale, se non tramite il divieto categorico di analogia *in malam partem*, il processo di trasformazione della disposizione in norma. Ha cioè regolato solo *in negativo* il fenomeno dell'interpretazione, senza fornire alcun riferimento, *in positivo*, circa principi e criteri orientativi da seguire e soprattutto per contenere la proliferazione di significati possibili entro una medesima cornice letterale, riducendo la pluralità a coerenza. Gli illeciti interpretativi sono dunque rimasti per lo più 'insensibili' ad ogni classico corollario della legalità<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Fenomeno molto ben tematizzato dalla dottrina, cfr., senza pretesa di esaustività, FIANDACA (2006), pp. 239-265 e PALAZZO (2006), pp. 515-238; PULITANÒ (2015a), pp. 29-58; DI GIOVINE (2016), pp. 146-188; pp. 13-38; GARGANI (2016a), pp. 303-327; CADOPPI (2017), pp. 33-63; CANZIO (2017), pp. 21-28; AMARELLI (2018), pp. 1406-1446.

<sup>2</sup> Prima del 2012 la vendita di atti futuri o indeterminati (di cui quindi non si poteva predicare la contrarietà ad un qualche dovere d'ufficio) era comunque ricondotta, *contra reum*, all'art. 319. Si veda in proposito la riflessione di MANES (2018a), pp. 1126-1155 e in precedenza DONINI (2016a), p. 23, che peraltro segnala come l'estensione della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio venga ancora una volta riferita a casi che dovrebbero rientrare nel nuovo art. 318 c.p.

<sup>3</sup> In questo senso paiono da condividere le osservazioni di DONINI (2016a), p. 36 s.; anche PALAZZO (2016a), pp. 2698-2704 evidenzia come attraverso distinzioni tipologiche ogni vincolo per il giudicante, anche

Esemplare l'assenza di una qualche tutela diacronica rispetto alla successione di *norme penali* nel tempo, essendosi esaurita la garanzia legale e costituzionale *sul piano della disposizione*, con il conseguente sacrificio del 'caso zero', inteso cioè come la prima ipotesi in cui si faccia applicazione di una diversa lettura della fattispecie rispetto a quella invalsa fino a quel momento.

Il problema della prevedibilità si manifesta in modo dirompente quando il giudice, di fronte ad una lettura giurisprudenziale consolidata di una disposizione, ritenendola irragionevole o anacronistica o per qualche altro motivo inadeguata, ne elabori una nuova e differente che sancisce una 'correzione di rotta' con riferimento al caso concreto. Ovviamente ci si riferisce alle ipotesi in cui l'effetto sia *in malam partem* rispetto alle letture precedenti, poiché diversamente, nel classico bilanciamento tra principi, l'effetto lenitivo del *favor rei* sopravanza ogni profilo di imprevedibilità del *dictum* del giudice.

La sottovalutazione dei rischi di *imprevedibilità del mutamento del diritto e inaccessibilità della regola iuris* nei casi di coesistenza di diverse interpretazioni antagonistiche di una stessa disposizione nel medesimo contesto temporale hanno oggi lasciato senza tutela il cittadino di fronte all'*indefinitezza* del tipo.

Eppure, la precisa definizione dei precetti è strategica per l'*effettività* di ogni ordinamento, intesa come idoneità all'orientamento dei cittadini, *legittimazione* rispetto questi ultimi e capacità di *adattamento* nel tempo al contesto sociale<sup>4</sup>.

Dal punto di vista dogmatico, quello della indefinitezza non pare un problema della *singola relazione* tra cittadino e imperativo penalmente sanzionato, inquadrabile entro la categoria della *colpevolezza*, ma di una *condizione oggettiva della fattispecie* nel suo rapporto con il processo che è deputato a farne applicazione, ambientabile, dunque, entro i principi che definiscono lo statuto assiologico della *tipicità*.

Si impone ora un breve programma d'azione.

Nelle pagine che seguono si cercherà di definire contenuti e connotati del principio di prevedibilità e di tematizzare quali siano i fattori normativi che sempre più ne minano la pratica attuazione.

In esito all'ambientamento della riflessione, si proporranno due esempi pratici della non intelligibilità *ex ante* del perimetro della responsabilità penale, traendoli dalla disciplina dei reati finanziari. Solo dopo aver 'toccato con mano' la carente qualità della legislazione penale in uno dei settori in cui più evidente è l'intrecciarsi delle fonti nazionali e internazionali, tipiche e atipiche, sarà possibile tentare di individuare una serie di rimedi volti ad assicurare una pratica prevedibilità della responsabilità penale, traendoli sia dall'esperienza comparata che dall'intima natura della nostra legalità penalistica.

---

rispetto al precedente, può essere eluso, con conseguente polverizzazione giurisprudenziale del tipo criminoso.

<sup>4</sup> Peraltro, anche volendo guardare al problema dal punto di vista delle teorie preventive o strumentali della pena, è evidente l'essenzialità di un processo comunicativo minimamente accettabile tra cittadino ed autorità. Sull'essenzialità di tale processo nella giustificazione del potere punitivo CASTRONUOVO (2017), p. 7.

## 2. Il contesto istituzionale: il diritto penale al tempo della giuristocrazia.

Non si può analizzare il problema della indefinitezza della fattispecie penale se non si ambienta il tema nel contesto dell'attuale rapporto tra legge e giudice che a sua volta impone di prendere le mosse dal più generale capitolo della *crisi della legalità*, ormai vero e proprio *topos* della letteratura penalistica e non<sup>5</sup>.

A dire il vero, già l'impiego di questa espressione esprime un giudizio di valore e dunque una presa di posizione in ordine alla condizione generale della modernità giuridica. In particolare, con riferimento all'interpretazione del testo legale, la presa d'atto di uno iato, spesso profondo, tra disposizione e norma implica una connotazione negativa solo entro una della concezione del diritto di matrice illuministico-liberale<sup>6</sup>, secondo la quale

- a) lo Stato è l'unico produttore del diritto;
- b) solo la legge, massima manifestazione della volontà dello Stato, è idonea a sopportare il peso della materia penale;
- c) il corollario normoteoretico di quanto *sub* a) e b) è che disposizione e norma coincidono per definizione, in ragione del ripiegamento del giudice sulla funzione di mero applicatore/servitore della legge.

Un simile schema è tanto assiologicamente connotato quanto obsoleto e dunque non spendibile per descrivere l'odierna situazione del diritto in generale e di quello penale in specie: l'aumentato potere normativo del giudice (accompagnato da una accresciuta *sensibilità* degli operatori rispetto al suo esercizio) ha indotto a parlare ormai di affermazione di una *giuristocrazia* negli ordinamenti occidentali<sup>7</sup>. Per quel che riguarda il nostro Paese, si tratta di un'evoluzione senza dubbio fomentata dalle interazioni tra il diritto nazionale e quello eurounitario e convenzionale, due discipline intrinsecamente casistiche e popolate di *standards* normativi che impongono giudizi discrezionali<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Per una lettura originale del fenomeno della crisi della legalità come non riferibile al diritto, ma semplicemente allo statalismo legalista, avviatosi peraltro con la Costituzione del 1948 e la struttura per principi da cui è caratterizzata GROSSI (2018), p. 22. Si veda anche la panoramica offerta, tra i filosofi del diritto, da VOGLIOTTI (2020), pp. 45-68; PINO (2016 a), pp. 177-236. Sulla Costituzione come fattore di avviamento della crisi della legalità anche IRTI (2016), pp. 19-33. Nella dottrina penalistica, di recente, evidenzia il tramonto dell'identificazione tra diritto penale e legge SGUBBI (2019), p. 25

<sup>6</sup> Sul punto si vedano le profonde considerazioni di GROSSI (2015), pp. 4-32.

<sup>7</sup> Già agli inizi degli anni Duemila si vedano i saggi di HIRSCHL (2004), p. 1 ss., p. 100 ss., p. 211 ss. e di GUARNERI e PEDERZOLI (2002), p. 120 ss., p. 150 ss.

<sup>8</sup> Come notato GROSSI (2015), p. 19, e nella dottrina penalistica, per tutti, SOTIS (2007), p. 8 ss. Se possibile, però, lo scenario è ancora più complesso, poiché, a fronte di una maggiore esposizione del potere giudiziario nella creazione del diritto, fanno bella mostra di sé ipotesi di sostituzione del legislatore al giudice, con vere e proprie leggi individuali. Uno dei casi più noti è quello del cd. decreto Ilva (d.l. n. 207 del 2012), che ha indotto la Corte costituzionale con la sentenza n. 85 del 2013 a chiarire come non sia consentito al legislatore di risolvere specifiche controversie e vanificare gli effetti di una pronuncia giurisdizionale intangibile. Alla sentenza n. 85 del 2013 era poi seguita la n. 58 del 23 marzo 2018, che ha dichiarato la illegittimità

In assenza di una gerarchia delle fonti (concetto oramai di modernariato giuridico), e di variegata tipologie di produttori di norme si rende indispensabile il ruolo del giudice non solo come *applicatore* di un diritto oggettivo, ma anche *arbitro* del conflitto tra fonti e regimi giuridici<sup>9</sup>. La progressiva flessione del tasso di formalità del sistema penale, con l'erompere di concetti *standard* in luogo di regole tassative, nonché di nozioni sostanziali assiologicamente connotate, rappresenterebbe un volano notevole di incertezza, ogni volta in cui (e non è infrequente) le Corti superiori nazionali e sovranazionali non siano in grado di fornire una interpretazione relativamente stabile cui i giudici ordinari possano conformarsi<sup>10</sup>.

Occorre dunque constatare la funzione normativa della giurisprudenza, peraltro ormai acquisita dalla migliore dottrina come un approdo irretrattabile<sup>11</sup>; si tratta di una fonte che, pur nella rete contemporanea di produzione del diritto, sicuramente deve essere posta in una condizione di subordinazione alla legge, non semplicemente sulla base di considerazioni di gerarchia, ma più in radice, alla luce del principio democratico che è posto a fondamento dell'ordinamento e che impone che una norma tecnica, in questo caso di *tecnici del diritto*, possa operare solo *secundum legem* senza possibilità di deroga o eccezione alla disciplina espressiva della volontà popolare.

Quando si parla di "giurisprudenza-fonte" ci si riferisce alla portata normativa del cd. *diritto vivente*<sup>12</sup>, senza che però sia affatto chiaro in cosa esso consista, in

---

costituzionale dell'art. 3 del decreto-legge 4 luglio 2015, n. 92 (Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale). Da ultimo è stata sollevata una nuova questione di legittimità da GIP Taranto, ord. 8 febbraio 2019, est. Ruberto, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2019, con nota di ZIRULIA (2019), cui si rimanda anche per la cronologia degli interventi legislativi e della Corte costituzionale. Un'ulteriore variante di siffatto rapporto oppositivo tra legislatore e potere giudiziario, di tipo più generale, ma certo non meno anomala, è quella della riforma della legittima difesa, in particolare per come disegnata dal nuovo comma 4 dell'art. 52, concepito come una presunzione assoluta per impedire alla discrezionalità dell'interprete di sovvertire l'opzione politico-criminale condensata nella l. 36 del 2019. Sul punto, per più ampie riflessioni, sia consentito il rinvio a CONSULICH (2019), pp. 1-26. Peraltro, anche la Corte Edu (Corte Edu, II, 14 dicembre 2012, *Arras vs Italia*) ha stabilito che è contraria allo stato di diritto e al giusto processo, con violazione dell'art. 6 della Cedu, l'interferenza del legislatore nella determinazione giudiziaria di una controversia.

<sup>9</sup> Sul crescente ruolo del giudice nell'ordinamento multilivello GARGANI (2011), p. 111. Sul "rimiscolamento" del sistema nazionale delle fonti ad opera di nuove tipologie di agenzie normative, in assenza di un ordine gerarchico, CASSESE (2009), p. 30; da ultimo, parla 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, SGUBBI (2019), p. 45 ss.

<sup>10</sup> In relazione a siffatti scenari si vedano le considerazioni di ROMBOLI (2009) e altresì, di recente, di C. BERNASCONI (2020), p. 1 ss.

<sup>11</sup> Sulla funzione normativa della giurisprudenza VIGANÒ (2016a), p. 25; FIANDACA (2002), p. 7; FIANDACA (2006), pp. 239-265. Sulla possibilità di individuare e censurare le interpretazioni sbagliate sulla base del tenore letterale delle parole impiegate dal legislatore PULITANÒ (2005a), p. 34.

<sup>12</sup> «Diritto vivente» è una locuzione che Corte cost., 198 del 1972 definisce come l'aspetto della «norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici». Per una delle più importanti analisi del tema, nel diritto costituzionale si veda PUGIOTTO (1994), p. 3 ss.; per una negazione del concetto, invece, SANTORO PASSARELLI (1988), p. 43.

Sulla portata creativa dell'interpretazione giudiziaria DI GIOVINE (2012), p. 270, nonché, tra i filosofi del

particolare: quante sentenze occorranza per costituirlo, per quanto tempo debbano susseguirsi o quale organo giudiziario debba esprimersi. La Corte costituzionale ha evidenziato alcuni requisiti, indicando a più riprese la necessità di numerose decisioni della Cassazione, distribuite in un lungo arco di tempo<sup>13</sup>, anche se a volte si è accontentata di una pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite<sup>14</sup>. Nemmeno la Corte edu ha definito i connotati di un diritto consolidato come vettore di prevedibilità della decisione del giudice<sup>15</sup>, limitandosi per ora a escluderne la ricorrenza allorché non sussistano precedenti<sup>16</sup> o ve ne siano di segno contrario, a volte ritenendolo presente di fronte a plurime condanne di Tribunali di merito (nel caso Soros), più di recente richiedendo la pronuncia delle sezioni Unite (caso Contrada)<sup>17</sup>, a volte ancora accontentandosi, in assenza di decisioni conformi, dell'evoluzione della coscienza sociale sul disvalore della condotta<sup>18</sup>.

Per brevità, si possono categorizzare quanto meno due modelli di “diritto vivente”:

i) la giurisprudenza ‘apicale’, cioè il *dictum* di un giudice qualificato, perché è evidente infatti che non ogni sentenza, di per sé, potrebbe creare un precedente ‘vincolante’<sup>19</sup>. Rileverebbero allora le pronunce di una Corte sovranazionale o di una Corte nazionale superiore, dalla Corte costituzionale alla Cassazione delle Sezioni unite;

---

diritto VELLUZZI (2016a), p. 229; VELLUZZI (2016b), p. 48 ss. Sulla natura sempre politica dell'interpretazione DONINI (2014), p. 245 ss. Lo stesso A. (DONINI (2019), p. 21) evidenzia più di recente come «solo partendo da un modello inevitabile di giudice-interprete – e non dalla sua negazione contro la “natura delle cose” – che si possono indicare una serie di doveri ermeneutici per il giudice penale che siano presidio al garantismo penale nella fase interpretativa». In argomento, fondamentale anche il riferimento a VOGLIOTTI (2013), pp. 371-476.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., n. 64 del 1998; n. 64 del 2008; n. 107 del 2013; sull'insufficienza dell'orientamento dei giudici di merito in assenza di una pronuncia della Cassazione a identificare un diritto vivente cfr. già Corte cost., 120 del 1984.

<sup>14</sup> In questo senso Corte cost., n. 350 del 1985. Peraltro, tale opzione è paradossale, posto che la massima espressione della nomofilachia interviene per lo più proprio in presenza di una divergenza di letture di una norma. Di recente segnala l'implementazione di prassi volte a prevenire disorientamenti nella giurisprudenza di legittimità attraverso la rimessione alle sezioni unite in via profilattica di una questione, anche in vista di un superamento di una linea interpretativa datata, senza generare però un contrasto, FIDELBO (2018), pp. 138-146.

<sup>15</sup> Il consolidamento di un'interpretazione ne presuppone la reiterazione, ma l'autorevolezza di una decisione necessariamente prescinde dalla ripetizione; come rilevato da TARUFFO (1991), p. 102, più un organo è autorevole meno dovrebbe essere chiamato a ripetersi per far prevalere la propria posizione, altrimenti generandosi, come nell'economia anche nel mondo del diritto, svalutazione o inflazione.

<sup>16</sup> Come nel caso Corte EDU, II, *Pessino vs Francia*, 10 ottobre 2006.

<sup>17</sup> Il punto è ben chiarito da PERRONE (2019), p. 210 s.; sulla scarsa coerenza delle pronunce della Corte Edu in punto di prevedibilità DONINI (2016b), p. 346 s. Per una lettura delle diverse accezioni della prevedibilità elaborate dalla Corte EDU, DE BLASIS (2017), pp. 128-159

<sup>18</sup> Si tratta del caso dell'*overruling* sfavorevole della giurisprudenza inglese in tema di *marital rape*, su cui si è espressa, senza alcuna censura, Corte Edu, S.W. e C.R. vs U.K., 22 novembre 1995, su cui sia consentito il rinvio a CONSULICH (2018a), p. 404 s.

<sup>19</sup> CANZIO (2017), p. 27.

ii) la giurisprudenza ‘per sommatoria’ generata dall’accumulo di plurime decisioni di merito o di sezioni semplici, che consentano di individuare senza dubbio un indirizzo consolidato.

La differenza tra i due tipi di diritto vivente si apprezza non solo per l’*atteggiamento legislativo*, ovvero generale e astratto, proprio di quel giudice che è consapevole di dover dettare un programma di azione per il complessivo ordinamento giudiziario (nel caso della Cassazione) o per lo Stato parte del giudizio (nel caso delle Corti sovranazionali) o di avere delle funzioni normative costituzionalmente definite, come nel caso della Corte costituzionale. Si può constatare altresì un diverso *modello genetico*: nel primo caso la giurisprudenza si forma istantaneamente, nel momento stesso in cui viene in essere la pronuncia: il diritto corrisponde alla sentenza. Nel secondo invece esiste una fase intermedia, di durata incerta, poiché occorre attendere la stratificazione di una pluralità di decisioni del medesimo tenore, spesso difficile da raggiungere per la presenza di interpretazioni contrastanti<sup>20</sup>.

Insomma, allo stato si può discutere sui connotati che la giurisprudenza deve possedere per assurgere a fonte, ma non sulla constatazione che una rappresentazione non ideologica della produzione del diritto nel nostro sistema non possa prescindere, in particolare quando è proprio solo grazie ad essa che è possibile trarre da disposizioni poco determinate norme più accessibili (per il tramite di interpretazioni tassativizzanti)<sup>21</sup>.

### 3. Etimologia della prevedibilità penalistica

Come in ogni campo di riflessione, l’analisi deve partire da un’ontologia condivisa in merito al fenomeno di cui si discute, quello della *imprevedibilità della decisione giudiziale*<sup>22</sup>.

Si impone il confronto con la giurisprudenza della Corte edu: la prevedibilità-accessibilità di cui parlano i giudici convenzionali applicando l’art. 7 Cedu è una sorta di giunto elastico tra la *rule of law/due process of law* anglosassone e la legalità penale-costituzionale del diritto continentale<sup>23</sup>. Benchè non si tratti di garanzie alternative, per

---

<sup>20</sup> Occorre dunque diffidare dal semplicistico affidamento alla giurisprudenza per sopperire alla mancanza di qualità e determinatezza dei prodotti normativi editi dal legislatore in sede penale, poiché ciò in realtà è ipotizzabile solo a condizione che vi sia una armonizzazione/stabilizzazione delle soluzioni trovate dai giudici, che è tanto più rara quanto più la norma, proprio perché incerta, polarizza le interpretazioni su opzioni esegetiche differenti. In argomento, fondamentale, DI GIOVINE (2013), p. 159, p. 164. Critico sulla presenza di un vincolo rigido al precedente, in quanto rischierebbe di rafforzare indirizzi scorretti e indebolire la libertà ermeneutica di tutti i formanti del diritto, PULITANÒ (2015b), p. 51.

<sup>21</sup> Si vedano in proposito le notazioni di DONINI (2016a), p. 18.

<sup>22</sup> Su cui per tutti VIGANÒ (2016a) e FIANDACA (2017), p. 144 ss.

<sup>23</sup> Sull’origine convenzionale del principio di prevedibilità VIGANÒ (2016a), p. 10. L’esperienza giuridica contemporanea, sia a livello continentale che nel diritto anglosassone, è caratterizzata da una marcata aspirazione alla certezza del diritto, come peraltro già accadeva nel diritto moderno. Si veda in merito GROSSI (2015), p. 52, nonché le osservazioni di ALPA (2006), p. 12 ss.

il penalista italiano paiono avere contenuto almeno parzialmente differente, in quanto funzionali alla tutela di autonomi interessi: mentre la legalità presidia la *certezza* e la *democraticità* della *disposizione* penale, la prevedibilità-accessibilità salvaguarda l'*affidamento* dei consociati rispetto alla *norma* incriminatrice<sup>24</sup>.

Certo, c'è una stretta contiguità, potendo in alcuni aspetti lo spettro di tutela di cui all'art. 7 Cedu sovrapporsi a quello di cui all'art. 25 Cost., aggiornando alcuni dei classici sottoprincipi penalistici nazionali. Non a caso la nostra Consulta tende a inquadrare quelli che la i Giudici di Strasburgo chiamerebbero problemi di "accessibilità" della norma penale come *deficit* di determinatezza o precisione del testo legale: si pensi a quando la Corte, nel dichiarare non fondata una questione attinente al giustificato motivo di cui all'art. 14 comma 5 *ter* del testo unico dell'immigrazione, ha correlato il tema della vaghezza dei termini impiegati dal legislatore come l'esigenza di comprensibilità del precetto penale<sup>25</sup>.

Non così per la prevedibilità, che non trova un riferimento normativo immediato nel nostro sistema.

Peraltro, occorre intendersi sul *nomen* della garanzia di cui parliamo: non si può indifferentemente parlare di prevedibilità della *decisione giudiziale* o del *diritto penale*. La prima potrebbe esistere solo ove concepissimo, contro la realtà dei fatti, che l'applicazione del diritto è il risultato di un sillogismo come ritenevano gli illuministi più ortodossi e negassimo che l'applicazione del diritto al caso concreto conosce una molteplicità di variabili, processuali e probatorie e dunque dallo svolgimento storico del singolo giudizio penale, imponderabili *ex ante*<sup>26</sup>. Più corretto riferirsi alla prevedibilità nel secondo senso, meglio ancora se riferita alla norma penale, sintesi tra fattispecie legale e interpretazione *stabilizzata* della stessa.

#### **4. Il problema: obsolescenza della disposizione ed evoluzione della norma: le inefficienze del principio di legalità.**

Il tipo criminoso è un prodotto storicamente determinato, nei segni linguistici e nelle condotte in esso descritte. Si potrebbe dire che questa caratteristica, in campo penale, non è affatto un difetto dal punto di vista dell'accessibilità del precetto: la riserva di legge e il principio di tassatività dovrebbero interagire tra loro e frapporre un insormontabile ostacolo alla riconduzione alla fattispecie incriminatrice di tipologie di comportamenti dannosi emersi nella prassi solo successivamente all'introduzione della stessa.

L'inevitabile invecchiamento della fattispecie legale è dunque un'inaspettata tutela per il reo, poiché dovrebbe cristallizzare il rimprovero allo stato dei valori e delle

---

<sup>24</sup> Si tratta di rifarsi alla notoria distinzione di CRISAFULLI (1964), pp. 195-209, sulla quale poi TARELLO (1980), pp. 61 ss.; GUASTINI (1998), p. 15 ss., p. 136 ss., 497 ss.; GUASTINI (2010), p. 35 ss., p. 398 ss. e altresì VIOLA e ZACCARIA (1999), p. 117 s., p. 320 ss. e, da ultimo, PINO (2010), p. 15 ss.

<sup>25</sup> Si veda Corte cost. n. 5 del 2004.

<sup>26</sup> Analogamente già DONINI (2018), p. 85.

dinamiche offensive ‘fotografate’ dal legislatore storico. L’esperienza ha ormai insegnato al penalista che si tratta però di una garanzia cedevole, esposta com’è alla riformulazione in senso via via evolutivo del campo di rilevanza penale attraverso l’enucleazione, *dalla disposizione datata, di una norma più coerente* con il contesto tecnologico attuale: il getto pericoloso di cose rivisto per corrispondere all’inquinamento elettromagnetico è l’emblema di siffatta dinamica<sup>27</sup>.

Presto spiegato l’origine del meccanismo: il principio di tipicità è politicamente scomodo, poiché i consociati tendono da sempre a identificarsi con le vittime del reato più che con i potenziali autori<sup>28</sup>.

D’altra parte, dall’illuminismo in poi la legge penale è intesa come la *magna charta del reo* e senza il tipo legale è da ritenere che il campo di responsabilità sarebbe non solo *più incerto* ma certamente *più ampio*: in altre parole, la collettività tende a esprimere nel tempo bisogni di pena crescenti e solo raramente la propensione si inverte<sup>29</sup>.

Alla tendenza all’espansione della penalità non sono comunque immuni anche gli addetti ai lavori, poiché periodicamente gli interpreti sono tentati da esegesi evolutive come deterrente rispetto a comportamenti elusivi della disposizione formale da parte di coloro che speculano sulla rigidità della semantica del testo<sup>30</sup>.

Insomma, la fattispecie nasce strutturalmente già vecchia, poiché, tipizzando classi di comportamento che si sono già dimostrate socialmente intollerabili, è inevitabilmente rivolta verso il passato (o meglio a ciò che il passato ha dimostrato occorre proscrivere). Al contempo, per adempiere alla sua missione general-preventiva essa deve tendere al futuro: prendendo le mosse da condotte già rivelatesi dannose in passato, mira ad evitarne la ripetizione in un lasso di tempo successivo, pretendendo al contempo di prevenire l’elusione ai propri precetti.

---

<sup>27</sup> In questo senso, da ultimo, si vedano le riflessioni di COPPOLA (2018), p. 1641.

<sup>28</sup> D’altra parte, anche l’applicazione giudiziale delle fattispecie penali tende ad estenderne la portata applicativa, giungendo a volte a creare nuove fattispecie come evidenziato in DONINI (2018), p. 92. Non si può che concordare con Palazzo, che già da tempo segnala come «*non si può ignorare quella tendenza naturale per cui in sede applicativa il giudice mostra fatalmente una certa reattività alle esigenze di tutela che il caso concreto, ogni caso concreto, gli pone sotto gli occhi: c’è una forza nella concretezza delle res iudicandae che reclama la tutela. E, trascorrendo di caso in caso, il giudice sarebbe dunque incline ad un’applicazione infinitamente analogica della norma penale, fino a dilatare senza limiti astrattamente predeterminati la sfera dell’illiceità penale con corrispondente compressione di quella della libertà individuale*», Cfr. PALAZZO (2007), p. 1307.

<sup>29</sup> Sull’identificazione della collettività nella vittima si veda SILVA SANCHEZ (2004), p. 24 ss.; sulle leve emotive che guidano i processi di criminalizzazione DE MAGLIE (2017), p. 15 ss.; PALIERO (2012), p. 109; PALIERO (1992), p. 857 ss.; senza pretesa di esaustività, sui meccanismi induttivi del panico sociale e dell’identificazione della collettività con le vittime dei reati PALIERO (2007), p. 332; da ultimo si veda l’ampio studio monografico sulla rappresentazione mediatica del crimine e i conseguenti effetti sul sistema penale di BIANCHETTI (2018), *passim* e in particolare p. 269 ss., p. 336 ss.

<sup>30</sup> VASSALLI (1939), p. 1777. Come noto la Cassazione ha ritenuto che il mutamento giurisprudenziale qualificato, dunque autorevole, costituisca una novità assimilabile ad una modifica legislativa, in ciò esprimendo una valutazione positiva sulla capacità della giurisprudenza di contribuire all’adeguamento della legge all’evoluzione sociale, cfr. Cass., S.U., 21 gennaio 2010, 31 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, §§ 6 ss., in *Cass. pen.*, 2011, 17 ss.; PERRONE (2019), p. 209 evidenzia come nella giurisprudenza della Corte EDU sembra presente una valutazione positiva di un coefficiente di indeterminatezza della disposizione scritta, in quanto funzionale ad una migliore adattabilità della stessa alle situazioni concrete.

La constatazione vale per definizione nei contesti ad alta complessità, come i mercati finanziari, ove alla costante e rapidissima evoluzione tecnologica delle infrastrutture informatiche in cui si svolgono le contrattazioni, si aggiunge l'inventiva degli operatori, la cui propensione al rischio apre a sempre nuove soluzioni giuridiche di conduzione delle transazioni economiche.

La fattispecie incriminatrice vive, insomma, in una perenne e irrisolta tensione tra passato e futuro, afflitta ulteriormente da una condizione davvero infausta: potenti vincoli di realtà impediscono al legislatore di adeguarla tempestivamente sicché essa dipende dall'evoluzione dell'interpretazione dei segni linguistici da cui è composta, ad opera dalla giurisprudenza, che a sua volta patisce l'influsso delle potenti forze espansive del campo penale ora descritte<sup>31</sup>.

In questo scenario, l'impalcatura istituzionale del nostro ordinamento fornisce riferimenti essenziali. Ogni manifestazione del potere pubblico deve rispondere al principio di sovranità popolare ai sensi dell'art. 1 Cost., sicché nessuna articolazione dello Stato può esercitare le proprie prerogative in modo arbitrario e imprevedibile per i consociati; la magistratura, in particolare, è espressamente assoggettata alla legge, come recita l'art. 101 Cost.: ne deriva che il ruolo, pur inevitabilmente creativo, della giurisprudenza è compatibile con l'assetto di poteri garantiti dalla Costituzione solo allorché si rispetti la duplice condizione della *prevedibilità* dell'interpretazione evolutiva e del rispetto *dei limiti* segnati dalla legge<sup>32</sup>. In mancanza della prima, la decisione sarebbe carente di *legittimazione*, mentre la violazione dei secondi la priverebbe di *legittimità*.

---

<sup>31</sup> Si discute in dottrina se la legalità rappresenti una garanzia negoziabile o comunque suscettiva di evoluzione in vista di un adeguamento alla realtà dell'ordinamento. Sul punto si vedano, in chiave possibilista, le osservazioni di DI GIOVINE (2015); DONINI (2011), p. 63; VIGANÒ (2016a). Per una recente 'mappatura' della situazione spirituale della dottrina italiana a questo proposito PERRONE (2019), p. 215 s. La bibliografia sul diritto penale giurisprudenziale è davvero sterminata, sicché qui si limita il riferimento, a titolo esemplificativo, a FIANDACA (2008); AMARELLI (2014), pp. 403-423; PULITANÒ (2015a), pp. 29-58; DONINI (2016a), pp. 16-38; PALAZZO (2016b), pp. 4-12; PALAZZO (2016c); VOGLIOTTI (2016); PALIERO (2014), pp. 1099-1132; si segnalano poi il ripetuto spazio dedicato al tema dalla rivista *Criminalia*: si veda il dibattito "Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?", in *Criminalia* (2011), p. 77 ss. con interventi di GIUNTA-FIANDACA-GARGANI-GROSSO; nonché "La legge del giudice penale: a proposito di fonti e interpretazione", con interventi di BRICCHETTI-DI GIOVINE-INSOLERA-MOCCIA-VELLUZZI-ZANON, in *Criminalia* (2012), p. 261 ss.; e ancora "Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?" con interventi di DE MAGLIE-FIANDANESE-RIONDATO-MAIELLO-VALLINI, in *Criminalia* (2013), p. 205 ss., per giungere infine a "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale, in *Criminalia* (2016), p. 157 ss., con interventi di GIUNTA-MICHELETTI-BERNASCONI-PULITANÒ-TARLI BARBIERI-VELLUZZI-GUARNIERI-VIOLANTE-ZILLETTI; a livello monografico spiccano i contributi di GRANDI (2010); DONINI (2011), p. 43 ss., p. 63 ss.; VOGLIOTTI (2011); MANES (2012); SOTIS (2012).

<sup>32</sup> Il rapporto tra interpretazione del testo ed evoluzione della tecnologia è ben tematizzato in una paradigmatica sentenza riguardante la sostituzione di persona (cfr. Cass., V, 28 novembre 2012, n. 18826, in *Guida al diritto*, 2013, 23, p. 61 ss., con nota di MINOTTI (2013): per i giudici non si violerebbe il precetto dell'art. 14 delle preleggi quando si adatta il precetto legislativo a fattispecie che si sottraggano alla disciplina per la manchevolezza delle espressioni letterali che scontano l'impossibilità del legislatore storico di prevederle.

## 5. I postulati dell'analisi.

Se la riflessione intorno alla prevedibilità del diritto penale aspira a giungere a conclusioni realistiche non può che muovere da due constatazioni, che rappresentano al contempo altrettanti stringenti vincoli.

Innanzitutto, un vincolo *assiologico*: la prevedibilità non è un valore autosussistente, ma *necessariamente accessorio rispetto alla legalità*; si potrebbe anche dire che la prima è lo scopo da perseguire tramite seconda. Tutta orientata a garantire un equilibrato rapporto tra cittadino e ordinamento, è però insufficiente dal punto di vista istituzionale, poiché nulla dice in merito alla distribuzione della funzione normativa. Non prescrive, in particolare, limiti all'attività del giudice rispetto alla disposizione scritta da interpretazione e dunque trascura radicalmente il profilo del rapporto tra poteri dello Stato, che invece la legalità disciplina attraverso la proscrizione dell'analogia e la riserva della capacità di incriminare alla fonte legislativa<sup>33</sup>.

A contrario, la dimostrazione è fornita dalla lettura convenzionale della prevedibilità, che finisce spesso per fagocitare gli altri corollari della legalità, accettando infatti la compatibilità con la CEDU di disposizioni legali vaghe e finanche di orientamenti giurisprudenziali ispirate ad approcci analogici, alla sola condizione che fossero conoscibili *ex ante* dall'agente<sup>34</sup> e rispondenti all'essenza del reato<sup>35</sup>.

Alla domanda se la certezza del diritto possa indurci a prescindere, almeno in parte, dalla legalità della fattispecie<sup>36</sup>, la Corte edu pare aver dato da tempo risposta positiva almeno leggendo quanto affermato ad esempio nel caso *Soros* e comunque già nel caso *Muller* degli anni Ottanta<sup>37</sup>, nel quale è stato ritenuto compatibile con l'art. 7 Cedu l'ambiguo disposto testuale di una fattispecie, poiché la presenza di precedenti giurisprudenziali conformi ne assicurava la prevedibilità.

<sup>33</sup> La riflessione sconta naturalmente l'attuale scetticismo sulla possibilità di distinguere tra analogia vietata e interpretazione estensiva; in argomento si vedano i vari contributi di DI GIOVINE (2006); DI GIOVINE (2009), pp. 93-142; DI GIOVINE (2016), pp. 148-188; DI GIOVINE (2018), p. 57. Non è qui il caso di fare esempi, peraltro ormai ben noti alla dottrina, basta qui rimandare alla rassegna fornita da MICHELETTI (2016), p. 166 ss. Sulla distinzione, oramai topica della filosofia del diritto, per tutti, VELLUZZI (2013), p. 91 ss.; in precedenza VELLUZZI (2006), p. 133-150. Inoltre si veda PINO (2016a), pp. 177-236. Sull'origine del divieto di analogia si vedano le pagine di MARINUCCI (2007), p. 1256. Posto che la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva rimane oggetto di discussioni, si è proposta, da ultimo, la regola *in dubio pro analogia*, si veda DONINI (2011), p. 109 ss., p. 113.

<sup>34</sup> Analoga notazione in PERRONE (2019), p. 213.

<sup>35</sup> Fondamentali Cedu, GC, *Vasiliauskas v. Lituania*, 20 ottobre 2015, §§ 179 – 186; Cedu, III, *Navalnyye v. Russia*, 17 ottobre 2017, § 68; Cedu, S.W. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, § 36; Cedu, GC, *Streletz, Kessler e Krenz v. Germania*, 22 marzo 2001, § 50; Cedu, GC, *Kononov v. Lettonia*, 17 maggio 2010, § 185 Sul punto recentemente BARTOLI (2020), p. 149, che nota come un analogo approccio si possa leggere nella pronuncia n. 172 del 2014 in materia di atti persecutori. Peraltro, proprio siffatta tipologia criminosa ha dato luogo oltreoceano ad interessanti pronunce giurisprudenziali sulla precisione delle fattispecie statali di *stalking*, su cui BOGGIANI (2012), p. 144 ss.

<sup>36</sup> Su tale radicale dubbio si veda già PULITANÒ (2015b), pp. 46-54 e MARINUCCI (2007), p. 1267.

<sup>37</sup> Corte EDU, sez. V., *Soros vs Francia*, 6 ottobre 2011; si veda già *Muller e altri v. Svizzera*, 24 maggio 1988, §§ 29 in ordine al concetto di oscenità e poi l'importante *Kokkinakis v. Grecia*, del 25 maggio 1993, § 40, in tema di proselitismo.

È vero infatti che, seppure in grado ben minore rispetto a quanto non avvenga a Strasburgo, la Corte costituzionale ha ammesso una sorta di ‘correzione’ della mancanza di determinatezza in via interpretativa, quando la giurisprudenza possa ‘tassativizzare’ la fattispecie criminosa<sup>38</sup>: si ricordi, ad esempio, che in tema di clausole generali e concetti elastici, la Consulta ha affermato che non violerebbero il principio di tassatività se la descrizione complessiva del fatto incriminato possa essere comprensibile grazie al ricorso al criterio *sistematico* e quello *teleologico* (nonostante i limiti che entrambi presentano)<sup>39</sup>.

È però altrettanto indubitabile che nel nostro ordinamento la prevedibilità non può colmare l’assenza di un tipo preciso, come indicato dalla Consulta con la sentenza n. 327 del 2008, secondo la quale «*l’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale*” (cfr. §....). e d’altra parte la prevedibilità/accessibilità, che è la sostanza della legalità convenzionale, risulta un cerchio concentrico rispetto a quella costituzionale, come certificato dalla nota sentenza n. 230 del 2012 della nostra Corte costituzionale, all’atto di escludere ogni assimilazione tra mutamento interpretativo e successione di leggi penali nel tempo in relazione all’art. 673 c.p.p.<sup>40</sup>.

Breve, nel nostro ordinamento la giurisprudenza può avere una funzione specificativa e mai sostitutiva, nemmeno *pro quota*, del tipo legale<sup>41</sup>.

Vi è poi un secondo vincolo, *metodologico*. Non è possibile trattare il tema della prevedibilità senza un *approccio integrato tra diritto penale sostanziale e processo*<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Si pensi alla pronuncia sulla fattispecie del disastro innominato di cui all’art. 434 c.p., oggetto della sentenza Corte cost., 327 del 2008. Oppure ai ragionamenti teleologici della Cassazione sulla punibilità dell’abuso del diritto nel caso *Dolce & Gabbana*, Cass., II, 22 novembre 2011, n. 7739, oppure ancora alla sentenza in tema di tentata rapina impropria e sul rilievo della tutela della persona nella fattispecie a tutela del patrimonio, Cass., S.U., 12 settembre 2012, n. 34952, Reina, in *Cassazione penale*, 2013, p. 59 ss. con nota di BRUNELLI (2013), pp. 61-79 e di BARTOLI (2013), pp. 80-89.

<sup>39</sup> La prospettiva sistematica è propugnata a esempio da Corte cost. n. 327 del 2008, che ha dichiarato infondata la questione di illegittimità dell’art. 434 c.p. Al criterio finalistico, insieme a quello sistematico, si è riferita Corte cost., 5 del 2004 per dichiarare infondata la questione di illegittimità dell’art. 14 comma 5 ter del testo unico immigrazione, con riferimento all’espressione “senza giustificato motivo” riferita al trattenimento dello straniero sul territorio dello Stato. Per inciso che né il criterio sistematico né quello teleologico possono realmente oggi produrre risultati sufficientemente solidi. Quanto al primo, esso patisce l’inesistenza, allo stato attuale, di un sistema, come rilevato da IRTI (2016), pp. 19-33; nonché GROSSI (2015), p. IX e dunque fallisce strutturalmente in un ordinamento che va perdendo definitivamente la propria coerenza. Quanto al secondo, esso crolla al cospetto della crisi del concetto di bene giuridico, assediato ormai da fattispecie plurioffensive o funzionali alla realizzazione di programmi di tutela politico-criminali, come abbiamo già avuto modo di rilevare in altre occasioni, cfr. CONSULICH (2010), p. 237 ss., p. 301 ss. Si veda anche DE FRANCESCO (2004), p. 39 ss.

<sup>40</sup> Sulla sentenza si veda MANES (2013), p. 3474 s.; NAPOLEONI (2012), p. 164 s.

<sup>41</sup> Distingue tra imprevedibilità del giudizio in presenza di diritto e prevedibilità del giudizio in assenza di diritto, accettando ovviamente solo la prima eventualità BERNASCONI (2016), p. 194.

<sup>42</sup> Sulla visione congiunta e integrata di diritto e processo poggia l’elaborazione di Giuliano Vassalli in ordine ai principi generali del diritto, v. VASSALLI (1991), p. 705 ss.; il medesimo approccio si scorge nitidamente nelle pagine di CARNELUTTI (1952), p. 167.

L'esperienza penalistica è necessariamente unitaria. Il processo sarebbe soltanto «un marchingegno perennemente immobile e di fatto afono [...] se non lo si adoperasse per dare applicazione a regole “sui delitti e sulle pene”»<sup>43</sup>, ma al contempo la fattispecie incriminatrice si concretizza solo quando si applichi la sanzione astrattamente prevista oppure al contempo quando dall'accertamento di fatto e di diritto emerga che la sanzione non debba essere inflitta al soggetto destinatario dell'addebito (vale l'inveterato brocardo: *nulla poena sine iudicio*)<sup>44</sup>.

Non solo: il tema stesso della prevedibilità nasce dalla presa d'atto che accanto al legislatore sia la giurisprudenza, nell'ambiente processuale, a modulare la fattispecie sostanziale e finanche la commisurazione della pena in funzione di istituti premiali connessi alla scelta del rito da parte dell'imputato<sup>45</sup>.

Dalla consapevolezza del rapporto essenziale tra diritto e processo scaturiscono ovvie conseguenze sul piano delle garanzie: è ben chiaro anche ai processualisti che servirebbe a poco valorizzare il principio di stretta legalità dei reati e delle pene se ne fosse consentita un'applicazione arbitraria nel rito che è necessario per dar loro attuazione concreta, sicché non è possibile concepire la legalità come un principio che si arresti alle porte del processo, disinteressandosi delle dinamiche applicative delle fattispecie criminose<sup>46</sup>.

Da ultima, una constatazione pragmatica che vale anche come ipotesi di ricerca: è probabilmente nel processo che si possono rintracciare strumenti pratici che consentano di orientarsi nel labirinto dei formanti del diritto e garantiscano al singolo la giustiziabilità per i suoi affidamenti delusi da una norma penale imprevedibile. Senza dovere attendere garanzie ottriate da parte di un esausto legislatore, già oggi il nuovo art. 618 comma 1 *bis* c.p.p. e i più risalenti artt. 606 comma 1 lett. b) c.p.p. e 65 ord. giud., in combinato disposto con i principi nazionali e le tutele convenzionali, possono essere utilmente impiegati come arnesi da lavoro per costruire uno statuto garantistico dell'interpretazione in materia penale<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> CHIAVARIO (2016), p. 259. Nello stesso senso si vedano DI CHIARA e TRANCHINA (2018), p. 4.

<sup>44</sup> Recentemente, si esprimono parlando del sistema penale come composto di «due anime» LA ROCCA e GAITO (2019), p. 5. Tra i sostanzialisti vi è chi ha più volte richiamato l'attenzione sul nesso di strumentalità reciproca e complessa tra diritto e processo, quali poli di un unico sistema, e di aver posto in evidenza l'esigenza di dilatazione dell'oggetto d'indagine oltre il diritto criminale positivo verso l'ordinamento penale nella sua totalità, nelle sue due parti inscindibili, si vedano in proposito i rilievi di PADOVANI (1992), p. 430 ss.; PADOVANI (1999), pp. 527-543; PADOVANI (2016), p. 81 ss. Più di recente, sottolinea come l'esperienza penale sia unitaria e circolare, anche se non si può non tenere conto delle profonde differenze che intercorrono tra i due piani GARGANI (2016), pp. 303-327.

<sup>45</sup> Fondamentale indicazione metodologica è che i termini dell'interazione funzionale tra diritto e processo mutano in dipendenza delle fasi processuali e del tipo di rito, cfr. PALIERO (2016), p. 191 ss.

<sup>46</sup> Sull'inscindibilità delle due componenti, tra gli altri, v. NOBILI (2016), p. 55 ss.; NOBILI (1995), pp. 648-660; PADOVANI (1999), p. 527-543.

<sup>47</sup> Per una serie di riflessioni pragmatiche, volte a implementare l'efficienza nomofilattica della Cassazione, si legga BASSI (2020), in particolare p. 78 ss.

## 6. Il complesso oggetto del principio di prevedibilità: rilevanza penale, qualificazione giuridica, trattamento sanzionatorio complessivo o, semplicemente, regole del gioco?

Abbiamo rilevato come la prevedibilità debba essere riferita al diritto penale più che alla decisione giudiziale, ma anche al netto di questa precisione rimane da comprendere quale aspetto della disciplina penalistica rientri nella sfera di tutela da assicurare al cittadino.

La giurisprudenza della Corte EDU è stata protagonista dell'ascesa di questa tutela, ma naturalmente la garanzia non si è presentata sulla scena sin da subito con l'ampiezza che conosciamo ora, ma ha subito progressivi accrescimenti.

Procediamo con ordine. Come recentemente messo in luce in dottrina<sup>48</sup>, la concezione 'nucleare' del principio in analisi, riferita all'*an* della punibilità e risalente alla fine degli anni Settanta<sup>49</sup>, aveva ad oggetto la ragionevole prevedibilità della responsabilità penale *in chiave soggettiva*; via via però si è registrata un'interpretazione evolutiva e ha assunto connotati più complessi, in una prospettiva *oggettiva*: ora è la specifica fattispecie, dunque la *qualificazione giuridica* della condotta, a dover essere pronosticabile (il caso *Contrada vs Italia docet*)<sup>50</sup>.

Al cospetto di un simile principio così ricostruito, il nostro ordinamento mostra drammaticamente tutte le proprie inadeguatezze. Dal punto di vista dell'accessibilità della fattispecie, spesso essa non è solo vaga *in sé*, ma è altrettanto incerto il suo rapporto con le fattispecie finitime. Deve, infatti, ricordarsi che la Corte edu procede sempre seguendo l'imperativo di metodo di calare la *singola disposizione* di cui si discute *nel sistema penale di riferimento*, il che, nel nostro caso, rende ancor più difficile definire *ex ante* la qualificazione giuridica della condotta in presenza di tanti e tali conflitti apparenti (o reali) di norme, da ritenere arduo anche per un addetto ai lavori comprendere quale fattispecie debba applicarsi nel caso di specie.

Non solo. Anche il *trattamento punitivo* deve essere prevedibile e qui si percepisce nitidamente l'arretratezza del nostro ordinamento<sup>51</sup>: proprio la commisurazione della rappresenta ancora, infatti, il settore penalistico più antipodico ai principi convenzionali (nonché a quelli costituzionali), essendo rimesso alla piena discrezionalità del magistrato e vivendo di statuti differenziati a seconda delle sedi giudiziarie<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> SOTIS (2018), pp. 68-78.

<sup>49</sup> Corte Edu, *Sunday Times v. U.K.*, 26 aprile 1979, §§ 49 ss. Si noti che la sentenza non aveva ad oggetto la violazione dell'art. 7 della Convenzione, cui solitamente si riconnette il principio di prevedibilità, ma dell'art. 10. Essenziale poi Corte EDU, *Cantoni vs Francia*, 15 novembre 1996, § 29. Da ultimo, Corte Edu, II, *Parmak e Bakir cc Turkey*, 31 dicembre 2019, in *Sistema penale*, 19 febbraio 2020, con nota di F. MAZZACUVA (2020).

<sup>50</sup> Corte EDU, sez. IV, *Contrada vs Italia*, 14 aprile 2015.

<sup>51</sup> Fondamentale sulla prevedibilità del trattamento sanzionatorio, comprensivo delle sue evoluzioni in sede esecutiva, Corte EDU, G.C., *Del Rio Prada vs Spagna*, 21 ottobre 2013. Si veda, di recente, in relazione alla modifica successiva al fatto delle norme regolamentari attinenti all'esecuzione della pena dell'ergastolo, con sua sostanziale trasformazione da pena temporanea a pena perpetua, la censura mossa da Corte EDU, GC, 12 febbraio 2018, *Kafkaris vs Cipro*, § 140. Sulla giurisprudenza convenzionale in argomento si veda, di recente, SANTANGELO (2019), pp. 332-357 e LANZI (2019), p. 139 ss., in particolare 161 ss.

<sup>52</sup> Di recente, sul tema, si veda lo studio di IAGNEMMA (2019), pp. 1431-1476.

La comprensione del principio nella sua conformazione attuale non dipende ormai più solo dall'analisi dell'esperienza convenzionale, ma contempla anche un ruolo da protagonista della nostra Corte costituzionale, in particolare nel contesto del dialogo con la Corte di Giustizia dell'Unione sviluppatosi nel caso Taricco. Nell'argomentazione della Consulta si è fatta strada una concezione generale di *fairness* dell'intervento penale *tour court*, atto a coprire tutte le regole di funzionamento del sistema dei delitti e delle pene, ivi comprese la disciplina della prescrizione<sup>53</sup>. Una tutela oggettiva e generale, che prescinde dalla distinzione tra diritto sostanziale e processuale e mira a impedire il mutamento inaspettato dello schema normativo preposto alla regolamentazione del fatto storico commesso dal cittadino.

## 7. Ambientamento storico: il principio di prevedibilità al tempo della normazione criminale per *standard*.

Così definito il principio, occorre ora comprendere come esso reagisca di fronte ad una normazione penale che procede secondo una modellistica ben diversa da quella novecentesca.

Se il penalista è tradizionalmente abituato a manovrare fattispecie codicistiche aventi la struttura di *regola*, oggi si registra l'accresciuto ricorso da parte del legislatore a *standards* (ovvero, con altra espressione, principi).

La classificazione di questi due modelli è certamente complessa. Nel dibattito teorico, di matrice giusfilosofica, si possono individuare orientamenti che affermano una distinzione forte (qualitativa, ontologica, ecc.) e posizioni che affermano invece una distinzione debole (quantitativa, di grado).

In base ai primi<sup>54</sup>, solo i principi avrebbero una o più delle seguenti caratteristiche tipologiche:

- (i) dal punto di vista della *natura*, si tratta di espressioni giuridiche di valori fondativi dell'ordinamento, mentre altrettanto non varrebbe per le regole, che sono solitamente inespressive degli interessi che pure intendono tutelare, limitandosi ad associare una modalità deontica (divieto, permesso, obbligo, sanzione) ad una condotta;
- (ii) quanto alla *struttura*, presentano un notevole grado di generalità, vaghezza, indeterminatezza; saremmo qui in presenza di "norme senza fattispecie";
- (iii) in un'ottica *funzionale*, la loro applicazione è condizionata da operazioni di bilanciamento, dipendente dal confronto dell'importanza di ciascuno, ben potendo peraltro più principi trovare applicazione congiunta in un medesimo caso concreto; non così le *regole* che rispondono ad una logica reciprocamente esclusiva, nel senso che la ricorrenza dell'una preclude quella dell'altra (o delle altre). Le regole sono infatti

<sup>53</sup> Si veda in particolare l'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, § 5. Ritiene che questa pronuncia esprima l'accezione della prevedibilità come *fairness* dell'esercizio dello *ius puniendi* SOTIS (2018), p. 75.

<sup>54</sup> Tra gli esponenti di questo orientamento: DWORKIN (1978), pp. 14-45, p. 81 ss.; ALEXY (2000), pp. 294-304; ATIENZA-RUIZ MANERO (1993), pp. 9-29; MENGONI (1996), p. 115 ss.; MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), p. 81 ss.

soggette ad applicazione indefettibile, secondo un meccanismo *aut-aut*, una volta verificatesi le circostanze previste nella fattispecie, mentre i principi avrebbero una conformazione ottativa e tendenziale, cioè prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, valore ecc., secondo le concrete possibilità fattuali e normative;

(iv) da ultimo, solo in apparente contrasto con quanto appena indicato, la *forma*. I principi sono categorici quanto a contenuto, strettamente legate ad un'affermazione del valore da essi enunciato; non così, invece, le regole, che sono norme ipotetiche e si limitano a prevedere una conseguenza per il caso che si realizzino i presupposti da esse definiti<sup>55</sup>.

Rispetto alla lettura rigidamente dicotomica ora sintetizzata, coloro che sostengono una prospettiva di 'distinzione debole'<sup>56</sup> constatano che tutte le norme, siano esse regole o standards, sembrano possedere in qualche misura almeno alcune delle caratteristiche sopra indicate.

La dicotomia tra *rule* – intesa come norma che identifichi direttamente tutti i presupposti per la propria applicazione – e *standard*<sup>57</sup> non possiede un carattere definitivo e i due estremi rappresentano i poli opposti di un *continuum*<sup>58</sup>, tanto che una commistione o un incontro tra essi può essere concepito e, forse, auspicato<sup>59</sup>.

La prospettiva da adottare è insomma, a nostro parere, gradualistica: la differenza sarebbe solo quantitativa e dunque si tratterebbe di comprendere con quale intensità i caratteri sopra elencati, che dovrebbero essere indicatori di un principio, si presentino nella singola norma per comprenderne la collocazione nell'una o nell'altra categoria, potendo verificarsi in alcune occasioni la progressione di un principio verso uno stato di 'semiregola' o finanche regola *tout court*. Un simile fenomeno di transizione

<sup>55</sup> Per una elencazione di questi criteri distintivi si veda PINO (2009), pp. 131-158.

<sup>56</sup> Tra gli esponenti di questo orientamento: RAZ (1972), p. 823; MACCORMICK (2001), cap. VII; GIANFORMAGGIO (2008), p. 173 ss.; TWINING-MIERS (1990), p. 180 ss.; HART (1994); COMANDUCCI (1998), p. 81 ss. SULLIVAN (1992), pp. 22-113 (spec. p. 57 ss.); GUASTINI (1998), cap. XV; DICIOTTI (1999), p. 429 ss.; BARBERIS (2008), p. 108 ss.; MANIACI (2008), p. 300 ss.; PINO (2009), pp. 131-158.

<sup>57</sup> La dicotomia 'regola vs. *standard*' non deve essere confusa con la dicotomia 'regola vs. principio'. Nell'impostazione di Ehrlich e Posner, infatti, il principio non è altro che l'insieme delle considerazioni di politica del diritto che precedono e riempiono di contenuto una regola (cfr. EHRLICH e POSNER (1974), p. 260). Sulla distinzione tra regola e principio v. anche SOTIS (2007), p. 251 ss.

<sup>58</sup> Sulla gradualità della distinzione tra *rules* e *standards*, EHRLICH e POSNER (1974), p. 258.

<sup>59</sup> Solitamente l'introduzione di una regola comporta un rilevante tasso di rigidità del campo applicativo della stessa, generando problemi di imperfetta sovrapposizione – sia per eccesso (*overinclusion*) che per difetto (*underinclusion*) – tra condotte *effettivamente regolate* e quelle che *dovrebbero essere regolate*, tra campo applicativo della norma e scopi da essa perseguiti. Da tempo si consiglia, perciò, di accompagnare la regola con uno *standard*; è quello che accade, ad esempio, rispetto alle norme cautelari, nei rapporti tra colpa specifica e colpa generica: la posizione di un limite di velocità ben preciso è accompagnato dalla presenza dello *standard* della velocità ragionevolmente più bassa in caso di particolari condizioni del manto stradale; allo stesso modo la presenza di una regola rigida è affiancata dalla possibilità di derogarvi in presenza di particolari circostanze (si pensi ai casi in cui l'eccesso di velocità sia determinato da un'emergenza): in questa ipotesi, alla violazione della *regola* cautelare avente un contenuto preciso, viene apportata una deroga tramite una disposizione che presenta i caratteri di uno *standard* (*in primis* viene in considerazione l'art. 54 c.p.).

è forse in procinto di inverarsi proprio in tema di prevedibilità, divenuto da principio orientativo sempre più regola dimostrativa, via via suscettibile di giustiziabilità.

Chiarita la distinzione tra gli idealtipi normativi, non è dubitabile che anche la legislazione penale attuale sia spesso interessata dal massiccio impiego di *standards nella costruzione della fattispecie* e sia a sua volta sottoposta a *standards valutativi* da parte delle Corti costituzionali e sovranazionali (si pensi alle fortune dei canoni della proporzione e della ragionevolezza nel diritto interno e in quello sovranazionale).

Ovvio l'implicazione sul fronte dei formanti del diritto. Mentre la regola ha tendenzialmente bisogno della giurisprudenza solo per la propria *applicazione*, lasciando dunque un limitato margine di discrezionalità esegetica all'interprete, lo *standard* necessita di un maggiore coinvolgimento del giudice, che non trova preconstituito il significato dell'enunciato da impiegare nel caso concreto, ma deve confrontarsi con una sorta di 'semilavorato': solo a seguito di operazioni di bilanciamento, spesso anche complesse, tra gli interessi in gioco potrà giungere alla disciplina finale<sup>60</sup>.

## 8. La selezione del *case study*: il diritto penale dei mercati finanziari.

Una serie di casi concreti può contribuire a rischiarare la riflessione sulla prevedibilità della norma penale. A questo scopo è paradigmatico il campo del diritto penale finanziario, che offre, fin dalle sue colonne portanti, vale a dire i reati che compongono la disciplina del cd. *market abuse*, una perfetta rappresentazione del problema che qui si discute.

Il penalista che si appropria a questa branca del sistema deve subito adattarsi all'asistematicità della regolamentazione: si assiste qui ad un accumulo di istituzioni (cd. *Institutional layering*<sup>61</sup>), tutte in grado di incidere con la propria attività sul tappeto normativo di riferimento.

Il campo finanziario è stato il primo a sperimentare l'erompere di fonti atipiche, con marcati connotati fattuali e sociali<sup>62</sup>. È qui che si è manifestata in massimo grado la globalizzazione giuridica, intesa come complesso di principi e regole prodottesi, quasi spontaneamente, per soddisfare le necessità del mercato internazionale, in un orizzonte privo di confini politici e dematerializzato<sup>63</sup>. È qui comparso anche un "quasi diritto", composto da prassi, raccomandazioni, linee guida e codici di condotta, che si muovono indipendentemente dai confini degli ordinamenti statuali e che si replicano per imitazione e fin tanto che funzionino per produrre reddito<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Come notato da GROSSI (2015), p. 76 s.

<sup>61</sup> CASSESE (2009), p. 31. Si vedano anche le notazioni di PASTORE (2009), p. 266 ss.

<sup>62</sup> GROSSI (2015), p. 33 ss.

<sup>63</sup> In argomento, fondamentali le riflessioni di FERRARESE (2012), p. 54 ss. che evidenzia come il diritto generatosi nel contesto della globalizzazione sia senza autori, privo di confini e, in definitiva, non correlato ad una precisa società. Si leggano inoltre CASSESE (2008), p. 8 ss. e SCALISI (2012), p. 35 ss.

<sup>64</sup> Si è parlato a questo proposito di *tiers ordre juridique*, si legga PELLET (2000), p. 53 ss.

Il diritto penale dei mercati finanziari rappresenta, dunque, un campo elettivo per lo studio dello stato della legalità penale, per una serie di condizioni concomitanti:

(i) il tipo di destinatario: si tratta di un soggetto pragmatico, spesso di nazionalità estera, disinteressato ai profili assiologici (*in primis*: la rappresentatività democratica della disposizione) e orientato invece ad un unico obiettivo, la comprensione del rischio legale<sup>65</sup>;

(ii) la disciplina è il risultato di un mutevole intreccio di frammenti di disposizioni contenute in fonti diverse, a volte anche per rango. Siffatta disarticolazione attribuisce al giudice non solo il ruolo di *interpretazione*, ma altresì di previa *selezione* del diritto rilevante e dunque di ricostruzione/assemblamento del materiale normativo da impiegare nella decisione;

(iii) la complessità tecnica del diritto extrapenale cui la fattispecie penale accede acuisce il problema fondamentale, presente in ogni altro settore, della qualità della regolamentazione, al punto da lasciare in secondo piano il tema del livello della fonte, soprattutto alla luce di molteplici casi in cui il rispetto delle procedure democratiche partorisce un prodotto legislativo del tutto oscuro<sup>66</sup>.

Orbene non ci si deve stupire come la previsione di riferimento sia sempre quella *più precisa*, dotata quindi di maggiore efficacia orientativa, *a prescindere dalla tipologia e dal livello*. Come se ci si trovasse in presenza di una gerarchia delle fonti *sui generis*, nella quale quella preminente non è la più elevata, ma quella più prossima al fatto da regolare. Ed in effetti la legge ha poco spazio in questo settore, poiché il ruolo più importante è qui giocato, e accettato per convenzione dagli operatori, dalla giurisprudenza, e, qui in modo più marcato e originale rispetto ad altri ambiti del sistema, dalle Autorità amministrative indipendenti, con atti regolamentari, ma anche di pura *soft law*<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Per quanto il comportamento illecito sia tendenzialmente economico-indifferente, vi sono ipotesi in cui la motivazione all'agire criminale è condizionata, almeno in gran parte, dal profitto e ciò è proprio ciò che accade nel contesto finanziario, dove la componente personalistica della vittimizzazione e dell'offesa in generale è assente e dunque l'artificialità del contesto induce a considerare preminente il ragionamento costi-benefici, che necessita di una chiara definizione dei rischi normativi. Su tali argomenti, per tutti PALIERO (2006), p. 581 ss., p. 593 ss.

<sup>66</sup> VIGANÒ (2016a), p. 6.

<sup>67</sup> Oggi insomma la *legalità* si sarebbe trasformata, di fronte a fonti plurime e atipiche, in un principio di mera *giuridicità*, così GROSSI (2015), p. 87. Si badi bene. L'origine non rappresentativa della normativa è ben accettata da parte degli operatori, più interessati ad una precisa definizione del limite dell'investimento finanziario ammissibile, che alla condivisione delle direttive politico-criminali del settore o al tasso di democraticità del prodotto normativo. Una forma di collasso della "legalità della legge" fomentato dagli stessi destinatari della disciplina. Per costoro, lo stato di incertezza è in effetti quanto di più dannoso nella prospettiva: la minaccia di pena incerta è infatti di per sé penalizzante per l'iniziativa economica e induce a ripetere i consueti meccanismi negoziali, disincentivando l'adozione di nuove forme di speculazione mobiliare, che spesso sono proprio quelle che comportano un innalzamento dell'efficienza allocativa dei mercati. Nell'articolato quadro dei formanti del diritto penale, due sono quelli che meritano maggiore attenzione, soprattutto nei contesti ad alta complessità tecnica (si pensi, tra gli altri, al diritto dell'ambiente, al diritto dei mercati finanziari, al diritto degli appalti pubblici): la giurisprudenza da una parte, la Pubblica Amministrazione, nelle sue varie articolazioni e forme, dall'altra. In tali settori, economicamente connotati, accessibilità e prevedibilità rispondono non tanto ad un'esigenza di equo rapporto tra autorità pubblica e consociato, ma di pura razionalità economica, di ascendenza weberiana, volta alla computazione delle

In questo quadro, anche i principi di individuazione del diritto mutano. Se il giuspositivismo novecentesco il criterio di identificazione era quello della *validità kelseniana*, per cui la norma si riconosce in base ad altre norme, oggi è rappresentato dall'*effettività*, per cui è diritto ciò che conforma i comportamenti (sociali o economici nel nostro caso)<sup>68</sup>. Come vedremo brevemente *infra*, la progressiva rinascita della consuetudine, pressoché scomparsa con le codificazioni, è il segno di un mutato paradigma.

### 8.1 Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti.

In alcune occasioni, la somministrazione di tipicità in via giurisprudenziale può essere sufficiente. Nel caso dei reati contro la Pubblica Amministrazione (si pensi allo statuto dei reati di corruzione e induzione indebita a dare o promettere utilità), o ancora a quello dei nuovi ecoreati inseriti nel Codice penale nel 2015<sup>69</sup>. Altre volte il contributo dei giudici non è in grado, da solo, di rendere accessibile lo scenario normativo di riferimento: è quel che avviene nel diritto penale dei mercati finanziari.

In primo luogo, per la *scarsa frequenza delle sentenze* in questa materia, a fronte della pluralità di incognite che si presentano quotidianamente all'operatore. Il numero delle condotte finanziarie si trova davvero 'fuori scala' rispetto al numero di pronunce annuali della Cassazione o dei Tribunali di merito e dunque è del tutto insufficiente la capacità di integrare il tipo criminoso da parte del diritto vivente.

In secondo luogo, per la *dimensione tecnica della materia*, che non consentirebbe al giudice comune di scegliere in autonomia l'interpretazione più ragionevole nel caso concreto in rapporto al contesto.

---

alternative accettabili, nell'ambito di un'analisi costi-benefici. Il riferimento corre qui a WEBER (1961), p. 685 e p. 699. Sulla calcolabilità del diritto, di recente, si vedano DE FELICE (2018), pp. 37-57 che evidenzia, peraltro, (p. 57) come non sia affatto scontato che la considerazione dei precedenti giurisprudenziali aumenti il grado di prevedibilità della sentenza, soprattutto in presenza di una informazione giuridica ambigua e se non vi sia una convenzione tra gli operatori per definire il precedente conforme o, ancora, se non vi sia uniformità della giurisprudenza e, infine, in ragione del ruolo interferente di principi di diritto in conflitto tra loro. In argomento anche IRTI (2017), pp. 17-28.

<sup>68</sup> Osservazioni in proposito essenziali si rinvengono in GROSSI (2015), p. 28.

<sup>69</sup> Per una serie di riflessioni in ordine ai reati contro la P.A., afflitti da gravissimi problemi di determinatezza, e sui connessi problemi di ricostruzione giurisprudenziale delle loro tipicità slabbrate, GARGANI (2014), pp. 1029-1037; MANES (2018a), pp. 1126-1155, nonché SEMINARA (2018), p. 145; COCCO (2017), pp. 1-35. Evidenza da ultimo come l'art. 319 *quater* resti una «disposizione a tasso particolarmente elevato di discrezionalità applicativa» ROMANO (2019), p. 276. Sul tipo delle fattispecie del diritto penale ambientale, si veda l'affresco, prima della riforma del 2015 di GARGANI (2010), pp. 151-161 e dopo l'introduzione dei nuovi 'ecoreati', GARGANI (2020). Sulle nuove fattispecie codicistiche di cui al titolo VI bis del codice, con diversità di accenti, SIRACUSA (2015), p. 9; PALAZZO (2018), pp. 329-334 e, in senso più critico STORTONI (2019), p. 387 s.; CATERINI (2017), p. 349 ss.; CATENACCI (2015), p. 1078; CATENACCI (2016), pp. 5-18; VALSECCHI e BELL (2015), pp. 71-81. In particolare, critici sulla scarsa determinatezza dell'art. 452 *bis* c.p. CORNACCHIA (2018), p. 101 s.; PALMIERI (2019), p. 183 s.; RICCARDI (2017). Rileva invece la mancanza di "pre-determinabilità" della fattispecie di disastro ambientale di cui all'art. 452-*quater* c.p. GARGANI (2016), p. 2714 s. Sulle generali incertezze interpretative generatesi dopo la riforma del 2015 cfr. PATRONO (2016), p. 6 ss.

Si tratta di un campo in cui la disciplina, *formalmente legislativa*, è innervata *sostanzialmente* di *politiche governative*. Il diritto dei mercati finanziari, anche dal punto di vista del settore strettamente penalistico, è conformato fin dai primi anni Duemila pressoché integralmente dalle direttive europee: dapprima la n. 2003/6/CE e oggi la n. 2014/57/UE (cd. Mad I e Mad II), nonché dal regolamento (UE) N. 596/2014 (cd. Mar).

Al netto di una crescente compartecipazione del Parlamento di Strasburgo, è indubitabile che il propulsore dell'assetto normativo in tema di abusi di mercato sia l'organo esecutivo della struttura europea, ovvero la Commissione.

La disciplina di settore è per lo più frutto dell'integrazione tra la regolamentazione implementata e sottoposta al Parlamento europeo dalla Commissione (*id est*: direttive e regolamenti) e quella generata autonomamente dalle autorità amministrative indipendenti, sia al livello nazionale che a livello europeo per il tramite dell'Esma (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), cui prendono parte i rappresentanti di tutte le strutture di sorveglianza sui mercati dei Paesi membri<sup>70</sup>.

Nel quadro di un *framework* caratterizzato da un ridotto tasso di legittimazione democratico/rappresentativa, si registra il peculiare ruolo del formante amministrativo, lungo due versanti:

i) l'*incriminazione*, poiché l'Autorità di settore integra il tipo in modo davvero originale, declinando il contenuto di clausole generali del tutto indeterminate e dunque rappresentando il vero riferimento per ogni operazione di sussunzione da parte del giudice; si pensi ad esempio agli altri artifici di cui all'art. 185 t.u.f.<sup>71</sup>

ii) la *giustificazione*, dato che la Consob definisce una serie di condotte la cui realizzazione non integra una manipolazione del mercato. È quanto previsto al comma 4 dell'art. 187 ter t.u.f., con riferimento alla prassi di mercato ammesse.

Rinviano ad un paragrafo successivo (§ 8.3) quanto *sub i*) deve qui accennarsi al punto *sub ii*), davvero interessante per la singolare conformazione del meccanismo scriminante. Un esempio può chiarire meglio il tema.

L'art. 13 del cd. MAR (reg. UE n. 596/2014) disciplina i criteri che le Autorità nazionali di vigilanza sul mercato, entro il coordinamento dell'ESMA (Autorità europea

---

<sup>70</sup> Sul tema del persistente, seppur attenuato, *deficit* democratico delle istituzioni eurolunitarie si vedano in questo senso le riflessioni di COCCO (2019), pp. 1078-1101. Segnala come il Trattato di Lisbona non superi i problemi di rappresentanza nelle istituzioni europee FIANDACA (2007), p. 143; CUPELLI (2012), p. 535. In particolare, è essenziale notare che dal punto di vista della potestà normativa europea gioca ancora oggi, un ruolo essenziale il Consiglio (dei Ministri), che per la sua composizione è privo della rappresentatività democratica tradizionalmente richiesta per l'emanazione di norme penali, sebbene il Trattato di Lisbona abbia attenuato la precedente carenza di legittimazione, in quanto il TUE e l'art. 294 TFUE prevedono come regola la codecisione nel procedimento legislativo di Parlamento e Consiglio. A tutt'oggi il Parlamento europeo deve procedere in accordo con il Consiglio e dunque non è in grado di orientare in senso vincolante l'azione dell'UE secondo il suo volere, come richiede il concetto di democrazia rappresentativa. Per una recente riflessione sui rapporti tra diritto penale e diritto europeo, sia in termini di competenze reciproche che di ricadute sull'attività interpretativa della giurisdizione nazionale GIUNTA, (2020), p. 1 ss.

<sup>71</sup> Deve rilevarsi 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, come analizzato da VALENTINI (2018), p. 15

degli strumenti finanziari e dei mercati), devono seguire per la definizione di comportamenti che, *pur essendo dotati di capacità manipolativa dei mercati*, devono essere liceizzati in quanto funzionali alla migliore interazione di domanda e offerta sul mercato.

Già prima del MAR, l'art. 187 *ter* del t.u.f., dedicato alla definizione della manipolazione del mercato integrante l'illecito amministrativo, al comma 4 consentiva l'esonero da responsabilità per coloro che avessero agito in conformità di prassi di mercato ammesse dalla Consob, nel perseguimento di finalità legittime. La disciplina della disposizione in parola per questa parte non è mutata a seguito del recepimento della cd. Mad II (direttiva 2014/57/UE) ad opera del d.lgs. n. 107 del 10 agosto 2018: è stato inserito un comma 1 *bis* all'art. 185 t.u.f., che espressamente assicura la non punibilità di chi abbia commesso la turbativa del mercato per il tramite di ordini di compravendita o operazioni effettuate per motivi legittimi e in conformità a prassi di mercato ammesse, ai sensi dell'articolo 13 del MAR<sup>72</sup>.

Quello che preme qui rilevare è la presenza di una scriminante a formazione progressiva, dotata di un nucleo consuetudinario, che acquisisce valenza giuridica a seguito di una determinazione regolamentare dell'Autorità amministrativa di settore (la Consob), autorizzata a neutralizzare la valenza tipizzante della norma punitiva (amministrativa e penale) da una norma di legge (i citati artt. 185 comma 1 *bis* e 187 *ter* comma 4 t.u.f.).

Nonostante l'integrazione ad opera della giurisprudenza e delle Autorità amministrative, con i connessi costi sul piano della legalità ora indicati, il tasso di prevedibilità non rimane comunque soddisfacente. Valgano i due casi di seguito esemplificati.

## 8.2 Il paradigma punitivo 'improvviso' del cd. "insider di se stesso".

Nel diritto penale/punitivo del mercato finanziario si è verificata di recente l'emersione di un tipo criminoso giurisprudenziale che fino a poco prima la dottrina riteneva non fosse in alcun modo enucleabile dalle previsioni legali di riferimento.

Si pensi al caso del delitto di abuso di informazioni privilegiate attinenti ad operazioni ideate ed eseguite dallo stesso soggetto.

Dapprima il Tribunale e poi la Corte di appello di Milano<sup>73</sup> si sono interrogati sulla rilevanza penale di tale tipologia di *insider trading*: in particolare sulla riconducibilità alla nozione di *informazione privilegiata*, per come definita all'art. 181 t.u.f., del progetto di *delisting* di una società quotata. Nel caso concreto gli imputati avrebbero

---

<sup>72</sup> Già nella versione successiva alla l. 62 del 2005, di recepimento della Mad I, la dottrina per lo più riteneva che l'ammissione di una prassi ne implicasse la liceizzazione sia sul piano amministrativo, sia, *a fortiori*, su quello penale. Sul punto si veda Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, 327 e sia consentito il rinvio a CONSULICH (2010), p. 225; CONSULICH (2011), p. 292.

<sup>73</sup> Su cui si veda PAGELLA (2019); per una analisi in generale sull'insider di se stesso si veda LOMBARDO (2013), pp. 50-60; LOMBARDO (2018), pp. 666-685.

proceduto all'acquisto di una parte di azioni prima dell'annuncio di un o.p.a. totalitaria, per compiere tali transazioni a un prezzo medio ponderato inferiore a quello che si sarebbe poi dovuto corrispondere in sede di offerta pubblica, una volta resa nota l'iniziativa di uscita dal mercato.

Secondo quanto prospettato dalla tesi accusatoria, pertanto, gli imputati avrebbero sfruttato l'informazione privilegiata concernente l'imminente lancio dell'o.p.a. per acquistare i medesimi titoli a condizioni migliori, integrando la fattispecie di *insider trading*.

I giudici di merito, nell'affermare la rilevanza penale dell'*insider* di se stesso, hanno precisato come sia certamente vero che l'art 184 t.u.f. non possa essere impiegato per punire colui che compia un'operazione finanziaria sulla base di una propria intuizione o di un fatto che lo riguarda personalmente; il principio, esposto già al considerando n. 30 della oggi abrogata direttiva 2003/6/CE, postula però una *coincidenza perfetta tra l'oggetto della decisione e l'operazione realizzata*<sup>74</sup>.

In pratica il Tribunale di Milano ha esplicitato qui per la prima volta la 'regola di funzionamento' del delitto in questa sottofattispecie, e dunque, al netto della condivisibilità nel merito, è certo che la soluzione ha certamente rappresentato una novità ben poco prevedibile per l'imputato, alla luce delle concordi conclusioni cui erano giunti in precedenza i principali studiosi della materia.

Dal momento dell'introduzione della fattispecie di *insider trading* nel nostro ordinamento, su impulso comunitario, con la l. 157 del 1991, nessuno ha infatti per lunghi anni pensato potesse rilevare l'utilizzo di informazioni generatasi nel foro interiore dello stesso soggetto che si determinava a compiere una transazione finanziaria<sup>75</sup>.

Non che il problema non fosse stato posto, ma la migliore dottrina ha sempre negato potesse configurarsi il c.d. *insider* di se stesso: chi crea l'informazione privilegiata avente a oggetto una operazione di mercato e che la usa in funzione della migliore attuazione di essa, si sosteneva, non realizzerebbe alcuna condotta penalmente apprezzabile; la fattispecie incriminatrice contemplata dall'art. 184 t.u.f. (e da quella che l'ha preceduta a far data del 1991) richiederebbe infatti tutt'altro tipo di disvalore, vale a dire l'integrazione di un comportamento francamente parassitario che, appunto, farebbe difetto nel caso dell'*insider* di se stesso. Insomma, la notizia dell'intenzione di un

---

<sup>74</sup> Così Trib. Milano, III, 5 febbraio 2016 (ud. 12 novembre 2015), n. 12149, in *Società*, 2016, p. 1272, con nota di CONFALONIERI (2016), pp. 1278-1293. In particolare si legge come la liceità dell'operazione postula una «precisa corrispondenza tra l'oggetto della decisione di intervenire sul mercato finanziario e l'operazione concretamente posta in essere, che ne deve costituire la diretta realizzazione e, pertanto, non esclude la rilevanza penale dell'utilizzo delle informazioni privilegiate che, come nella specie, non traggono origine dalla decisione di effettuare una data operazione, bensì dall'intento di sfruttare la conoscenza di tale decisione»: la decisione è stata confermata da Corte App. Milano, Sez. II, sent. 15 gennaio 2019 (dep. 15 aprile 2019), n. 284, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2019, in particolare p. 19 della sentenza. Recitava il considerando n. 30 della direttiva sugli abusi di mercato del 2003: «poiché l'acquisizione o la cessione di strumenti finanziari implica necessariamente una decisione preliminare di acquisire o di cedere da parte della persona che procede ad una di queste operazioni, non si dovrebbe considerare che il fatto di effettuare questo acquisto o cessione costituisca di per sé un'utilizzazione di un'informazione privilegiata».

<sup>75</sup> GALGANO (1992), p. 638.

soggetto di compiere determinate operazioni finanziarie può costituire un'informazione soltanto per un terzo<sup>76</sup>.

Anche nella pur scarsa giurisprudenza penale si era avuta, rispetto a un'ipotesi di *insider* di se stesso, la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere<sup>77</sup> e nello stesso senso si era espressa la magistratura amministrativa<sup>78</sup>. Solo in sede civile si erano registrate aperture nel senso della illiceità di simili condotte<sup>79</sup>.

Non vi è dubbio che rispetto a questo modello di *insider trading*, la vicenda Cremonini rappresenti il tipico "caso 0" di cui si parlava in premessa, occasione di avvio di una lettura sorretta da un'impostazione teleologica, certamente ispirata più alla *ratio* preventiva della disciplina eurolunitaria in tema di abusi di mercato che ad una logica di contenimento della reazione penale in chiave di sussidiarietà e frammentarietà<sup>80</sup>.

La cedevolezza semantica della nozione di *informazione* ha consentito l'enucleazione di una interpretazione formalmente rispettosa del tenore letterale, che però ha generato una fattispecie giudiziale imprevedibile.

È da notare che l'attribuzione di rilevanza penale all'*insider* di se stesso non pare conseguire ad un ragionamento apertamente analogico, ma piuttosto di un'estensione semantica di un elemento del tipo, all'interno del limite letterale del termine informazione, che sfrutta al massimo la labilità semantica della parola; per questa ragione il divieto di analogia non ha in alcun modo prevenuto un'interpretazione improvvisa, generatasi nel rispetto della lettera della legge.

---

<sup>76</sup> PEDRAZZI (1992), p. 103. SEMINARA (1998), p. 628; SEMINARA (1994), p. 53; ABBADESSA (1992), p. 750; MUCCIARELLI (2012), p. 2319.

<sup>77</sup> Per il giudice, si legge nel provvedimento, "il mero proposito" dell'agente non sarebbe in alcun modo qualificabile come un'informazione privilegiata, cfr. G.U.P. Bologna, 13 giugno 2011, in *www.dejure.it*.

<sup>78</sup> Secondo il TAR non poteva costituire abuso di informazioni privilegiate il rastrellamento di azioni accompagnato dall'intenzione di realizzare un'Opa finalizzata alla revoca dalla quotazione in un mercato regolamentato, si veda T.A.R. Lazio, 10 luglio 2012, n. 6257 in *www.dejure.it*.

<sup>79</sup> Cass. Civ., II, n. 24310 del 16 ottobre 2017, secondo la quale "Per la configurabilità dell'abuso di informazioni privilegiate non è necessario il trasferimento di materiale conoscitivo da un soggetto informatore al soggetto agente; infatti, nel testo dell'art. 187 bis t.u.f., l'espressione "informazione" non è accompagnata da alcun riferimento alla relativa provenienza e deve quindi essere intesa come "conoscenza", indipendentemente dalla circostanza che tale conoscenza sia stata o meno trasmessa da altri all'agente. Dunque, la Consob può sanzionare l'*insider* di se stesso, ossia colui che abbia utilizzato abusivamente una informazione privilegiata da lui stesso creata, in quanto ideatore dell'operazione relativa". Sulla sentenza si vedano LOMBARDO (2018), pp. 666-685; CADORIN (2019), pp. 105-131 e RAFFAELE (2019), p. 778-794. Sulla precedente pronuncia della Corte di Appello di Bologna si veda RECCIA (2015), pp. 568-589. In argomento MORELLO (2013), p. 15. Scettici su tale lettura SGUBBI e TRIPODI (2008), p. 1.

<sup>80</sup> Anche oggi, dopo l'avvio di una interpretazione di segno contrario da parte della giurisprudenza, la dottrina continua a rilevare l'inopportunità della punizione di siffatte condotte. Dopo la sentenza della Corte di Appello di Milano si vedano le considerazioni di VENTORUZZO (2019).

### 8.3 Il tipo incentrato su clausole generali: il caso degli artifici innominati nel delitto di manipolazione del mercato.

Vi è, nel diritto penale finanziario, un secondo caso problematico. Quello della manipolazione del mercato, fattispecie notoriamente incentrata su una clausola generale indeterminata.

Le clausole generali sono additate dalla filosofia del diritto come fattore di incertezza giuridica<sup>81</sup>; esse implicano un peculiare coefficiente di indeterminatezza sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, rispetto ad ogni altro elemento linguistico che compone un enunciato normativo<sup>82</sup>. Non di meno, nel diritto costituzionale, si parla di queste formule come di *porte entropiche*<sup>83</sup>, che introducono nell'ordinamento contenuti non giuridici indispensabili all'applicazione della legge. Solitamente la portata precettiva della clausola generale viene determinata ricorrendo al diritto vivente<sup>84</sup>.

Nel caso dell'art. 185 t.u.f. però il supporto fornito da quest'ultimo non è sufficiente e la nozione di "altri artifici" richiede il concorso dell'Autorità amministrativa di settore in ragione della tecnicità del contesto e delle condotte cui l'incriminazione si riferisce.

La fattispecie penale di cui all'art. 185 t.u.f. non indica specificamente i tratti di tutte le condotte disvolte. L'estremo della realizzazione di 'altri artifici' è, in effetti, privo di capacità immediatamente descrittive: si tratta di uno *standard*, ovvero di un *criterio generale di scelta*<sup>85</sup>, in base al quale viene attribuita una *qualifica di artificiosità* a condotte che, isolatamente considerate, possono anche essere *lecite*.

Lo *standard* non descrive tutte le circostanze che sono rilevanti per l'attribuzione della qualifica alla condotta, ma è piuttosto il *criterio* per individuare quali connotati del

---

<sup>81</sup> Cfr. LUZZATI (2000), p. 130.

<sup>82</sup> Così CASTRONUOVO (2017), p. 3.

<sup>83</sup> BIN (2013), p. 220.

<sup>84</sup> Si pensi alla sentenza n. 31 del 1995 in relazione alla rivolta *mediante eccessi* di cui all'art. 174 co. 1 n. 3 c.p.m., secondo cui: «la giurisprudenza penale militare ha conferito all'espressione contestata un significato univoco, tale da portare a distinguere sostanzialmente la fattispecie del reato di rivolta di cui all'art. 174, primo comma, n. 3, c.p.m.p. realizzata attraverso "eccessi" tanto da quella di rivolta realizzata attraverso "atti violenti", prevista nella stessa disposizione, quanto da quella dell'"ammutinamento", riferita ai militari che, riuniti in numero di quattro o più, rifiutano, omettono o ritardano di obbedire a un ordine di un loro superiore (art. 175, primo comma, n. 1, c.p.m.p.)». Sullo stesso piano si veda il termine «sedizione» di cui agli artt. 182 e 183 c.p.m., cui si riferisce Corte cost. 519 del 2000 (§§ 3 e 4 del considerato in diritto) per giungere agli atti persecutori su cui si è espressa, riferendosi al diritto vivente, Corte cost., 172 del 2014, nella quale, al § 4.1. del considerato in diritto si può leggere «Ancora, occorre tenere conto del fatto che si è ormai consolidato un "diritto vivente" che qualifica il delitto di cui all'art. 612-bis cod. pen. come reato abituale di evento, per la cui sussistenza occorre una condotta reiterata, idonea a causare nella vittima una delle conseguenze descritte e, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, richiede il dolo generico, il quale è integrato dalla volontà di porre in essere le condotte di minaccia e molestia nella consapevolezza della idoneità delle medesime a produrre almeno uno degli eventi previsti dalla norma incriminatrice (ex plurimis, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenze n. 20993 e n. 7544 del 2012)». Sulla sopravvalutazione del diritto vivente da parte della giurisprudenza costituzionale si veda GIUNTA (2014), p. 2737-2747. In generale, si veda CASTRONUOVO (2017), p. 34.

<sup>85</sup> Sullo *standard* come strumento normativo, è d'obbligo il rinvio al pionieristico saggio di EHRlich e POSNER (1974), p. 258, i quali definiscono lo *standard* «a general criterion of social choice».

caso concreto debbano essere considerati e, al contempo, il *parametro* per valutarli. La norma legale non si occupa di definire il ruolo giocato dalla tipologia del titolo oggetto di manipolazione, dalla competenza delle controparti contrattuali, dalla profondità del mercato, dai volumi di scambio, dalle circostanze di tempo in cui la condotta viene tenuta, dall'ammontare e dalla conformazione degli ordini impartiti agli intermediari dal presunto manipolatore. Tali dati vengono riassunti in una formulazione di carattere generale, che esprime, però, la nota di disvalore che deve essere rinvenuta nell'operazione speculativa per giustificarne la punibilità: in relazione alla situazione concreta in cui viene tenuta la condotta, questa deve essere stata *in grado di trarre in inganno gli operatori che compongono il mercato*<sup>86</sup>.

Riferendosi all'artificio *tout court*, e non piuttosto ad un comportamento puntualmente descritto oppure ancora ad una clausola generale avente una connotazione fattuale (ad esempio la capacità causale tipica dei reati codicistici contro la vita), il legislatore ha cristallizzato una pura qualità negativa, un elemento espressivo di un giudizio: il giudice dunque è portato ad effettuare non una verifica di somiglianza tra tipi di condotte per poi valutare se ricorra la *eadem ratio*, ma una comparazione tra tipi di offese, misurandone l'intensità di disvalore<sup>87</sup>.

L'impiego di una clausola generale a connotazione assiologica e non fattuale implica insomma che sia il *senso del disvalore* espresso dal termine artificio – la *capacità di creare una realtà di mercato apparente e perciò fuorviante* – e non il *confine semantico* della parola a costituire il limite invalicabile per l'interprete<sup>88</sup>.

All'atto pratico, però, pur al netto di questa conclusione, la portata orientativa della norma è alquanto scarsa, sicché il giudice, sprovvisto delle cognizioni tecniche e delle possibilità di analisi del caso specifico che sarebbero in realtà necessarie, ha finito per fondare la propria attività di sussunzione all'autorità amministrativa indipendente, che di nuovo svolge un ruolo essenziale della tipizzazione dell'illecito.

È infatti indubbio che la nota comunicazione della Consob del novembre 2005<sup>89</sup>, contenente l'elencazione, dichiaratamente esemplificativa, di operazioni fittizie e artificiose, ha finito per assolvere la funzione di 'tipo di secondo grado' che, se ha attribuito maggiore determinatezza alla norma penale reale, ha di fatto significato il declino della legalità tradizionale nel campo degli abusi di mercato.

---

<sup>86</sup> Lo *standard* si sottrae all'obsolescenza determinata dal passare del tempo, poiché non definisce il tipo di circostanze che devono condurre all'infrazione 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; cfr. EHRLICH e POSNER (1974), p. 277.

<sup>87</sup> Per un'impostazione generale dell'analogia in diritto penale come procedimento interpretativo in cui l'omogeneità valutativa dei fatti da sanzionare costituisce il reale riferimento e risponde alla reale esigenza garantista sottesa al divieto dell'analogia stessa, cfr. PALAZZO (2003), p. 520 ss.

<sup>88</sup> Si noti una peculiare assonanza con il ragionamento che la Corte Edu è solita impiegare per sostenere la prevedibilità di un precetto in presenza di una disposizione elastica e in assenza di una giurisprudenza costante: la fattispecie sarebbe prevedibile quando l'applicazione nel caso di specie sia stata conforme alla sostanza del reato, cfr. Corte Edu, S.W. v. U.K., 22 novembre 1995, §§ 34 ss.; sul punto si vedano le notazioni di SOTIS (2018), p. 70 s.

<sup>89</sup> Cfr. Consob, Comunicazione n. DME/5078692 del 29-11-2005.

In conclusione, nel caso della manipolazione del mercato, la definizione della responsabilità penale viene delegata all'autorità indipendente e, in seconda battuta, al giudice, che con le rispettive decisioni producono il divieto reale, in modo linguisticamente performativo<sup>90</sup>.

### **9. Il problema della prevedibilità del trattamento punitivo: l'odissea del *ne bis in idem* e l'approdo allo standard della "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta" tra i procedimenti sanzionatori.**

Il problema della prevedibilità della decisione giudiziaria non si arresta, come detto, al piano del precetto, distendendosi anche su quello della pena.

In generale, il sistema sanzionatorio si sottrae ad ogni schema di prevedibilità, tali e tanti sono i meccanismi commisurativi e i *deficit* finalistici (la mancanza cioè di una definita scala assiologica tra i possibili scopi del trattamento punitivo) che connotano il nostro ordinamento e che polverizzano la nostra giurisprudenza nazionale a seconda della sede giudiziaria e del tipo di reato<sup>91</sup>.

Di nuovo il caso degli abusi di mercato, questa volta insieme al settore degli illeciti tributari, è il perfetto paradigma.

Come notorio, nel caso A e B vs Norvegia del 2016<sup>92</sup>, la Grande Camera della Corte Edu ha inaugurato un nuovo *standard* (ancora una volta ricorre dunque questo strumento giuridico), per la valutazione della legittimità convenzionale dei meccanismi sanzionatori a doppio binario, stabilendo, in materia di illeciti tributari, che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa pena, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché sussista tra i due procedimenti una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta".

Il paradigma della "*close connection*" ha avuto sin da subito un grande successo.

Non solo è stato recepito *in toto* in altre occasioni della stessa Cedu<sup>93</sup>, nonché dalle tre pronunce della Corte di Giustizia in materia di doppio binario in campo tributario e

---

<sup>90</sup> AUSTIN (1962), p. 6 ss., secondo cui i divieti e i comandi non si limitano a descrivere ma altresì producono il divieto; si tratta infatti di espressioni rispetto alle quali «*it seems clear that to utter the sentence (in, of course, the appropriate circumstances) is not to describe my doing of what I should be said in so uttering to be doing1 or to state that I am doing it: it is to do it*».

<sup>91</sup> PULITANÒ (2016), p. 212.

<sup>92</sup> Corte EDU (Grande Camera), 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, con nota di VIGANÒ (2016b).

<sup>93</sup> Cfr. Cedu, Sez. I, *Johannesson vs Islanda*, 18 maggio 2017, in cui invece la Corte, pur apprezzando il criterio della connessione, ne aveva escluso la sussistenza, concludendo per la violazione della garanzia.

di abusi di mercato<sup>94</sup>, ma altresì dalla Consulta, con la recente sent. n. 43 del 2018<sup>95</sup>. La Corte ha considerato *diritto consolidato*, ai sensi della propria precedente sent. n. 49 del 2015, una decisione che in realtà, agli occhi degli stessi Giudici costituzionali, rappresenta un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale (si veda il punto 6 del considerato in diritto della sent. n. 43 del 2018)<sup>96</sup>.

Anche la Cassazione sembrerebbe avere già acquisito il criterio entro i propri paradigmi esegetici: di fronte ad una fattispecie di annotazione di fatture per operazioni inesistenti *ex art. 2 D.Lgs. n. 74/2000* ha fatto riferimento alla sentenza *A e B vs Norvegia* della Cedu, per concludere nel senso che il duplice procedimento, penale e amministrativo, scaturito per il medesimo fatto, fosse sufficientemente connesso. Peraltro, la Corte ha operato una propria reinterpretazione del ‘metro’ convenzionale di nuova elaborazione, poiché la decisione si basa essenzialmente sul solo *sub*-criterio della connessione temporale, che appariva evidente in presenza di sanzioni irrogate a pochi mesi di distanza l’una dall’altra<sup>97</sup>.

Questo approccio è stato replicato non solo dalla Cassazione in ulteriori decisioni succedutesi in breve tempo nell’autunno del 2018<sup>98</sup>, poi seguite da ultimo da una sentenza del settembre del 2019<sup>99</sup>, ma anche dalla giurisprudenza di merito, in riferimento al regime sanzionatorio degli abusi di mercato. Il Tribunale di Milano ha ad esempio rilevato come la duplicità di procedimenti sia prevedibile, astretta da comuni riferimenti temporali e provvista di meccanismi di coordinamento tra organi procedenti,

<sup>94</sup> Ci si riferisce alle ormai note Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate e a.; C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca, sulle quali cui sia consentito il rimando a CONSULICH (2018b), pp. 949-959.

<sup>95</sup> Corte cost. 24 gennaio 2018, n. 43, sulla quale si veda GALLUCCIO (2018).

<sup>96</sup> Analoghe perplessità sulla qualificazione della sentenza *A. e B. vs Norvegia* come *diritto consolidato* sono espresse già da MANACORDA (2017), p. 520

<sup>97</sup> Cass., Sez. III, 14 febbraio 2018 (22 settembre 2017), n. 6993 che ha dato luogo, come notato in dottrina, ad un rovesciamento dell’approccio della Cedu nel caso *Johannesson e altri vs Islanda*, al punto da ritenere legittimo, almeno così pare, ogni cumulo sanzionatorio e procedimentale in cui almeno uno dei requisiti indicati nella sentenza *A e B vs Norvegia* sia presente nel caso concreto (in specie, la contemporanea pendenza). In questo senso si vedano le riflessioni di Tripodi, Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione “sfronda” il test della *sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2018, p. 3.

<sup>98</sup> Sulle quali si veda la ricognizione di SCOZZARELLA (2019). Sui riflessi in altri ordinamenti della pronuncia della Corte Edu nel caso *A e B vs Norvegia*, si veda la più recente sentenza della Corte di Strasburgo, Sez. V, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*, con nota di SCOLETTA (2019). La Corte Europea ha constatato che, benché il doppio binario punitivo fosse chiaramente prevedibile al momento del fatto (§ 47), i due procedimenti non perseguivano obiettivi complementari, in quanto erano funzionali a reprimere i medesimi profili di dannosità del fatto di manipolazione del mercato (definito e qualificato nello stesso modo in entrambi i procedimenti punitivi) e a proteggere i medesimi “interessi sociali”. L’assenza di uno stretto legame emerge anche dal punto di vista “temporale”: il ricorrente era stato infatti sottoposto a procedimenti sanzionatori per un periodo complessivo pari a quasi otto anni (dal giugno 2006 al gennaio 2014) e, sebbene i due procedimenti fossero stati condotti simultaneamente per circa due anni (tra il 2007 e il 2009), il processo penale era continuato per oltre quattro anni dopo che quello amministrativo si era definitivamente concluso con la sentenza della Corte di Cassazione del 2009 (§ 52).

<sup>99</sup> Cass., V, sent. 15 aprile 2019 (dep. 27 settembre 2019), n. 39999, in *Sistema penale*, 9 gennaio 2020, con nota di PAGELLA (2019).

in forza dell'art. 187 *decies* T.U.F. Ai sensi dell'art. 187 *terdecies*<sup>100</sup>, lo stesso Tribunale ha escogitato un congegno di contemperamento della sanzione amministrativa del tutto originale, che benché forse condivisibile nel merito, come nel caso, *mutatis mutandis*, dell'*insider* di se stesso, pare però discutibile nel metodo, essendo stato escogitato a bella posta ben dopo la commissione del fatto e senza alcun precedente 'sintomo applicativo'.

Precisamente, nel condannare un soggetto imputato del reato di manipolazione del mercato, il Tribunale ha comminato la pena di un anno e quattro mesi di reclusione ed euro 40.000 di multa, osservando che, seppur la pena detentiva edittale minima sia fissata dal legislatore in due anni di reclusione, doveva operarsi una sorta di conversione della pena pecuniaria inflitta dalla Consob e ritenuta in eccesso rispetto a quella comminata in sede penale. In particolare, poiché la sanzione pecuniaria amministrativa irrogata dalla Consob, e divenuta definitiva, era di euro 100.000, mentre in sede penale era stata ritenuta congrua la pena pecuniaria di euro 40.000, tale minor somma non avrebbe dovuto essere ulteriormente versata dal condannato, posto che l'art. 187 *terdecies* t.u.f. prevede che l'esazione della seconda sanzione pecuniaria sia limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'autorità, amministrativa o giudiziaria, che ha irrogato la prima sanzione. Per la residua somma di euro 60.000 che non avrebbe potuto trovare "assorbimento" nella pena pecuniaria inflitta in sede penale, i Giudici del Tribunale di Milano hanno ritenuto di dover effettuare la conversione utilizzando i criteri di computo di cui all'art. 135 c.p., giungendo così a convertire i 60.000 euro comminati dalla Consob in eccedenza in 240 giorni (8 mesi) di pena detentiva e così detraendo dalla pena edittale minima di 2 anni di reclusione i 240 giorni già scontati 'in moneta sonante'.

Come si vede, si tratta di decisioni da cui non pare possibile allo stato trarre criteri predittivi in ordine al trattamento sanzionatorio, poiché i giudici hanno fornito via via soluzioni casistiche e non riconducibili ad un comune denominatore<sup>101</sup>.

Certo, non può nascondersi che tale incertezza è grandemente favorita dall'assenza di una 'dogmatica della pena', cioè di una scienza del sistema sanzionatorio in grado di fornire categorie e principi regolatori che rappresentino per il pratico e finanche per il legislatore ontologie condivise sul come e sul quanto punire<sup>102</sup>.

Dal punto di vista operativo, privati di appigli concettuali predicibili, i Tribunali nazionali hanno oggi la possibilità di applicare "a rime sciolte" la criteriologia euro-convenzionale. Solo la sedimentazione di una giurisprudenza di legittimità sul punto potrà costituire un presidio orientativo per i giudici di merito. La sufficiente e prevedibile connessione sostanziale tra procedimenti pare però, allo stato, davvero una formula vuota<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Trib. Milano, Sez. I, 6 dicembre 2016, ord., in *Diritto penale e processo*, 2017, p. 514, con nota di MANACORDA (2017).

<sup>101</sup> Allo stato la portata concreta del *ne bis in idem* continua ad essere incerta: esso poggia sul criterio della proporzionalità, che rimane un parametro fluido e in evoluzione (muove oggi dalla concezione triadica a quella diadica). Si veda per tutti sulle diverse dimensioni del principio di proporzionalità nel diritto penale, PALAZZO (2016d), p. 29 ss.

<sup>102</sup> Per una chiara focalizzazione di questa 'assenza' della riflessione scientifica sul punto si veda DONINI (2013), p. 1166 s.

<sup>103</sup> Sulla imprecisione e indeterminatezza del criterio della connessione sostanziale e temporale dei

## 10. Alla ricerca di un 'sistema di orientamento' nell'incertezza del diritto. La comparazione e la suggestione dell'errore di diritto.

In uno scenario come quello ora sintetizzato, in cui acquisiscono peso crescente *standards* in funzione di incriminazione e tipi allusivi privi di coerenza semantica, si impone all'interprete la ricerca nel diritto comparato di formule normative e soluzioni istituzionali in grado di porre un argine alla emorragia di prevedibilità che affligge il sistema penale.

Viene immediato il confronto con i sistemi anglosassoni, per quanto anch'essi stiano via via smarrendo i propri tratti tipologici essenziali: la *common law* ha assunto da tempo un ruolo recessivo, se non addirittura agonico, data la crescita esponenziale della *statutory law*<sup>104</sup>.

I classici meccanismi di evoluzione e adattamento alla realtà del diritto angloamericano sono caratterizzati da vistose tracce di ragionamento analogico (l'applicazione di un *precedent* presuppone l'individuazione di una somiglianza e di un'*eadem ratio* tra caso già deciso e quello da decidere) e retroattivo (l'*overruling* ne è una manifestazione paradigmatica)<sup>105</sup>. La pratica di un diritto siffatto ha presto condotto alla consapevolezza, nei giuristi di lingua inglese, di quanto l'interpretazione possa essere erosiva della prevedibilità della *regula iuris* e dunque ha suggerito ai giudici a sviluppare una serie di garanzie particolarmente efficaci e, al contempo, 'anfibia', in quando operanti sia rispetto alla legge scritta che alla giurisprudenza<sup>106</sup>.

Si pensi ad esempio all'ordinamento statunitense. Benchè la Corte Suprema avesse inizialmente chiarito che il divieto di retroattività si riferisse solo alle norme di *statute law*, poiché tale tutela era superflua rispetto alle decisioni giudiziali<sup>107</sup>, con la decisione resa nel caso *Bonnie vs City of Columbia*, ha infine ritenuto che la *prospective limitation* valesse non solo rispetto alla *statutory law*, ma anche alla interpretazione della stessa<sup>108</sup>.

---

procedimenti ha avuto modo di esprimersi in senso critico lo stesso l'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle cause *Menci*, *Garlsson Real Estate*, *Di Puma* e *Zecca*. Sulla genericità e vaghezza degli indici della connessione, nonché sulla loro incongruenza rispetto alla *ratio* del principio del *ne bis in idem*, si vedano le riflessioni di RUDONI (2017), pp. 825-850.

<sup>104</sup> Come notato, ad esempio, da DONINI (2016a), p. 14, p. 35; DONINI (2017), pp. 14-47 e in precedenza da VETRI (1994), pp. 495-505; CADOPPI (1996), pp. 1052-1104; CADOPPI (2016), pp. 407-425; MATTEI (2014), p. 283 ss.; nonché da MANES (2017), p. 955-976. Di recente, avverte la necessità di un'estrema cautela nella comparazione con i sistemi anglosassoni con riguardo al tema del precedente ALPA (2018), pp. 129-142.

<sup>105</sup> Lo nota già VALENTINI (2015), p. 7 ss.

<sup>106</sup> Anche nei sistemi di *common law* sono infatti previste tutele assimilabili al nostrano principio di irretroattività (in particolare la *prospective limitation* espresso dal divieto delle *ex post facto laws* di cui all'art. 1 della Costituzione americana). La garanzia è pensata proprio in relazione alla *statutory law*. Sul punto si veda SAMPFORD (2006), p. 9 ss. Per la previsione del divieto di retroattività in relazione al solo diritto penale cfr. Supreme Court, *Caldar v. Bull*, 3 US 386 (1798). Nella dottrina italiana si veda MATTEI (1996), p. 163.

<sup>107</sup> Supreme Court, *Ross v. Oregon*, 227, US 150 (1913) e *Frank v. Mangun*, 237 US 309 (1915).

<sup>108</sup> Supreme Court, *Bonnie v. City of Columbia*, 378 US 347 (1964).

E così, in generale, nel corso della storia del diritto angloamericano si sono moltiplicati i rimedi, sostanzialmente pretori, che si sono via via istituzionalizzati e che, con i dovuti distinguo, possono costituire un riferimento per il penalista nostrano.

Due i più noti:

i) l'*absolute discharge*, inglese, che in presenza di un *overruling* che sarebbe sfavorevole consente alle Corti di distaccarsi da un precedente ritenuto irragionevole, al contempo evitando di pregiudicare il cittadino. Sulla base del nuovo orientamento interpretativo promosso dalla sentenza in questione, si procede ad una pronuncia di condanna meramente formale, priva di conseguenze afflittive concrete per il cittadino<sup>109</sup>.

ii) il *prospective overruling* statunitense, per cui il mutamento interpretativo genera effetti solo per i casi successivi a quello oggetto del giudizio<sup>110</sup>.

Lo scenario americano, in particolare, ha visto un interessante dibattito in dottrina e giurisprudenza in ordine alla necessità di riconoscere in capo alla Corte un vero e proprio dovere di annunciare una nuova regola per le future fattispecie ogni volta in cui sia giunta alla convinzione che la vecchia disciplina, scaturita dai precedenti, sia irragionevole<sup>111</sup>. In quest'ottica, già nel 1892 la Corte Suprema dell'Alabama aveva statuito, all'atto di modificare una antica regola di *common law*, che la nuova disciplina non avrebbe riguardato le parti del processo, poiché esse avevano fatto affidamento su una precedente regolamentazione e dunque sarebbe stato semplicemente ingiusto fare un'improvvisa applicazione del nuovo diritto<sup>112</sup>. Analogo principio, in un caso di responsabilità penale, fu sostenuto dalla Corte Suprema della Carolina del Nord<sup>113</sup>. Il riferimento principale però deve forse correre alle pagine dedicate al *prospective overruling* da Benjamin Cardozo nel saggio *The nature of the Judicial Process*, del 1921, il cui contenuto è stato poi ribadito ancora nel 1932 di fronte alla New York State Bar Association<sup>114</sup>, e infine applicato, dalla Corte Suprema Federale nel caso *Great No. Ry. V Sunburst Oil & Ref. Co.* (in cui Cardozo era Giudice)<sup>115</sup>: non violerebbe la garanzia del *due process of law* quella Corte che, pur aderendo ad un precedente per giudicare di un caso verificatosi sotto la sua vigenza, dichiara al contempo la propria intenzione di non aderirvi più in futuro. Tale principio avrebbe potuto ben valere sia con riferimento all'interpretazione di una *statutory law* che della *common law*<sup>116</sup>.

<sup>109</sup> Per una panoramica di tali soluzioni tipiche della Common law si veda GRANDE (1990), pp. 415-427

<sup>110</sup> La genesi del meccanismo è in *Supreme Court, Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Co.*, 287 U.S. 359 (1932).

<sup>111</sup> Si veda, in questi termini, in un discorso di fronte alla Associazione degli avvocati della South Carolina nel 1917, CANFIELD (1917), pp. 10-21. Nello stesso arco di tempo, rilevava come fosse necessario un completo abbandono della 'teoria dichiarativa' da parte delle Corti, con riconoscimento di un dovere di applicare le nuove regole elaborate dai giudici solo per il futuro, FREEMAN (1918), pp. 230-251. In senso contrario alle proposte di riforma ora indicate, nell'ottica di un ferreo attaccamento alla teoria dichiarativa il *chief justice* della Pennsylvania Robert VON MOSCHISKER (1924), pp. 409-427

<sup>112</sup> Alabama Supreme Court, *Jones v. Woodstock Iron Co.*, in 95 Ala. 551, 10 So. 635 (1892).

<sup>113</sup> North Carolina Supreme Court, *State v. Bell*, 136 N.C. 674, 49 S.E. 163 (1904).

<sup>114</sup> Si legga "Address by Chief Judge Cardozo, New York State Bar Association", January 22, 1932, *Report of N.Y.S.B.A.*, 55 p. 263, pp. 294-296

<sup>115</sup> *Great No. Ry. V Sunburst Oil & Ref. Co.*, 287 U.S. 358 (1932)

<sup>116</sup> Come evidenziato da LEVY (1960), p. 15

Accanto all'*absolute discharge* e *prospective overruling* vi è un terzo istituto, sorprendentemente simile al nostro errore di diritto sulla legge penale: si tratta del *mistake of law*. Negli Stati Uniti viene impiegato per 'inoculare' nel sistema il principio di irretroattività oltre i confini della *statutory law* e così tutelare i cittadini anche rispetto all'evoluzioni imprevedute dell'*interpretazione del diritto*<sup>117</sup>; si noti, peraltro, che tale istituto è stato progressivamente valorizzato nel tempo dalle Corti americane, perché più coerente con la visione del giudice come organo meramente *dichiarativo*<sup>118</sup>; non si può negare infatti che il rimedio del *prospective overruling* sia demistificatorio, svelando la finzione di una giurisprudenza che, nonostante si qualifichi non produttiva di diritto, preveda una diversa applicazione nel tempo dei principi contenuti nelle sentenze<sup>119</sup>.

### 10.1 L'istituto del *mistake of law* nel diritto angloamericano.

Pur nella tradizionale diffidenza verso l'ignoranza della legge penale come *defence*<sup>120</sup>, si è registrata nell'ordinamento inglese e in quello statunitense una presa di coscienza circa il decrescente tasso di comprensibilità della norma e la possibilità che anche una persona diligente possa ragionevolmente equivocarne la portata<sup>121</sup>.

Rileva di recente Ashworth che vi sia una sorta di rapporto sinallagmatico tra privato e autorità, per cui, benché il primo abbia il dovere di informarsi prima di compiere le proprie scelte<sup>122</sup>, lo Stato deve rendere pubbliche le leggi e i regolamenti e ove ciò non avvenisse sarebbe consentito al cittadino allegare la propria ignoranza rispetto al crimine oggettivamente commesso<sup>123</sup>. La casistica d'oltre manica dimostra effettivamente una progressiva apertura sul tema, in concomitanza con la proliferazione di ipotesi di reati artificiali: si adducono ad esempio quei casi in cui Agenzie statali e

<sup>117</sup> Lo rileva GRANDE (1990), p. 416.

<sup>118</sup> In generale, negli ordinamenti anglosassoni non si è mai attribuito un riconoscimento formale della portata creativa della giurisprudenza. In Inghilterra, ad esempio, fin dai tempi di Blackstone (la cui ricostruzione è poi confluita nella *declaratory theory* della *House of Lords*), le Corti ritengono che la giurisprudenza abbia una portata puramente dichiarativa: il giudice non crea diritto, ma rinviene regole preesistenti, cfr. BLACKSTONE (1970), p. 70 ss. Nella giurisprudenza inglese *House of Lords*, *Knulier v. DPP*, [1973] AC 435. Per una serie di critiche alla teoria dichiarativa FINNIS (1999), pp. 170-175. Nello scenario statunitense, si veda l'importante lavoro di LEVY (1960), p. 2, che rileva come nella visione tradizionale della giurisprudenza anglosassone "*A later judicial decision which seems to change the law has not really changed it at all but has only discovered the "true" rule which was always the law. It follows that any judicial "change" in the law must necessarily be retroactive*".

<sup>119</sup> Nello stesso senso PERRONE (2019), p. 284. Sulla distinzione nel diritto americano tra *mistakes of fact* e *mistakes of law* si vedano, tra gli altri, HALL (1960), p. 382 ss.; KAHAN (1997), p. 127; YEAGER (1998), p. 2113 e da ultimo, SIMONS (2012), p. 487.

<sup>120</sup> Si veda HOLMES (1881), p. 48 e, nella giurisprudenza statunitense, *Lambert v. California*, 355 U.S. 225, 228 (1957). Nella manualistica americana lapidaria la posizione di DRESSLER (2015), p. 168 s.: "*the default legal position is simple: the defendant's mistake will not exculpate, subject to the few narrow exceptions*". Per un'analisi degli argomenti *pro* e *contra* la massima "*ignorance or mistake of law is no excuse*", ROBINSON (1997), p. 551 s.

<sup>121</sup> DRESSLER, (2015), p. 168.

<sup>122</sup> Si veda ASHWORTH (2011), p. 1-26; HUSAK (1994), pp. 105-115.

<sup>123</sup> ASHWORTH E HORDER (2013), p. 219.

uffici pubblici (non legali privati) forniscano un consiglio rivelatosi poi oggettivamente fuorviante, nonostante il consociato vi abbia nutrito un ragionevole affidamento<sup>124</sup>. Le assoluzioni sono molto rare, ma questo dipende dal fatto che tali ipotesi vengono risolte ben prima di giungere al processo, attraverso il mancato avvio o l'archiviazione del procedimento, valorizzando l'eventuale presenza di un "*genuine mistake or misunderstanding*"<sup>125</sup>.

Nel diritto statunitense, invece, si danno tre grandi eccezioni all'inderogabilità della legge penale e dunque altrettante ipotesi di errore di diritto esimente<sup>126</sup>:

(i) la *reasonable reliance* (detta anche *entrapment by estoppel*), spendibile nei casi in cui un agente pubblico abbia fornito indicazioni fuorvianti ai consociati<sup>127</sup>. Ad essa si è fatto ricorso con prudenza, essendo stato riconosciuto rispetto a *statutes* poi dichiarati invalidi o a decisioni di Corti di Appello successivamente superate o in caso di consigli di funzionari di Agenzie pubbliche (ad esempio l'ufficio dell'*Attorney General* dello Stato o federale<sup>128</sup>) incaricate dell'applicazione della legge oggetto di errore. Tale soluzione è stata propugnata dalla Corte Suprema nel famoso caso *Chevron*, in ordine all'interpretazione del concetto di *fonte di inquinamento atmosferico* da parte dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente (EPA) rispetto a un *bill* nel 1977 che emendava il *Clean Air Act* del 1963<sup>129</sup>. A oggi è però ancora oggetto di discussione il criterio per identificare quale sia il pubblico ufficiale o la struttura pubblica in grado di generare un affidamento esimente<sup>130</sup>.

<sup>124</sup> In argomento, già ASHWORTH (1974), p. 652. Esclude possa ingenerare un ragionevole affidamento il consiglio di un avvocato WILLIAMS (1989), p. 186 s., nonché, più di recente GUR-ARYE (2002), p. 455.

<sup>125</sup> Si veda *Code for Crown Prosecutors*, § 4.17 (d), citato da ASHWORTH (1974), p. 223, ma che nella versione vigente oggi non prevede più indicazioni in proposito per gli adulti.

<sup>126</sup> Si tratta di ipotesi che sostanzialmente vengono contemplate anche dal *Model penal code*, ai §§ 2.04 (3) (b); 2.04 (3) (a) e 2.04 (1) e che hanno rappresentato il paradigma per alcuni legislatori statali, come rilevato da FLETCHER (2000), p. 737.

<sup>127</sup> Si veda in giurisprudenza *United States vs Smith*, 940 F.2d 710, 714 (1st. Cir. 1991). Secondo alcune corti il fondamento di questa *defense* dovrebbe collocarsi anche nel principio costituzionale del *due process*, cfr. *Miller v. Commonwealth*, 492 S.E. 2d 484-87 (Va. Ct. App. 1997).

<sup>128</sup> Si veda *Commonwealth vs. Twitchell*, 617 N.E. 2d 609 (Mass. 1993); vi è poi disomogeneità di vedute nella giurisprudenza sulla scusabilità di un errore derivante da una pronuncia delle corti inferiori: in *United States v. Barker*, 546 F.2d 940 (D.C. Cir. 1976) si riconobbe l'esimente, mentre in *State v. Striggles*, 210 N.W. 137 (Iowa 1927) la si negò.

<sup>129</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Nat. Res. Def. Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), da cui originò la dottrina interpretativa denominata *Chevron Deference*, in base alla quale avrebbe dovuto darsi prevalenza all'interpretazione di un testo fornita da quell'agenzia che fosse incaricata della sua applicazione; successivamente, nello stesso senso, *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 226-227 (2001), che restrinse la deferenza verso le interpretazioni delle agenzie ai casi in cui fosse chiaro che il Congresso avesse delegato all'agenzia il potere di emanare regole generali e che le indicazioni dell'agenzia fossero state pubblicate nell'esercizio di tale potere.

<sup>130</sup> Come rilevato da FLETCHER (2000), p. 756 s. che nota altresì come la decisione che più rileva in questo campo (la già citata *United States v. Barker*, 546 F.2d 940 (D.C. Cir. 1976), ovvero quella riferita all'intrusione nel palazzo del Watergate da parte di due imputati che ritennero di essere stati a ciò autorizzati da un componente dello staff del Presidente degli Stati Uniti, abbia qui considerato il *mistake of law* in cui erano caduti i due imputati non un'*excuse* attinente alla *culpability*, ma una variante della *justification* del *superior order* (dell'esecuzione di un ordine del superiore in ambito militare).

(ii) la *ignorance of law*, che viene riscontrata in presenza di un *criminal statute* tanto oscuro da impedire al cittadino diligente di formarsi una leale consapevolezza dell'esistenza della fattispecie criminosa<sup>131</sup>. Nel caso *Lambert* la Corte Suprema riconobbe come contraria alla *due process clause* la condanna (suscettibile di giungere fino a sei mesi di reclusione e 500 dollari di multa) del trasgressore di un'ordinanza locale che imponeva ai pregiudicati di comunicare alla Polizia la propria intenzione di risiedere a Los Angeles per più di cinque giorni: il fulcro dell'illecito era rappresentato da un semplice *status* personale, in assenza di una possibile occasione per l'imputato per rendersi conto che la sua condotta puramente omissiva fosse suscettibile di assumere rilevanza penale;

(iii) errore o ignoranza che esclude la *mens rea* richiesta per lo specifico reato. Per lo più si tratta di "*mistake regarding a law other than the criminal statute*" che conduce ad una cd. *failure of proof claim*, attinente per la precisione alla mancata prova della *mens rea*. In pratica, l'errore sulla fattispecie extrapenale ha impedito il superamento del ragionevole dubbio sulla presenza dell'elemento soggettivo del reato da parte della Pubblica accusa. Sono, all'evidenza, casi che ricadrebbero nel nostro art. 47 comma 3 c.p.<sup>132</sup>.

Il tema dell'errore/ignoranza della legge penale ha dimostrato nel diritto angloamericano una ricchezza di accenti e di prospettive di sviluppo che potrebbero essere raccolti anche nello scenario italiano. In effetti a più riprese la nostra dottrina ne ha auspicato l'impiego come soluzione contenitiva dell'imprevedibilità della legge penale, in particolare rispetto ai pregiudizi derivanti da interpretazioni sfavorevoli della legge emerse in giurisprudenza successivamente alla commissione del fatto.

La riviviscenza dell'art. 5 c.p., per come interpretato dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, potrebbe in effetti rappresentare la 'via italiana' per implementare l'equità del rapporto tra cittadino e ordinamento<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> L'enunciazione di questa *defense* risale al caso *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957), sul quale tornano di recente LOW e WOOD (2014), p. 1603.

<sup>132</sup> Si esemplifica nella manualistica americana riferendosi al cliente che si riprenda la macchina violando il diritto del carrozziere di trattenerla fino al pagamento del conto, oppure al caso giurisprudenziale della errata convinzione di aver ottenuto un valido divorzio prima di contrarre un matrimonio, con la conseguente consumazione del reato di bigamia. Si veda *People v. Vogel*, 46 Cal. 2d 798, 299 P. 2d 850 (1956).

<sup>133</sup> Sull'assenza di ricedute pratiche della pur storica sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, tra gli altri, da VALLINI (2003), p. 288 ss. e VIGANÒ (2016a), p. 8. Sul possibile ruolo dell'errore di diritto sulla legge penale come strumento di garanzia nel diritto penale contemporaneo PALAZZO (2016b), p. 8 ss.; si legga anche DI GIOVINE (2013), pp. 159-181; l'accostamento dell'art. 5 c.p. per come reinterpretato dalla Corte cost. con la sentenza n. 364 del 1988 al *prospective overruling* si legge invece in PULITANÒ (2015b), p. 46. Per quanto di fatto sconosciuto nella prassi degli anni Novanta e Duemila, il tema la conoscibilità della norma penale violata è stato di recente nuovamente valorizzato dalle Sezioni Unite della Cassazione, chiamate a pronunciarsi sulla liceità della commercializzazione di canapa con percentuale ridotta di principio attivo. L'interpretazione sposata nella pronuncia, foriera di una ricriminalizzazione in concreto di una condotta prima ritenuta legittima da plurimi interventi delle sezioni semplici in base alla l. 242 del 2016, è stata accompagnata da un ragionamento dubitativo in merito alla possibilità di ipotizzare in questi casi l'applicazione dell'art. 5 c.p. in relazione ai fatti commessi prima della sentenza stessa. Si veda Cass., Sez. un., 30 maggio 2019 (dep. 10 luglio 2019), n. 30475, Pres. Carcano, Est. Montagni, ric. Castignani, in *Sistema penale*, 18 novembre 2019, con nota di UBIALI (2019). Si può leggere a p. 18 della sentenza «in chiusura di

## 11. La ricerca di una disciplina legale e costituzionale sull'interpretazione delle norme giuridiche in ambito penale.

Per quanto meritevole di implementazione, la riviviscenza dell'art. 5 c.p. non può essere sufficiente<sup>134</sup>.

Se è indubitabile la simmetria nascosta tra legalità e colpevolezza, è altrettanto vero che *l'incomprensibilità del tipo legale* e *la mancanza di regole che definiscano i rapporti tra disposizione e norma* interpellano principi di sistema attinenti, rispettivamente, alla *costruzione della fattispecie oggettiva* e alla *divisione dei poteri*<sup>135</sup>.

Non si tratta più solo del piano di garanzia, *individuale*, del singolo cittadino di fronte alla legge penale, ma di un livello *istituzionale* attinente all'assetto dell'ordinamento. Certamente sarebbe necessario un rafforzamento della riflessione su questo versante, poiché il disordine delle fonti cresce così come l'intensità e la mutevolezza di accenti del dialogo tra le Corti sovranazionali tra loro e con quelle nazionali.<sup>136</sup>

La condizione attuale della legalità affonda le proprie radici al momento dell'avvento della Costituzione, che ha segnato il passaggio dal sillogismo applicativo al bilanciamento come strumento ermeneutico, conducendo dalla pura analisi del testo al contemperamento di valori<sup>137</sup>, ma che oggi trova la sua massima espressione nella proliferazione di interpretazioni conformi (alla Costituzione, alla Convenzione Edu, al diritto eurounitario)<sup>138</sup>, a volte anche collidenti, almeno potenzialmente (come nel caso

---

*trattazione, deve rilevarsi che le asimmetrie interpretative, rispetto all'ambito applicativo della novella del 2016, che stanno alla base del presente intervento nomofilattico, possono pure sortire una ricaduta sull'elemento conoscitivo del dolo del soggetto agente, rispetto alle condotte di commercializzazione dei derivati della cannabis sativa L., effettuate all'indomani dell'entrata in vigore della novella. Il giudizio sulla inevitabilità dell'errore sul divieto, cui consegue l'esclusione della colpevolezza, secondo il fondante insegnamento del Giudice delle leggi (Corte cost. sent. n. 364 del 1988) deve essere notoriamente ancorato a criteri oggettivi, quali l'assoluta oscurità del testo legislativo, ovvero l'atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari».*

<sup>134</sup> Non a torto si è rilevato come agendo sul rimprovero, lasciando intatto la causa dell'errore invincibile, ovvero l'oscurità del testo, si finisce per somministrare un rimedio sintomatico, senza guarire il malato, v. VIGANÒ (2016a), p. 10.

<sup>135</sup> VIGANÒ (2016a), p. 39 evidenzia come il nostro ordinamento da tempo conosce uno strumento, l'art. 5 c.p. come rivisto dalla Corte costituzionale, atto a garantire l'applicazione retroattiva di norme, anche di formazione giurisprudenziale, nei confronti di un imputato che abbia commesso il fatto senza colpa e che la sua applicazione più frequente potrebbe assicurare l'implementazione del nostro sistema della garanzia di cui all'art. 7 CEDU.

<sup>136</sup> Su cui PINO (2016b), p. 173 ss.; sia consentito il riferimento anche a CONSULICH (2018a), p. 87 ss.

<sup>137</sup> Lo evidenzia TARLI BARBIERI (2016), p. 215; di recente, sull'eclissi della "legalità legalistica" con l'avvento del costituzionalismo moderno BARTOLI (2020), p. 144. Nel tracciare la parabola storica dei rapporti tra legge e giudici prende le mosse da una nozione normativistica della legalità penale, comune a dottrina e giurisprudenza nel dopoguerra, MAIELLO (2020), p. 130.

<sup>138</sup> Si veda quanto affermato da Corte cost. 49 del 2015 in merito alla prevalenza dell'interpretazione conforme a Costituzione rispetto all'interpretazione conforme alla Cedu. Si noti peraltro, ulteriormente, che a volte dietro all'interpretazione conforme si nascondono analogie e disapplicazioni mascherate della norma

Taricco), come pure l'antagonismo che a volte si instaura tra diritto vivente e interpretazione conforme alla Costituzione<sup>139</sup>.

L'errore scusabile sulla norma penale deve quindi giungere a valle di soluzioni istituzionali incentrate sulla definizione a livello legale di tipi più precisi e sulla regolazione del rapporto tra il formante giurisprudenziale e quello legale; l'art 5 c.p. dovrebbe dunque rappresentare l'estremo strumento di tutela, a disposizione *del singolo* quanto i rimedi *generali* abbiano fallito.

Tra questi ultimi ormai pare insufficiente, di per sé considerato, il *divieto di analogia*. Esso non garantisce accessibilità, né esclude la retroattività sostanziale della decisione che prescelga una lettura fino ad allora non impiegata dai giudici. Non a caso a livello convenzionale non rilevi la sopravvalutata distinzione tra analogia e interpretazione estensiva, ma semplicemente, peraltro con tutti i rischi che a tale approccio conseguono, la prevedibilità dell'esegesi sfavorevole, sorga o meno questa da un ragionamento analogico<sup>140</sup>.

Come segnalato, a nulla valgono la legalità e i suoi corollari, rispetto ai contrasti giurisprudenziali (e il conseguente stato di incertezza e imprevedibilità della decisione) generati dalla presenza di una pluralità di opzioni ermeneutiche, tutte legittime in quanto rispettose del tenore della disposizione<sup>141</sup>. Sono oramai innumerevoli i casi in cui vengono sfruttati a fini espansivi della punibilità tutti i possibili significati letterali di un medesimo segno linguistico, per quanto impensabili all'atto della posizione della disposizione e finanche *incompatibili con il tipo penale* espresso da quest'ultima, inteso cioè come *unità di disvalore*<sup>142</sup>. Una vera e propria 'fuga verticale' della norma dalla disposizione, incidente cioè sul *senso* dei termini impiegati e dunque sulla loro intensione, nel rispetto dei confini *orizzontali* (il *significato*) della lettera della legge, vale a dire della estensione degli elementi della fattispecie. Pur mantenendo ferma l'inapplicabilità della disciplina a situazioni che presentino elementi differenziali rispetto alla fattispecie descritta e per cui si percepisce una lacuna di tutela, si sfrutta sempre più la relazione ambigua tra segno linguistico e significato, dipendente spesso dal contesto e da precomprensioni dell'interprete, e si giunge così a risultati non meno pericolosi di quelli derivanti dalla violazione del divieto di analogia<sup>143</sup>.

Il diritto penale è insomma affetto da un fenomeno di 'resistenza alla tassatività', che non diversamente dall'antibiotico-resistenza nel campo della medicina e della farmacologia, impone di modificare gli approcci tradizionali degli studiosi continentali,

---

interna, come rilevato da MANES (2018), p. 6.

<sup>139</sup> Con prevalenza dell'interpretazione conforme sul diritto vivente, come ben tematizzato da Corte cost., 113 del 2015.

<sup>140</sup> Sul punto PERRONE (2019), p. 224; DONINI (2016b), p. 370. Rileva l'inadeguatezza del divieto di analogia di garantire contro le incoerenze della giurisprudenza VIGANÒ (2016a), p. 7.

<sup>141</sup> VIGANÒ (2016a), p. 7; DONINI (2016), p. 30 s.

<sup>142</sup> Sul tipo come unità di disvalore è essenziale PALAZZO (1979), p. 350. Si veda a proposito dell'espansione semantica della fattispecie DONINI (2017), p. 9, che parla di rischi di *semiosi illimitata*.

<sup>143</sup> Chiamata da alcuni anche analogia 'esterna'. Sulla distinzione tra analogia interna ed esterna DI GIOVINE (2006), p. 274 ss. Tra i penalisti, sul ruolo della precomprensione ermeneutica, KAUFMANN (2004); HASSEMER (2007).

tradizionalmente educati a pensare che la tutela della legalità fornisca un argine totalizzante rispetto all'applicazione iniqua della legge. L'impressione è invece che siffatta garanzia non sia più efficace rispetto alle nuove forme di elusione del principio di tipicità.

È oggi chiaro che il diritto imprevedibile può scaturire anche nel pieno rispetto dei limiti letterali della disposizione, e che tutte le tradizionali garanzie penalistiche, avendo come riferimento la disposizione, si dimenticano del piano della norma, ovvero del campo di responsabilità reale definito dall'interpretazione giurisprudenziale.

Occorre allora costruire uno statuto dell'interpretazione in sede penale, inteso come complesso di regole la cui trasgressione costituisce un illecito interpretativo dotato di conseguenze processuali certe e che il cittadino possa denunciare di fronte ad un Giudice di grado successivo.

È il caso di munirsi di un minimo di senso pratico. Di fronte ad un legislatore ignaro dei rudimenti di scienza della legislazione e in perenne crisi di legittimazione democratica, risulta ingenuo auspicare una nuova attenzione al profilo di tipizzazione delle fattispecie; se si intende incidere un poco sullo stato del diritto penale *in action*, occorre dunque primariamente arricchire la tradizionale legalità illuministica di un nuovo versante, tutto attinente al rapporto tra interprete e testo. Due le categorie di *regole operative* ispirate ad una rilettura, processualmente integrata, del più importante dei principi di garanzia penalistici:

(i) *interpretative*, condivise tra gli operatori del diritto e giustiziabili nell'interesse del cittadino.

(ii) *istituzionali*, attinenti non solo al rapporto tra *giudici*, ma altresì tra il *potere giudiziario e gli altri poteri* <sup>144</sup>.

In una concezione più dinamica della legalità si deve dunque pensare ad *un fascio di regole*, poiché non pare plausibile che ad un problema di simile complessità possa corrispondere un unico rimedio, e al contempo, occorre ricercare un equilibrio tra garanzie 'classiche' e nuove tutele, nell'ambito di un approccio che tenga in debito conto il ruolo del processo nella conformazione del diritto penale sostanziale.

#### 11.1. Le regole interpretative: la procedura di estrazione della norma dalla disposizione.

Accanto alla possibilità di contestare di fronte ad un diverso giudice un illecito interpretativo, occorre però fornire alle parti del processo, anche in un'ottica di verificabilità da parte di fronte alla Corte dell'eventuale impugnazione sul punto, i parametri per valutare la presenza di una violazione delle regole sull'interpretazione. Si tratta di poche e semplici regole ermeneutiche che fondino uno statuto giuridico preciso e giustiziabile, la cui infrazione possa rappresentare un illecito interpretativo

---

<sup>144</sup> La soggezione del giudice soltanto alla legge non rappresenta un diritto individuale del magistrato, né una ragione per giustificare l'incertezza giuridica dei cittadini, ma una condizione istituzionale del potere giudiziario in sé considerato, posto a garanzia di tutti. In merito si legga BACIGALUPO (2005), pp. 7-26.

riconoscibile e che non sia rimesso allo spontaneo adeguamento dei giudici stessi, in quanto controllori privi a loro volta di controllo<sup>145</sup>.

Per inciso, non si tratta affatto di un'impostazione nuova: da sempre vi è una strettissima interconnessione tra legalità e interpretazione: a ben vedere la legalità è infatti anche una regola *sull'interpretazione*, poiché indica quale tra più soluzioni dubbie debba essere scelta, quella più conforme al testo<sup>146</sup>.

È chiaro però che l'appello alla legalità, nel suo significato statico e sostanziale, non pare oggi più sufficiente. Le garanzie, tra cui rientrano anche le regole sull'interpretazione funzionali ad assicurare la prevedibilità del diritto, necessitano di una traduzione processuale immediata, poiché la loro violazione richiede una pronta azione nell'ambito del procedimento penale.

Occorrono dunque regole che sostanzino e attualizzino i diritti delle parti rispetto all'errata interpretazione e che consentano di addurre l'errore del giudice di merito davanti a quello di legittimità come garante della corretta applicazione del diritto; il veicolo per sollevare la questione è già presente nel codice di procedura penale all'art. 606 comma 1 lett. b) c.p.p., la cui ampiezza è stata da tempo definita dalle Sezioni Unite e confermata anche di recente<sup>147</sup>.

Dovrebbero soccorrere tre canoni esegetici, da impiegare come passaggi obbligati di ogni procedura interpretativa in materiale penale.

In primo luogo, *il principio di precisione* dovrebbe guidare nella selezione delle interpretazioni possibili, dovendo il giudice scegliere, tra quelle compatibili con la lettera della disposizione, quella suscettibile di generare maggiore chiarezza e certezza nei destinatari e nelle stesse agenzie del controllo sociale, oltre che rispetto agli altri giudici<sup>148</sup>.

In secondo luogo: *il dovere di astensione dalle ridefinizioni*. Di fronte ad una pluralità di interpretazioni occorre sempre scegliere quella che non presupponga una ridefinizione di un elemento del tipo rispetto al suo significato nel linguaggio comune o

<sup>145</sup> Sulla necessità di un modello deontologico e prescrittivo dell'interpretazione si vedano DONINI (2011), p. 63 ss., p. 115 ss.; e, da tempo, PALAZZO (2006), p. 515 ss., p. 520 ss., e più di recente PALAZZO (2016b), pp. 4-12.

<sup>146</sup> Analogamente già VELLUZZI (2010), p. 379. Sulla natura mimetica dell'interpretazione estensiva, che null'altro sarebbe se non una maschera sotto cui si nasconde l'analogia v. MARINUCCI (2007), p. 1268. Per CONTENUTO (1991), p. 5 ss. l'interpretazione estensiva rientrerebbe ancora entro la corretta interpretazione, osservante dei canoni fissati dall'art. 12 comma 1 delle preleggi. Sull'impossibilità di distinguere tra analogia e interpretazione estensiva in ragione della natura essenzialmente analogica del ragionamento giuridico FIANDACA (2002), p. 10 ss. che rileva altresì come tra le due sia presente una differenza di grado e non qualitativa, cfr. FIANDACA (2001), pp. 353-376. Sulla difficile percepibilità del ragionamento analogico da parte dell'operatore del diritto, che ritiene per lo più di procedere ad una mera interpretazione estensiva RONCO (2006), p. 711.

<sup>147</sup> Cass., V, n. 47575 del 7 ottobre 2016 (dep. 10 novembre 2016), Rv. 268404, secondo la quale «*riguarda l'erronea interpretazione della legge penale sostanziale (ossia, la sua inosservanza), ovvero l'erronea applicazione della stessa al caso concreto (e, dunque, l'erronea qualificazione giuridica del fatto o la sussunzione del caso concreto sotto fattispecie astratta), e va tenuto distinto dalla deduzione di un'erronea applicazione della legge in ragione di una carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta, denunciabile sotto l'aspetto del vizio di motivazione*». In precedenza, Cass. S.U., n. 5 del 19 gennaio 2000 (dep. 28 aprile 2000), in *Cassazione penale*, 2000, p. 2219.

<sup>148</sup> VIGANÒ (2016a), p. 29

in quello tecnico di riferimento (anche in quello tecnico *penalistico*). Ogni ridefinizione in sede esegetica conduce presto o tardi alla riformulazione del senso delle parole che compongono la fattispecie e, come detto, avvia quella ‘fuga dalla disposizione’ che rende imprevedibile la *regula iuris*.

Vietando le ridefinizioni stipulative, *ad hoc*, sarebbero bandite tutte quelle ipotesi in cui la *norma* prodotta dall’interpretazione è incompatibile non tanto con la *lettera* (qui basterebbe il divieto di analogia), quanto con il senso dell’enunciato linguistico che costituisce disposizione<sup>149</sup>.

Fin troppo noti gli esempi: dalle onde elettromagnetiche confluite nel cono semantico delle cose gettate di cui all’art. 674, pur dopo l’entrata in vigore di discipline specificamente dirette a contrastare questo fenomeno (nonostante quest’ultimo caso sia spesso impiegato come esempio di analogia indebita)<sup>150</sup>, all’*infortunio sul lavoro* che nell’applicazione dell’art. 437 ha assunto connotati della *malattia professionale*<sup>151</sup> e per il quale si è assistito ad una vera e propria ridefinizione dell’elemento della fattispecie<sup>152</sup>.

Da ultimo, il caso dei *fatti materiali non rispondenti al vero* di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., nella attuale formulazione, successiva alla l. 69 del 2015: come noto, dopo un immediato contrasto giurisprudenziale e un dibattito dottrinale molto acceso, l’espressione è stata intesa come comprensiva delle *valutazioni incoerenti con criteri normativamente fissati o criteri tecnici generalmente accettati*<sup>153</sup>.

Infine: *la prevalenza dell’interpretazione più favorevole per il reo*. Il modello è ovviamente la *rule of lenity*, in base alla quale l’ambiguità del testo non deve mai andare a sfavore del cittadino<sup>154</sup>. Una regola siffatta sarebbe peraltro perfettamente sintonica con

<sup>149</sup> In argomento DONINI (2018), p. 93, che propone un test per scovare le analogie vietate: tali sarebbe quelle interpretazioni che imporrebbero di riscrivere la disposizione per effetto dell’operazione esegetica che viene seguita.

<sup>150</sup> Ritene che tale interpretazione non contrasti con il divieto di analogia Cass., III, n. 15707 del 9 gennaio 2009 (dep. 15 aprile 2009), Rv. 243431, secondo cui: «*In tema di getto pericoloso di cose, il fenomeno della creazione, emissione e propagazione di onde elettromagnetiche rientra nella contravvenzione di cui all’art. 674, comma primo, cod. pen., per effetto di un’interpretazione estensiva dell’espressione “getto di cose”, non comportando tale esegesi un’estensione analogica “in malam partem” della predetta disposizione*». Per un’analisi storica dell’evoluzione dell’interpretazione della fattispecie DE FALCO (2001), p. 148.

<sup>151</sup> Da ultimo si veda Cass., IV, n. 5273 del 21 settembre 2016 (dep. 3 febbraio 2017), Rv. 270382; critica sul punto da tempo la dottrina, si veda ad esempio già CORBETTA (2003), p. 751 s.

<sup>152</sup> Per Cass., I, n. 350 del 20 novembre 1998 (dep. 14 gennaio 1999) Rv. 212203, infatti: «*A differenza delle malattie professionali in senso stretto, che consistono in manifestazioni morbose contratte nell’esercizio e a causa di lavoro e che non sono prodotte da agenti esterni, la “malattia - infortunio” va intesa come sindrome morbosa insorta in esecuzione di lavoro e prodotta da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica) evitabile con determinati accorgimenti*».

<sup>153</sup> Cass., S.U., 31 marzo 2016 (dep. 27 maggio 2016), n. 22474, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2016, con nota di MUCCIARELLI (2016). Sul dibattito dottrinale generatosi dopo la riforma basti qui il riferimento a PERINI, (2018), p. 86 ss.

<sup>154</sup> Si tratta di un paradigma ermeneutico antichissimo (SCALIA (1997), p. 29 secondo cui “*The rule of lenity is almost as old as the common law itself, so I suppose that is validated by sheer antiquity*”, e, in giurisprudenza si legga la *concurring opinion* di Thomas in *Johnson v. United States*, 135 S. Ct. 2551, 2567 (2015), secondo cui “*This rule of construction – better known today as the rule of lenity – first emerged in 16th century England*”) ma ancora oggi al centro del dibattito nella dottrina americana oltre che ad una frequente applicazione nella prassi, se solo si guarda ai casi di applicazione dello stesso da parte della Corte Suprema federale e delle

i classici principi di frammentarietà ed *extrema ratio*, patrimonio comune del penalista italiano, da sempre ben consapevole che lo strumento penale deve essere usato con parsimonia e proporzione. D'altra parte, tale direttiva non è completamente ignota nel nostro ordinamento e si può già vedere formalizzata (seppure in un ambito non penalistico, bensì attinente al diritto punitivo tributario) all'art. 10 della l. 212/2000 (cd. Statuto del contribuente), nonché nelle discipline, oggi abrogate che l'hanno preceduto: si tratta di previsioni nelle quali attenta dottrina ha ritenuto di scorgere il divieto di prescegliere l'interpretazione sfavorevole per il contribuente allorché quest'ultimo si sia attenuto ad altra più ragionevole e meno severa<sup>155</sup>.

Se i primi due criteri sono delle applicazioni sul piano della interpretazione di due tradizionali corollari della legalità penalistica, il terzo esprime la ricaduta esegetica del principio assiologico del *favor rei*. L'impiego combinato di queste tre direttrici ermeneutiche dovrebbe consentire di ridurre la pluralità di significati possibili e concorrenti, con l'auspicio di avvicinarsi a due risultati:

- i) evitare che al cittadino sia imposto dal sistema di doversi prefigurare tutti quelli possibili, anche quelli contingentemente non ancora sondati dalla giurisprudenza;
- ii) arginare la discrezionalità del giudice e dunque la contaminazione del risultato interpretativo da parte di valutazioni assiologiche e teleologiche soggettive.

La violazione di tali criteri potrebbe avere una duplice rilevanza, a seconda del grado di allontanamento dal nucleo interpretativo più preciso, tassativo e favorevole.

Qualora questo sia *manifesto*, ci si dovrebbe porre su un piano *oggettivo e generale*: la scelta da parte del giudice della norma meno precisa, meno legata alla lettera della disposizione e più sfavorevole, dovrebbe far ritenere l'interpretazione irragionevole, perché contraria al modello di legalità penale convenzionalmente integrato, derivante dall'intersezione tra art. 25 Cost. e art. 7 Cedu.

Nei casi in cui l'irrazionalità non emergesse *ictu oculi*, ma ad esempio solo a seguito della considerazione del tipo di destinatario o del contesto normativo in cui la previsione di cui si discute si colloca, si slitterebbe su un piano *soggettivo*, collocato entro una rinnovata valutazione di colpevolezza rispetto alla *norma* violata. Siamo qui nell'ambito di una analisi alla luce del già citato art. 5 c.p. Quest'ultimo, 'rivitalizzato', renderebbe giustiziabile l'oggettiva difficoltà interpretativa quanto meno sul piano

---

Corti di Appello, che nel periodo 2015/2017 ne hanno fatto applicazione 47 volte. Per un'approfondita analisi anche di carattere empirico, attraverso l'intervista di 42 giudici delle Corti di Appello Statunitensi, del criterio si vedano GLUCK e POSNER (2018), 13, p. 1300. In particolare, il giudice Scalia e il prof. Bryan Garner hanno accentuato l'importanza della *rule of lenity* includendola in un set di 57 canoni esegetici raccomandati nel loro trattato sull'interpretazione (cfr. SCALIA e GARNER (2012) pp. 296-302). Secondo GLUCK e POSNER (2018), p. 1331 ss., la *rule of lenity* possiede un peso autoritativo posto che un terzo dei giudici intervistati considera la una regola attuale di obbligatoria applicazione.

<sup>155</sup> VALLINI (2016), p. 255. Dal punto di vista normativo, accanto allo Statuto del contribuente, il principio per cui il cittadino non è punibile in caso di incertezza della disciplina tributaria è stato espresso via via all'art. 8 del d.l. 429 del 1982, all'art. 55 del d.p.r. n. 600 del 1973, nonché agli artt. 8 d. lgs. 546 del 1992 e 6 comma 2 del d. lgs. 472 del 1997.

dell'accertamento della volontà antidoverosa dell'agente, in qualche modo valorizzando una misura soggettiva della prevedibilità che a volte risulta minima<sup>156</sup>.

### 11.2. Le regole istituzionali: la responsabilità del giudice nel sistema penale.

Una volta identificate delle regole interpretative condivise, occorre domandarsi come assicurarne il rispetto. L'approccio dovrebbe comporsi di due livelli di intervento: è necessario, da una parte, garantire la loro applicazione *all'interno dell'ordine giudiziario*, in particolare tramite l'esercizio della nomofilachia da parte della Cassazione, dall'altra parte sorvegliare la distribuzione del potere disegnata dalla Costituzione *tra giudice e legislatore*.

Quest'ultimo aspetto impone di confrontarsi con il rischio, da sempre segnalato dai più attenti studiosi, che esse si rivelino delle tecnicamente imperfette, in quanto la loro violazione sarebbe priva di sanzione o, in altro modo, rimessa allo spontaneo adeguamento dei destinatari, in questo caso appunto i giudici<sup>157</sup>.

Una trasgressione collettiva da parte dell'ordine giudiziario, magari sancito da una presa di posizione della Cassazione, basterebbe a porre nel nulla persino il più importante tra i criteri interpretativi derivanti dalla legalità penale, vale a dire il divieto di analogia<sup>158</sup>.

In fondo non si tratta che di una rimodulazione del fondamentale interrogativo "*chi controlla i controllori?*", che in questa materia preoccupa anche i non penalisti<sup>159</sup>.

La risposta dipende dalla lettura che possiamo dare delle regole interpretative e dell'*enforcement* delle stesse nel quadro della struttura istituzionale del nostro ordinamento. Si potrebbe concepire:

(a) come un comparto di istruzioni deontologiche 'autonormate' dall'ordine giudiziario, rimesse alla verifica finale della Corte di Cassazione e dunque impermeabili ad un controllo 'esterno', da parte di altri organi dello Stato;

(b) come vere e proprie norme cogenti, per quanto non formalizzate allo stato in una legge, che però concretizzano, *in parte qua*, il corretto ed equilibrato rapporto tra giudice e legislatore e dunque possono essere sorvegliate dalla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 134 della Cost., nell'ottica di un più o meno sotterraneo conflitto di attribuzione tra poteri, nei casi più estremi, o comunque disinnescato attraverso pronunce interpretative, nelle ipotesi meno drammatiche e più ordinarie di sindacato sulla legittimità costituzionale di questa o quella disposizione di legge (magari proprio in punto di determinatezza della fattispecie).

<sup>156</sup> Oggi si badi che la giurisprudenza è refrattaria rispetto ad ogni possibile rilevanza scusante per lo stato di dubbio sulla liceità della condotta. Tra le molteplici pronunce in questo senso, si vedano, tra le più recenti Cass., V, 24 novembre 2016, n. 2506; Cass., IV, 26 giugno 2012, n. 33176, in *Guida al diritto*, 2012, 40, p. 60.

<sup>157</sup> Si pensi alle riflessioni di DONINI (2011), pp. 63-15. Di recente anche BARTOLI (2020), p. 147 e p. 159 ss. del dattiloscritto.

<sup>158</sup> Si veda già alla fine degli anni Novanta DONINI (2003), p. 68 ss, 101 ss. e, ancora prima, constatava l'impossibile verifica sull'osservanza della legalità in generale, CONTENTO (2002), p. 227.

<sup>159</sup> *How to guard the guardians?* si chiedono infatti, tra gli altri, GUARNERI e PEDERZOLI (2002), p. 13.

È evidente che un più ampio coefficiente di affidabilità è sicuramente garantito dalla soluzione *sub b)*, maggiormente rispondente alla logica dei *checks and balances*, propria di qualunque modello di Stato non assolutistico, quale è certamente quello disegnato dalla nostra Costituzione.

Così sorvegliato l'equilibrio tra legislatore e giudici, occorre poi scendere nel dettaglio dei rapporti *tra giudici*.

In questo ambito è davvero fondamentale, per prevenire una fatale entropia del sistema, un "coordinamento tra i diritti" generati da ogni Corte e Tribunale. Da quest'ultimo punto di vista, non pare possa essere realmente utile l'importazione del vincolo dello *stare decisis*, in declino anche laddove è nato e assediato da mille espedienti con cui alla luce del sole o occultamente, dietro sofismi linguistici, si assiste ad una ridefinizione quotidiana, dal basso, del campo di responsabilità penale. Si pensi alle significative parole di Douglas (si noti, un giudice statunitense) secondo cui "*precedents are only starting points*": in pratica, ci sono così tanti precedenti da prendere a riferimento per una decisione giudiziale che non è un gran problema individuarne uno come riferimento per quasi ogni affermazione giuridica<sup>160</sup>.

La ripetizione di siffatto meccanismo rappresenterebbe, insomma, una soluzione apparente, declamatoria<sup>161</sup>.

Allorché si sia già stabilizzato un orientamento interpretativo consolidato, si potrebbe, già *de lege lata*, soprattutto dopo l'entrata in vigore nel 2017 del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p.<sup>162</sup>, valorizzare il disposto dell'art. 65 ord. giud., in combinato con l'art. 101 Cost., che dovrebbero generare un equilibrio dinamico in cui il giudice di merito, così come le sezioni semplici della Cassazione, sarebbe vincolato da un dovere giuridico di attenersi ai precedenti quando coerenti, in modo da assicurare l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto obiettivo nazionale<sup>163</sup>. Non si tratterebbe di un dovere assoluto, che entrerebbe in frizione con l'art. 101 comma 2 Cost., ma di una libertà interpretativa comunque sempre funzionale ad assicurare un diritto stabile cui attenersi, salvo ragionevoli motivi. Tra questi, certamente deve avere spazio

---

<sup>160</sup> Douglas, *Stare Decisis*, 4 *Records of N.Y.C.B.A.*, 152, 153 (1949).

<sup>161</sup> Scettico anche MANES (2017), p. 974.

<sup>162</sup> La nuova disposizione introduce la rimessione obbligatoria della decisione alle Sezioni unite ogni volta in cui la Sezione semplice ritenga di non dividerne un precedente principio di diritto. In argomento FIDELBO (2018), pp. 137-146. che definisce la novella (144) come orientata ad un "*modello soft di precedente a vincolatività relativa*"; successivamente si leggano anche CAPUTO e FIDELBO (2020), p. 100 ss.

<sup>163</sup> L'art. 65 ord. giud., in combinato disposto con l'art. 111 comma 7 Cost., disegna certamente la struttura della Cassazione come una sorta di Giano Bifronte, divisa tra il ruolo di Corte Suprema e Corte di terza istanza. In argomento si veda, per tutti TARUFFO (1991), p. 101 ss. Più di recente, in argomento, si veda sulla funzione nomofilattica della Cassazione, anche in chiave di confronto con l'esperienza di altre Corti Supreme, TARUFFO (2018), p. 105-126.

l'adeguamento a nuovi fenomeni sociali o criminologici<sup>164</sup>, pur rimanendo rigorosamente entro la lettera della disposizione<sup>165</sup>.

In questo quadro si potrebbe pretendere già oggi un *onere di motivazione rafforzato*, sanzionabile con la riforma della sentenza impugnata da parte della Cassazione, per il giudice che voglia evadere dal precedente, pur senza istituire un vincolo formale al rispetto di quest'ultimo<sup>166</sup>.

Naturalmente, in tale evenienza, si impone l'irretroattività di una nuova interpretazione sfavorevole nei confronti del cittadino. L'inapplicabilità ai casi pregressi, nonché a quello oggetto del giudizio, della lettura nuova e peggiorativa, potrebbe essere assicurata da una lettura 'sostanzialistica' dell'art. 2 c.p., che tuteli l'affidamento del cittadino nella *norma* (e non più semplicemente nella *disposizione*) per come accessibile al momento del fatto. Una rilettura 'realistica' dell'art. 2 c.p., insomma<sup>167</sup>, convenzionalmente orientata nel prisma dell'art. 7 CEDU<sup>168</sup>.

## 12. Conclusioni: la necessità di un "rinascimento" per la legalità penale.

Come si vede, le opzioni proposte non coinvolgono il potere legislativo, ma si indirizzano elettivamente a quello giudiziario. Se può essere una consolazione, davvero assai magra, la diffidenza è comune a quella percepita in altri ordinamenti<sup>169</sup>.

In realtà, pare che nella letteratura penalistica tradizionale, la legalità, con i suoi molteplici corollari<sup>170</sup>, abbia già come referente principale il legislatore e lasci invece sguarnito, come evidenziato all'esordio della presente analisi, il piano dell'applicazione del diritto<sup>171</sup>. È consequenziale allora che, in un'ottica di integrazione ed evoluzione della fondamentale garanzia penalistica, l'analisi punti verso gli aspetti lasciati finora meno presidiati.

---

<sup>164</sup> Come riconosciuto dalla stessa House of Lords inglese, allorché ammise la possibilità di potersi discostare da una propria precedente decisione quando ciò occorra per assicurare la giustizia e l'adeguato sviluppo del diritto, cfr. House of Lords, *Practice statement*, [1966] 3 All ER 77. Si può leggere nello *statement*: «[...] *Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so*».

<sup>165</sup> VIGANÒ (2016a), p. 33.

<sup>166</sup> Sul punto MANES (2018b), p. 27. Segnala di recente come la legittimazione della giurisdizione e della magistratura si fondi proprio sulla motivazione, quale spiegazione razionale della decisione, CANZIO (2018), p. 33.

<sup>167</sup> In questi termini DONINI (2011), p. 114 s.; MANES (2018b), p. 25; BARTOLI (2020), p. 176.

<sup>168</sup> VIGANÒ (2016a), p. 14.

<sup>169</sup> Si leggano le considerazioni sullo scetticismo dei giudici delle Corti di Appello statunitensi rispetto alla possibilità che il Congresso possa formulare delle utili guidelines in tema di interpretazioni delle leggi, cfr. GLUCK e POSNER (2018), p. 1347.

<sup>170</sup> Non vi è in realtà un pieno accordo tra gli studiosi del diritto penale, anche stranieri, su quanti e quali siano i corollari della legalità, si veda ad esempio GALLANT (2008), p. 11 s., che ne individua otto.

<sup>171</sup> Si vedano le notazioni di PINO (2016a), p. 178 che rileva come l'attenzione dei giuristi sia sempre stata focalizzata sul versante legislativo della legalità penale.

Tornando al lessico della medicina da cui eravamo partiti in questo contributo, l'incertezza del diritto penale rappresenta una sindrome, una condizione patologica multifattoriale e che si manifesta con molteplici sintomi. In quanto tale essa va contrastata con un protocollo terapeutico composto da una pluralità di rimedi. Fuor di metafora: la prevedibilità non va opposta alla legalità, ma deve essere intesa quale sua componente o forse, meglio, come sua *conseguenza*; in fondo, già lo rilevò Beccaria, che correlò la certezza del diritto derivante da leggi precise alla sicurezza del cittadino, messo «nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto»<sup>172</sup>.

Intendere la prevedibilità come il pieno dispiegamento di contenuti di garanzia già insiti nella legalità, reca con sé un inaspettato vantaggio: agganciando l'una all'altra come due parti di un insieme, si evita il rischio di massimizzare senza limiti la nuova garanzia. Ove così non fosse, l'iperprevedibilità potrebbe erodere la componente democratica della legalità: al netto della perdita di delegittimazione del Parlamento e dell'affievolimento dei poteri di controllo dello stesso sulla produzione normativa<sup>173</sup>, la ricerca della direttiva di comportamento più precisa, soprattutto nei contesti ad alta complessità, potrebbe suggerire di ritenere 'sacrificabile' la natura rappresentativa della fattispecie criminale sull'altare della precisione tecnica<sup>174</sup>. L'aspirazione verso la norma più razionale rispetto al contesto non deve invece fare mai dimenticare la dimensione assiologica della legalità penale come possibilità per il cittadino di guardare ai precetti penalmente sanzionati come regole che egli stesso ha contribuito a redigere, in quanto formulate da chi lo rappresenta democraticamente. Si tratta di un connotato essenziale del principio che suggella la condivisione collettiva delle scelte di fondo in merito alla conformazione della società e ai rapporti dei consociati tra loro e con l'Autorità<sup>175</sup>.

Insomma, tra le due tutele si impone un coordinamento, che peraltro potrebbe essere già in corso di realizzazione. Come detto *supra* (§ 5) l'evoluzione del principio di prevedibilità sta forse confluendo almeno in alcune recenti sentenze della Corte Edu e della Corte costituzionale, nell'alveo oggettivo e formale della legalità, allontanandolo da quello del puro rimprovero personale in chiave di colpevolezza.

È il momento di riflettere allora se, più che di un principio *diverso* dalla legalità, la prevedibilità non ne sia una *implicazione*, che ne porta alle debite conseguenze i complessi contenuti<sup>176</sup>,

---

<sup>172</sup> BECCARIA (1764-1987), p. 16.

<sup>173</sup> Evidenzia come la legge elettorale del 1993 e quella del 2005 abbiano indebolito il Parlamento consentendone la delega di potere all'esecutivo CASSESE (2009), p. 32. In argomento si vedano anche INSOLERA (2016) ed EUSEBI (2016), p. 1668-1688.

<sup>174</sup> Sul rischio si vedano anche le considerazioni di PULITANÒ (2005), p., 27 e GARGANI (2011), p. 105.

<sup>175</sup> Per una serie di ampie riflessioni in questa direzione si veda GARGANI (2011), p. 102 s.

<sup>176</sup> Si vedano sul punto le ricche notazioni di PINO (2016a), p. 179 ss., nonché, nell'impossibilità di un riferimento anche solo orientativo, le riflessioni di HASSEMER (1997), p. 177; nonché di FERRAJOLI (1989), p. 325 ss.

D'altra parte, di recente segnala DE FRANCESCO (2020), p. 9, come il connubio tra legge e giurisprudenza sembra rappresentare, sia pure alla luce di un approccio più sensibile (nei contenuti!) alle sfide del mondo attuale, la strada privilegiata per riattivare la funzione del sistema penale nell'interesse dei singoli e dell'intera comunità.

i) dal punto di vista del *tipo di fonte*, alla norma risultante dall'interazione tra le fonti formale e il formante giurisprudenziale,

ii) dal punto di vista *degli istituti garantiti*, a tutte le regole che concorrono a definire i contenuti e le conseguenze della responsabilità penale, ivi compresi non solo i termini del decadimento della punibilità (dalla prescrizione alla non perseguibilità), ma anche i successivi sviluppi penitenziari, riducendo proporzionalmente il perimetro dell'infido principio del *tempus regit actum*<sup>177</sup>.

Si tratta dunque di seguire la logica tradizionale del diritto internazionale dei diritti umani, comprovata espressa anche dall'art. 53 CEDU, in base al quale le disposizioni della Convenzione non possono limitare o pregiudicare i diritti riconosciuti al cittadino dalle leggi degli Stati contraenti o sanciti da altri accordi internazionali a cui gli stessi partecipino<sup>178</sup>.

La ricerca di un punto di equilibrio tra prevedibilità e riserva di legge, suscettibile di continui aggiustamenti secondo l'evoluzione dell'ordinamento e dunque mai acquisito una volta per tutte, è la sfida del penalista di oggi.

Quel che è certo è che, 'puntando' solo su una delle due garanzie, l'illecito penale si farebbe ben presto 'pirandelliano': *diverso* a seconda del giudice e, in fondo, *inconoscibile per tutti*.

---

<sup>177</sup> Che sia possibile rinunciare al principio *tempus regit actum* che spesso veicola pregiudizi per gli affidamenti dei cittadini nelle regole processuali lo insegna il diritto concorsuale: si pensi infatti alla disciplina transitoria contenuta all'art. 390 del cd. codice della crisi e dell'insolvenza (d. lgs. 14 del 2019), in base al quale le procedure avviate prima dell'entrata in vigore della novella continueranno ad essere regolare dalla legge fallimentare del 1942 anche successivamente.

<sup>178</sup> Lo evidenziano sia VIGANÒ (2016), p. 13 ss.; sia SOTIS (2018), p. 74.

## Bibliografia

ABBADESSA, Pietro (1992): "L'insider trading nel diritto privato italiano prima e dopo la legge n. 157/1991", *Banca, borsa, titoli di credito*, pp. 749-764.

ALEXY, Robert (2000): "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, pp. 294-304.

ALPA, Guido (2006): *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza* (Napoli, Editoriale scientifica).

ALPA, Guido (2018): "La regola del precedente e i suoi «falsi amici»", in CARLEO, Alessandra (eds.): *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti* (Bologna, Il Mulino), pp. 129-142.

AMARELLI, Giuseppe (2014): "Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio", *Cassazione penale*, pp. 403-423.

AMARELLI, Giuseppe (2018): "Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1406-1446.

AMATI, Enrico (2012): *Abusi di mercato e sistema penale* (Torino, Giappichelli).

ASHWORTH Andrew e HORDER Jeremy (2013): *Principles of Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press).

ASHWORTH, Andrew (1974): "Excusable Mistake of Law", *Criminal Law Review*, pp. 652-662.

ASHWORTH, Andrew (2011): "Ignorance of the Criminal Law and Duties to Avoid It", *Modern Law Review*, 74, pp. 1-26.

ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan (1993): "Tre approcci ai principi del diritto", in COMANDUCCI, Paolo e GUASTINI, Riccardo: *Analisi e diritto 1999* (Torino, Giappichelli), pp. 9-29.

BACIGALUPO, Enrique (2005): "Applicazione del diritto penale ed eguaglianza dinanzi alla legge. Un quadro europeo", in COCCO, Giovanni (eds.): *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale* (Padova, CEDAM), pp. 7-26.

BARBERIS, Mauro (2008): *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (Torino, Giappichelli).

BARTOLI, Roberto (2013): "La configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzato all'impunità: tra legalismo, teleologia e Costituzione", *Cassazione penale*, pp. 80-89.

- BARTOLI, Roberto (2020): ["Le garanzie della "nuova" legalità"](#), *Sistema penale*, 3, pp. 143-183.
- BASSI, Alessandra (2020): ["La gestione operativa della funzione nomofilattica della Corte Suprema di cassazione"](#), *Sistema penale*, 3, pp. 69-90.
- BECCARIA, Cesare (1764): *Dei delitti e delle pene*, (Milano, Garzanti, ristampa 1987).
- BERNASCONI, Costanza (2016): "Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale", *Criminalia*, pp. 193-203.
- BERNASCONI, Costanza (2020): "Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo", *DisCrimen*, pp. 1-32.
- BIANCHETTI, Raffaele (2018): *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza* (Milano, Giuffrè)
- BIN, Roberto (2013): "I principi costituzionali: uso e applicazioni", *Roma e America. Diritto romano comune*, pp. 215-228.
- BLACKSTONE, William (1979): *Commentaries on the Laws of England*, I (Chicago, University of Chicago press).
- BOGGIANI, Michele (2012): "La legittimità costituzionale delle normative antistalking: uno sguardo comparatistico all'esperienza americana in tema di *vagueness*", *L'indice penale*, pp. 139-159.
- BRUNELLI, David (2013): "Tentativo della rapina impropria: le sezioni unite liquidano sul nascere i segnali di *enforcement* del precedente", *Cassazione penale*, pp. 61-79.
- CADOPPI, Alberto (1996): "Il codice Zanardelli e la codificazione nei paesi di *common law*", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1052-1104.
- CADOPPI, Alberto (2016): "Giurisprudenza e diritto penale (voce)", *Digesto discipline penalistiche, aggiornamento* (Torino, UTET), pp. 407-425.
- CADOPPI, Alberto (2017): "Giurisprudenza e diritto penale", in AMBROSETTI, Enrico Mario (ets), *Studi in onore di Mario Ronco*, (Torino, Giappichelli), pp. 33-63.
- CADORIN, Federica (2019): "OPA per il *delisting* fra *insider* di se stesso ed efficienza del mercato", *Giurisprudenza commerciale*, II, pp. 105-131.
- CANFIELD, Thomas H. (1917): "Address at 24th annual meeting of the South Carolina Bar

Association, August 4, 1917", *S.C. Bar Ass'n Rep.* 17-19, pp. 10-21.

CANZIO, Giovanni (2017): "Nomofilachia e diritto giurisprudenziale", *Diritto pubblico*, pp. 21-28.

CANZIO, Giovanni (2018): "Nomofilachia e diritto giurisprudenziale", in CARLEO Alessandra (eds.): *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti* (Bologna, Il Mulino), pp. 27-34.

CAPUTO, Angelo e FIDELBO, Giorgio (2020): "[Appunti per una discussione su ruolo della Corte di cassazione e "nuova" legalità](#)", *Sistema penale*, 3, pp. 91-112.

CARNELUTTI, Francesco (1952): "Pena e processo", *Rivista diritto processuale*, pp. 161-172.

CASSESE, Sabino (2008) *Oltre lo Stato* (Roma-Bari, Laterza).

CASSESE, Sabino (2009): "Eclissi o rinascita del diritto?", in ROSSI, Pietro (eds.): *Fine del diritto?* (Bologna, il Mulino), pp. 29-36.

CATENACCI, Massimo (2015): "I delitti contro l'ambiente tra aspettative e realtà", *Diritto penale e processo*, pp. 1073-1079.

CATENACCI, Massimo (2016): "La legge sugli eco-reati ed i suoi principali nodi interpretativi", in MANNA, Adelmo (eds.): *Il nuovo diritto penale ambientale* (Roma, Dike), pp. 5-18.

CASTRONUOVO, Donato (2017): "Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale", [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu)

CATERINI, Mario (2017): *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente* (Napoli, Edizioni scientifiche italiani).

CHIAVARIO, Mario (2016): "Diritto processuale penale", *Enciclopedia del diritto, Annali* (Milano, Giuffrè), pp. 255-314.

COCCO, Giovanni (2017): "La corruzione generica a quattro anni dalla riforma. Questioni dogmatiche e applicative", *L'indice penale*, pp. 1-35.

COCCO, Giovanni (2019): "Il «primato» della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario", *Responsabilità civile e previdenza*, pp. 1078-1101.

COMANDUCCI, Paolo (1998): *Assaggi di metaetica due* (Torino, Giappichelli).

- CONFALONIERI, Sofia (2016): "I rischi di insider trading nelle fasi propedeutiche all'o.p.a.: problemi e prospettive", *Società*, pp. 1278-1293.
- CONSULICH, Federico (2010): *La giustizia e il mercato* (Milano, Giuffrè).
- CONSULICH, Federico (2011): "Ex facto oritur ius criminale", *Rivista delle società*, pp. 281-314.
- CONSULICH, Federico (2018a): *Lo statuto penale delle scriminanti* (Torino, Giappichelli).
- CONSULICH, Federico (2018b): "Il prisma del *ne bis in idem* nelle mani del giudice eurounitario", *Diritto penale e processo*, pp. 949-959.
- CONSULICH, Federico (2019): "La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, pp. 1-26.
- CONTENTO, Gaetano (1991): "Interpretazione estensiva e analogia", in STILE, Alfonso Maria (eds.): *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (Napoli, Jovene), pp. 3-24.
- CONTENTO, Gaetano (2002): "Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale", in Id.: *Scritti (1964-2000)*, (Roma-Bari, Laterza), p. 227-284.
- COPPOLA, Fabio (2018): "Il difficile ruolo del giudice penale contemporaneo verso la prevedibile interpretazione delle fattispecie", *Diritto penale e processo*, pp. 1637-1647.
- CORBETTA, Stefano (2003): "I delitti contro l'incolumità pubblica", I, *I delitti di comune pericolo mediante violenza. Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, diretto da MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (Padova, CEDAM).
- CORNACCHIA, Luigi (2018): "Inquinamento ambientale", in CORNACCHIA, Luigi e PISANI, Nicola (eds.): *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, (Bologna, Zanichelli), p. 89-111.
- CRISAFULLI, Vezio (1964): "Disposizione (e norma) (voce)", *Enciclopedia del diritto.*, XIII (Milano, Giuffrè), pp. 195-209.
- CUPELLI, Cristiano (2012): "Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge", *Criminalia*, pp. 535-561.
- DE BLASIS, Silvia (2017): "Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne", in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 4, pp. 128-159.
- DE FALCO, Giuseppe (2001): "Una nuova stagione per l'art. 674 c.p.: strumento di tutela

contro l'inquinamento elettromagnetico", *Cassazione penale*, pp. 148-153.

DE FELICE, Massimo (2018): "Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica", in CARLEO, Alessandra (eds.): *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti* (Bologna, Il Mulino), pp. 37-57.

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2020): "Legislatore e giudice: a ciascuno il suo", [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu)

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2004): *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale* (Torino, Giappichelli).

DE MAGLIE, Cristina (2017): "Alle radici del bisogno di pena. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale", *Criminalia*, pp. 15-38.

DI CHIARA, Giuseppe, TRANCHINA, Giovanni (2018): "Sistema penale e diritto processuale", in DI CHIARA, Giuseppe, PATANÉ, Vania, SIRACUSANO, Fabio (eds.): *Diritto processuale penale* (Milano, Giuffrè), pp. 3-8.

DI GIOVINE, Ombretta (2006): *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge* (Milano, Giuffrè).

DI GIOVINE, Ombretta (2009): "Considerazioni su interpretazioni, retorica e deontologia in diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 93-142.

DI GIOVINE, Ombretta (2012): "Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale", *Criminalia*, pp. 267-284.

DI GIOVINE, Ombretta (2013): "Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, pp. 159-181.

DI GIOVINE, Ombretta (2015): "Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale", *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2015.

DI GIOVINE, Ombretta (2016): "Il ruolo costitutivo (con particolare riferimento al precedente europeo) della giurisprudenza", in AAVV: *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (Napoli, Edizioni scientifiche italiane), p. 146-188.

DI GIOVINE, Ombretta (2018): "«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale)", *Questione Giustizia*, 4, pp. 55-67.

DICIOTTI, Enrico (1999): *Interpretazione della legge e discorso razionale* (Torino, Giappichelli)

DONINI, Massimo (2003): “L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997, per una progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e sussidiarietà”, in Id., *Alla ricerca di un disegno* (Padova, CEDAM), pp. 68-114.

DONINI, Massimo (2011): “Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea”, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte* (Milano, Giuffrè), pp. 63-115.

DONINI, Massimo (2013): “Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1162-1218.

DONINI, Massimo (2014): “Lettura di Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764), § 4: ‘interpretazione delle leggi’”, *Diritto penale XXI Secolo* (Napoli, Edizioni scientifiche italiane).

DONINI, Massimo (2016a): “Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo”, *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 3, pp. 16-38.

DONINI, Massimo (2016b): “Il caso Contrada e la Corte EDU”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 346-372.

DONINI, Massimo (2017): “*An impossible exchange*. Prove di Dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 14-47.

DONINI, Massimo (2017): [“Il concorso esterno ‘alla vita dell’associazione’ e il principio di tipicità penale”](#), *Dir. pen. cont.*

DONINI, Massimo (2018): “Fattispecie o *case law*? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza”, *Questione giustizia*, 4, pp. 79-101.

DONINI, Massimo (2019): “Garantismo penale oggi”, *DisCrimen*, pp. 1-31.

DOUGLAS, William O. (1949): *Stare Decisis*, 4 *Records of N.Y.C.B.A.*, 152, 153.

DRESSLER, Joshua (2015): *Understanding Criminal Law* (New Providence, NJ Lexis Nexis).

DWORKIN, Ronald (1978): *Taking Rights Seriously* (Londra, Duckworth).

EHRLICH, Isaac e POSNER, Richard A. (1974): “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies*, 3, pp. 257-286.

- EUSEBI, Luciano (2016): "L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1668-1688.
- FERRAJOLI, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Bari, Laterza).
- FERRARESE, Maria Rosaria (2012): *Prima lezione di diritto globale* (Roma-Bari, Laterza).
- FIANDACA, Giovanni (2001): "Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 353-376.
- FIANDACA, Giovanni (2002): *Il diritto penale tra legge e giudice* (Padova, CEDAM).
- FIANDACA, Giovanni (2006): "Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione", in DOLCINI, Emilio e PALIERO, Carlo Enrico, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I (Milano, Giuffrè), pp. 239-265.
- FIANDACA, Giovanni (2007): "Quale diritto penale per l'Europa", in TRUJILLO, Isabel e VIOLA, Francesco (eds.): *Identità, diritto, ragione pubblica in Europa* (Bologna, Il Mulino), pp. 143-168.
- FIANDACA, Giovanni (2008): *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti* (Napoli, Editoriale scientifica).
- FIANDACA, Giovanni (2017): *Prima lezione di diritto penale* (Roma-Bari, Laterza).
- FIDELBO, Giorgio (2018): "Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale", *Questione giustizia*, 4, pp. 137-146.
- FINNIS, John (1999): "The Fairy Tale's Moral", *Law Quarterly Review*, 115, pp. 170-175.
- FLETCHER, George P. (2000): *Rethinking Criminal Law* (New York, Oxford University Press).
- FREEMAN, Claire (1918): "The Protection Afforded Against Retroactive Operation, of an Overruling Decision", *Columbia Law Review*, 18, pp. 230-251.
- GALGANO, Francesco (1992): "Gruppi di società, Insider trading, Opa obbligatoria", *Contratto e impresa*, 1992, pp. 638-652.
- GALLANT, Kenneth S. (2008): *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law* (New York, Cambridge University Press).

GALLUCCIO, Alessandra (2018): [“Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia”](#), *Dir. pen. cont.*

GARGANI, Alberto (2010): “Il disastro ambientale una fattispecie penale di creazione giurisprudenziale”, *Giurisdizione amministrativa*, pp. 151-161.

GARGANI, Alberto (2011): “Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo”, *Criminalia*, pp. 99-124.

GARGANI, Alberto (2014): “Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il ‘sentiero interrotto’ della tipicità del fatto”, *Diritto penale e processo*, pp. 1029-1037.

GARGANI, Alberto (2016): “Crisi del diritto sostanziale e *vis expansiva* del processo”, *Criminalia*, pp. 303-327.

GARGANI, Alberto (2016): “Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni”, *Cassazione penale*, pp. 2705-2718.

GARGANI, Alberto (2020): “Fattispecie deprivate. disastri innominati e atipici in materia ambientale”, [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu)

GIANFORMAGGIO, Letizia (2008): *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (Torino, Giappichelli).

GIUNTA, Fausto (2020): “Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici”, *DisCrimen*, pp. 1-18.

GIUNTA, Fausto (2014): “Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2737-2747.

GLUCK, Abbe R. e POSNER, Richard A, (2018): “Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals”, *Harvard Law Review*, 131, pp. 1300-1371.

GRANDE, Elisabetta (1990): “La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l’esperienza di «common law»”: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto”, *Foro Italiano*, pp. 415-427.

GRANDI, Ciro (2010): *Riserva di legge e legalità europea* (Milano, Giuffrè).

GROSSI, Paolo (2018): “Storicità vs prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno”, *Questione Giustizia*, 4, pp. 17-23.

GROSSI, Paolo (2015): *Ritorno al diritto* (Bari, Laterza).

GUARNERI, Carlo e PEDERZOLI, Patrizia (2002): *From Democracy to Juristocracy? The Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy* (Oxford, Oxford University Press).

GUASTINI, Riccardo (1998): *Teoria e dogmatica delle fonti* (Milano, Giuffrè).

GUASTINI, Riccardo (2010): *Le fonti del diritto* (Milano, Giuffrè).

GUR ARYE, Miriam (2002): "Reliance on a Lawyer's Mistaken Advice – Should it be an Excuse from Criminal Liability?", *American Journal of criminal law*, 29, pp. 455-480.

HALL, Jerome (1960): *General Principles of Criminal Law* (Indianapolis, Bobbs-Merrill).

HART, Herbert Lionel Adolphus (1994): *Postscript*, in *The Concept of Law* (Oxford, Oxford university press).

HASSEMER, Winfried (1997): "Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale", *Ars Interpretandi*, pp. 190-192.

HASSEMER, Winfried (2007): *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica* (Napoli, Edizioni scientifiche italiane).

HIRSCHL, Adolf Hirémy (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, Harvard university press).

HOLMES, Oliver Wendell (1881): *The Common Law* (Boston, Little, Brown and Company).

HUSAK, Douglas (1994): "Ignorance of Law and Duties of Citizenship", *Legal Studies*, 14, pp. 105-115.

IAGNEMMA, Caterina (2019): "Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, pp. 1431-1476.

INSOLERA, Gaetano (2016): ["La produzione del "penale": tra governo maggioritario e parlamento maggioritario"](#), *Dir. pen. cont.*

IRTI, Natalino (2017): "Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica", in CARLEO, Alessandra (eds.): *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, pp. 17-28.

IRTI, Natalino (2016): "La crisi della fattispecie", in Id., *Un diritto incalcolabile* (Torino, Giappichelli), pp. 19-33.

KAHAN, Dan M. (1997): "Ignorance of Law Is an Excuse – But Only for the Virtuous", *Michigan Law Review*, 96, pp. 127-154.

KAUFMANN, Arthur (2004): *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo* (Napoli, Vivarium).

LA ROCCA, Nadia, GAITO, Alfredo (2019): "Il "controlimite" della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità", *Archivio penale*, pp. 3-15.

LANZI, Massimiliano (2018): *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive* (Torino, Giappichelli).

LEVY, Beryl H. (1960): "Realist Jurisprudence and Prospective Overruling", *University of Pennsylvania law review*, 109, pp. 1-15.

LOMBARDO, Stefano (2013): "OPA, informazione privilegiata e insider di se stessi", *Società*, pp. 50-60.

LOMBARDO, Stefano (2018): "L'insider di se stesso alla luce della Cassazione (civile)", *Giurisprudenza commerciale*, II, pp. 666-685.

LOW, Peter W. e WOOD, Charles (2014): "Lambert Revisited", *Virginia Law Review*, 100, pp. 1603-1682.

LUZZATI, Claudio Raffaele (2000): "Le metafore della vaghezza", in COMANDUCCI e Paolo, GUASTINI, Riccardo *Analisi e diritto 1999* (Torino, Giappichelli), pp. 117-130.

MACCORMICK, Neil (2001): *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (Torino, Giappichelli).

MAIELLO, Vincenzo (2020): ["La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi"](#), *Sistema penale*, 3, pp. 129-142.

MANACORDA, Stefano (2017): "Equazioni complesse: il *ne bis in idem* "incipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza", *Diritto penale e processo*, pp. 515-521.

MANES, Vittorio (2012): *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali* (Roma, Dike).

MANES, Vittorio (2013): "Prometeo alla consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3474-3482.

- MANES, Vittorio (2017): “*Common law-isation* del diritto penale. Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future”, *Cassazione penale*, pp. 955-976.
- MANES, Vittorio (2018a): “Corruzione senza tipicità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1126-1155.
- MANES, Vittorio (2018b): [“Dalla fattispecie al precedente: appunti di deontologia ermeneutica”](#), *Dir. pen. cont.*, pp. 1-33.
- MANIACI, Giorgio (2008): *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell’argomentazione giudiziale* (Torino, Giappichelli).
- MARINUCCI, Giorgio (2007): “L’analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1254-1268.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación y indeterminación normativa* (Madrid, Marcial Pons).
- MATTEI, Ugo (1996): “Precedente giudiziario e *stare decisis*”, *Digesto discipline privatistiche – Sezione civile*, XIV (Torino, UTET), pp. 148-167.
- MATTEI, Ugo (2014): *Il modello di common law* (Torino, Giappichelli).
- MAZZACUVA, Francesco (2020): [“La Corte europea ritorna sul principio di “prevedibilità” del diritto penale tra irretroattività, retroattività della \*lex mitior\* e \*prééminence du droit\*”](#), *Sistema penale*.
- MENGONI, Luigi (1996): *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi* (Milano, Giuffrè).
- MICHELETTI, Dario (2016): “*Jus contra lex*. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice penale per la legalità”, *Criminalia*, 2016, pp. 161-192.
- MINOTTI, Daniele (2013): “Uno sforzo interpretativo di grande portata per applicare vecchie norme alla tecnologia”, *Guida al diritto*, 23, pp. 61-63.
- MORELLO, Antonio (2013): “L’*insider* che crea e utilizza l’informazione privilegiata, uso o abuso?”, *Rivista di diritto bancario*, 2013, pp. 1-24.
- MUCCIARELLI, Francesco (2012): “Art. 184, Abuso di informazioni privilegiate”, in FRATTINI, Marco e GASPARRI, Giorgio (eds.): *Il testo unico della finanza con normativa complementare commentata* (Torino, UTET), pp. 2319-2376.
- MUCCIARELLI, Francesco (2016): [“Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra](#)

[legalità e ars interpretandi](#)", *Dir. pen. cont.*

NAPOLEONI, Valerio (2012): "Mutamento di giurisprudenza *in malam partem* e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai *dicta* della Corte di Strasburgo", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 3/4, pp. 164-176.

NOBILI, Massimo (1995): "Principio di legalità e processo penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 648-660.

NOBILI, Massimo (2016): "Il processo e il diritto", in FOFFANI, Luigi e ORLANDI, Renzo (eds.): *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa* (Bologna, Bononia university press), pp. 55-80.

PADOVANI, Tullio (1992): "La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 419-452.

PADOVANI, Tullio (1999): Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale, *L'Indice penale*, pp. 527-543.

PADOVANI, Tullio (2016): "Il diritto sostanziale e il processo", in FOFFANI, Luigi e ORLANDI, Renzo (eds.): *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa* (Bologna, Bononia university press), pp. 81-92.

PAGELLA, Cecilia (2019): ["Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell'insider di sé stesso: la Corte d'appello di Milano sul caso Cremonini"](#), *Dir. pen. cont.*

PAGELLA, Cecilia (2020): ["L'inafferrabile concetto di "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta": la Cassazione ancora su \*ne bis in idem\* e insider trading"](#), *Sistema penale*

PALAZZO, Francesco (1979): *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie* (Padova, CEDAM).

PALAZZO, Francesco (2003): "Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico", in AA.VV., *Diritto privato, 2001-2002, VII-VIII, L'interpretazione e il giurista* (Padova, CEDAM), pp. 520 ss.

PALAZZO, Francesco (2006): "Testo, contesto e sistema dell'interpretazione penalistica", in DOLCINI, Emilio, PALIERO, Carlo Enrico (eds.): *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I

(Milano, Giuffrè), pp. 515-538.

PALAZZO, Francesco (2007): "Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'", *Quaderni fiorentini*, 2007, pp. 1279-1330.

PALAZZO, Francesco (2016a): "Principio di legalità e giustizia penale", *Cassazione penale*, pp. 2695-2704.

PALAZZO, Francesco (2016b): "Legalità fra *law in the books* e *law in action*", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 3, pp. 4-12.

PALAZZO, Francesco (2016c): "Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali", [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu)

PALAZZO, Francesco (2016d): *Corso di diritto penale. Parte generale* (Torino, Giappichelli).

PALAZZO, Francesco (2018): "I nuovi reati ambientali, tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 1, pp. 329-334.

PALIERO, Carlo Enrico (1992): "Consenso sociale e diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 849-922.

PALIERO, Carlo Enrico (2006): "L'economia della pena (un *work in progress*)", in DOLCINI, Emilio e PALIERO, Carlo Enrico (eds.): *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I (Milano, Giuffrè), pp. 539-610.

PALIERO, Carlo Enrico (2007): "La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)", in FORTI, Gabrio e BERTOLINO, Marta (eds.): *Scritti per Federico Stella*, I (Napoli, Jovene), pp. 289-378.

PALIERO, Carlo Enrico (2012): "L' agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?", *Criminalia*, pp. 95-117.

PALIERO, Carlo Enrico (2014): "Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1099-1132.

PALIERO, Carlo Enrico (2016): "Quale diritto per quale processo?", in FOFFANI Luigi e ORLANDI Renzo (eds.): *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa* (Bologna, Bononia university press).

PALMIERI, Alessandro (2019): *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione speciale e riforma del codice* (Napoli, Edizioni scientifiche italiane).

PASTORE, Baldassarre (2009): "Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato", in

BRUNELLI, Giuditta, PUGIOTTO, Andrea, VERONESI, Paolo (eds.): *Scritti in onore di Carlassare* (Napoli, Edizioni scientifiche italiane), pp. 257-281.

PATRONO, Paolo (2016): "I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma", [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu)

PEDRAZZI, Cesare (1991-2003): "Riflessioni sull'*insider trading* in ambito corporativo", *Rivista delle società*, pp. 1661-1672.

PELLET, Alain (2000): "La lex mercatoria 'tiers ordre juridique'? Remarques ingenuës d'un internationaliste de droit publique", in AA.VV., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn* (Paris. Litec), pp. 53-74.

PERINI, Andrea (2018): "Art. 2621", *Commentario del Codice Scialoja Branca* (Bologna, Zanichelli), pp. 275-326.

PERRONE, Daria (2019): *Nullum crimen sine iure* (Torino, Giappichelli).

PINO, Giorgio (2009): "Principi e argomentazione giuridica", *Ars interpretandi*, pp. 131-158.

PINO, Giorgio (2010): *Diritti e interpretazione* (Bologna, Il Mulino).

PINO, Giorgio (2016a): "Legalità penale e *Rule of Law*", in PINO, Giorgio e VILLA, Vittorio (eds.): *Rule of Law. L'ideale della legalità* (Bologna, Il Mulino), pp. 177-236.

PINO, Giorgio (2016b): *Teoria analitica del diritto, I. La norma giuridica* (Pisa, ETS).

PUGIOTTO, Andrea (1994): *Sindacato di costituzionalità e 'diritto vivente'. Genesi, uso, implicazioni* (Milano, Giuffrè).

PULITANÒ, Domenico (2005): *Principio di legalità e interpretazione della legge penale*, in COCCO Giovanni, *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, pp. 27-44.

PULITANÒ, Domenico (2015a): "Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 29-58 a

PULITANÒ, Domenico (2015b): "Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, pp. 46-54.

PULITANÒ, Domenico (2016): "Tra *jus facere* e *jus dicere*", *Criminalia*, pp. 205-213.

RAFFAELE, Federico (2019): "Ritorno al futuro 3: l'insider di se stesso all'esame della Cassazione e il nuovo tentativo di ipostatizzare il *market egalitarianism*", *Giurisprudenza commerciale*, pp. 778-794.

RAZ, Joseph (1972): "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal*, 81, pp. 823-854.

RECCIA, Eliana (2015): "Insider di se stesso e la distinzione tra opa per la scalata e opa per il delisting", *Giurisprudenza commerciale*, pp. 568-589.

RICCARDI, Matteo (2017): ["L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione compromette il fatto tipico"](#), *Dir. pen. cont.*

ROBINSON, Paul H. (1997): *Criminal Law* (New York, Oxford University Press).

ROMANO, Mario (2019): "sub art 319 quater", in Id: *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (Milano, Giuffrè).

ROMBOLI, Roberto (2009): "Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario", [\*www.associazionedeicostituzionalisti.it\*](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

RONCO, Mauro (2006): "Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia", in DOLCINI, Emilio e PALIERO, Carlo Enrico (eds.): *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I* (Milano, Giuffrè), pp. 693-714.

RUDONI, Ruggero (2017): "Sul *ne bis in idem* convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica", *Quaderni costituzionali*, 4, pp. 825-850.

SAMPFORD, Charles (2006): *Retrospectivity and the Rule of Law* (Oxford, Oxford university press).

SANTANGELO, Alessandra (2019): "Ai confini tra *common law* e *civil law*: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 332-357.

SANTORO PASSARELLI, Francesco (1988): "A proposito del diritto vivente", in Id.: *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi* (Napoli, Jovene).

SCALIA, Antoni (1997): *A Matter Of Interpretation* (Princeton, Princeton university press).

SCALIA, Antonin e GARNER, Bryan (2012): *Reading Law: The Interpretation Of Legal Texts* (St. Paul, Thomson/West), pp. 296-302.

SCALISI, Vincenzo (2012): *Fonti-Teoria-Metodo, Alla ricerca della 'regola giuridica' nell'epoca della postmodernità* (Milano, Giuffrè).

SCOLETTA, Marco M. (2019): ["Il ne bis in idem preso sul serio: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato \(e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano\)"](#), *Dir. pen. cont.*

SCOZZARELLA, Elena (2019): ["La questione del ne bis in idem nella giurisprudenza della Cedu e nella giurisprudenza nazionale di merito, di legittimità e della Corte costituzionale"](#), *Dir. pen. cont.*

SEMINARA, Sergio (1988): "La tutela penale del mercato mobiliare", in ALESSANDRI, Alberto, FOFFANI, Luigi, SEMINARA, Sergio, SPAGNOLO, Giuseppe (eds.): *Manuale di diritto penale dell'impresa* Bologna, 1998, pp. 514-663.

SEMINARA, Sergio (1994): "Le fattispecie sanzionatorie nella l. 8 febbraio 1992 n. 149 sulle offerte pubbliche", *Giurisprudenza commerciale*, pp. 35-79.

SEMINARA, Sergio (2018): "Riflessioni sulla corruzione, tra repressione e prevenzione", in BARTOLI, Roberto e PAPA, Michele (eds.): *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto* (Torino, Giappichelli), pp. 143-158.

SGUBBI, Filippo (2019): *Il diritto penale totale* (Bologna, Il Mulino).

SGUBBI, Filippo e TRIPODI, Andrea Francesco (2008): "Abusi di mercato (voce)", *Enciclopedia del diritto, Annali, II* (Milano, Giuffrè), pp. 1-40.

SILVA SANCHEZ, Jesus M. (2004): *L'espansione del diritto penale* (Milano, Giuffrè).

SIMONS, Kenneth W. (2012): "Ignorance and Mistake of Criminal Law, Noncriminal Law, and Fact", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 9, pp. 487-523.

SIRACUSA, Licia (2015): ["La legge 2 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente"](#), *Dir. pen. cont.*

SOTIS, Carlo (2007): *Il diritto senza codice* (Milano, Giuffrè).

SOTIS, Carlo (2012): *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale* (Roma, Aracne).

SOTIS, Carlo (2018): "Ragionevoli prevedibilità e giurisprudenza della Corte Edu", *Questione giustizia*, 4, pp. 68-78.

STORTONI, Luigi (2019): "Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema",

*Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 379-396.

SULLIVAN, Kathleen M. (1992): "Foreword: The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, 106, pp. 22-113.

TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge* (Milano, Giuffrè).

TARLI BARBIERI, Giovanni (2016): "Il diritto, oggi: tra il dire e il fare", *Criminalia*, pp. 215-228.

TARUFFO, Michele (1991): *Il vertice ambiguo* (Bologna, Il Mulino).

TARUFFO, Michele (2018): "Note sul precedente giudiziale", in CARLEO, Alessandra (eds.): *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti* (Bologna, Il Mulino), pp. 105-126.

TRIPODI, Andrea Francesco (2018): ["Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time"](#), *Dir. pen. cont.*

TWINING, William e MIERS, David (1990): *Come far cose con regole* (Milano, Giuffrè).

UBIALI, Maria Chiara (2019): ["Le Sezioni Unite escludono la \(cripto\) legalizzazione dei derivati della c.d. 'cannabis light'"](#). Nota a Cass., Sez. un., 30 maggio 2019 (dep. 10 luglio 2019), n. 30475", *Sistema penale*.

VALENTINI, Vico (2015): ["Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni"](#), *Dir. pen. cont.*

VALENTINI, Vico (2018): "Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi", *Archivio penale*, 3, pp. 831-853.

VALLINI, Antonio (2003): *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale* (Torino, Giappichelli).

VALLINI, Antonio (2016): "L'errore", in GIOVANNINI, Alessandro, Di MARTINO, Alberto, MARZADURI, Enrico (eds.): *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, I (Milano, Giuffrè), pp. 243-311.

VALSECCHI, Alfio e BELL, Alexander (2015): "Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2, pp. 71-81.

VASSALLI, Giuliano (1939): "Nullum crimen sine lege", *Nuovo digesto italiano*, VIII, pp.

1173-1177.

VASSALLI, Giuliano (1991): "Principi generali del diritto nell'esperienza penalistica", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 699-741.

VELLUZZI, Vito (2006): "La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva", in MANZIN, Maurizio e SOMMAGGIO, Paolo (eds.): *Interpretazione giuridica e retorica forense* (Milano, Giuffrè), pp. 133-150.

VELLUZZI, Vito (2010): "Tra analogia e interpretazione estensiva", *Criminalia*, 2010, pp. 375-382.

VELLUZZI, Vito (2013): *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica* (Pisa, Edizioni ETS).

VELLUZZI, Vito (2016a): "Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni", *Criminalia*, pp. 229-233.

VELLUZZI, Vito (2016b): "L'interpretazione giuridica, la didattica universitaria e il ruolo del giudice penale: osservazioni a margine", in INSOLERA, Gaetano, GUARNIERI, Carlo, ZILLETTI Lorenzo (eds.): *Anatomia del potere giudiziario* (Carrocci), pp. 45-51.

VENTORUZZO, Marco (2019): "Lo strano caso dell'insider di sé stesso", *lavoce.info*, 25 giugno 2019.

VETRI, Dominick (1994): "La morte del *common law*", *Politica del diritto*, 1994, pp. 495-505.

VIGANÒ, Francesco (2016a): ["Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale"](#), *Dir. pen. cont.*

VIGANÒ, Francesco (2016b): ["La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio"](#), *Dir. pen. cont.*

VIOLA, Francesco e ZACCARIA, Giuseppe (1999): *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (Bari, Laterza).

VOGLIOTTI, Massimo (2011): *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale* (Torino, Giappichelli).

VOGLIOTTI, Massimo (2013): "Legalità (voce)", *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI (Milano, Giuffrè), pp. 371-476.

VOGLIOTTI, Massimo (2016): ["Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi"](#), *Dir. pen. cont.*

VOGLIOTTI, Massimo (2020): ["La nuova legalità e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto"](#), *Sistema penale*, 3, pp. 45-68.

VON MOSCHZISKER, Robert (1924): "Stare Decisis in Court of Last Resort", *Harvard Law Review*, 37, pp. 409-427.

WEBER, Max (1961): *Economia e società*, II (Milano, Edizioni di comunità).

WILLIAMS, Glanville (1989): "The Draft Code and Reliance on Official Statements", *Legal studies*, pp. 177-187.

YEAGER, Daniel (1998): "Kahan on Mistakes", *Michigan Law Review*, pp. 2113-2122.

ZIRULIA, Stefano (2019): ["Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. 'salva-Ilva'"](#), *Dir. pen. cont.*