

**PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA E NORMA
INTEGRATRICE DEL PRECETTO PENALE**

Simone Marani

SOMMARIO

PARTE PRIMA

CAPITOLO I – IL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

1. La funzione di garanzia.
2. Le fonti e la costituzionalizzazione del principio di determinatezza.
3. I fattori che incidono sul principio di determinatezza.
4. Una prima distinzione: elementi normativi e descrittivi. La valutatività degli elementi descrittivi.
5. L'enunciato normativo quale oggetto della determinatezza.

CAPITOLO II – FORME DI ETEROINTEGRAZIONE DELLA NORMA INCRIMINATRICE

1. Il precetto e gli strumenti per la sua integrazione.
2. Le norme penali in bianco tra riserva di legge e principio di determinatezza.
3. La "scoperta" degli elementi normativi e la loro evoluzione nel pensiero della dottrina.
4. Le norme definitorie (cenni).
5. La distinzione tra norma penale in bianco ed elemento normativo. In particolare, la valutazione

di determinatezza come criterio per distinguere la norma penale in bianco dall'elemento normativo.

6. Conclusioni: l'applicabilità del principio di determinatezza alle norme integratrici.

PARTE SECONDA

CAPITOLO I – ESERCIZIO ABUSIVO DELLA PROFESSIONE

1. Profili generali.
2. Esigenze di tutela e rispetto del principio di determinatezza.
3. Esercizio abusivo della professione e compimento di atti tipici.
4. Figure problematiche: l'esercizio della professione forense.
5. (segue) il soggetto esercente la professione medica.

CAPITOLO II - ABUSO DI UFFICIO

1. Profili generali.
2. Gli atti normativi rilevanti: la violazione di legge o di regolamento.
3. Ulteriori problemi di determinatezza. Le qualifiche soggettive. In particolare, la problematica della nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio.

4. Riflessione conclusiva sulla natura dei rinvii normativi contenuti all'interno dell'art. 323 c.p.

CAPITOLO III – INOSSERVANZA DEI PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITÀ

1. Considerazioni introduttive.
2. L'art. 650 c.p. e la determinatezza: le ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico e di igiene.

CAPITOLO IV – CENNI AD UN CASO DAVVERO PECULIARE: LA COLPA PENALE

1. Regole cautelari e principio di determinatezza.
2. Il problema della concretizzazione della colpa.
3. Brevissime considerazioni in tema di responsabilità da prodotto.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DELLE SENTENZE

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

Sommario: 1. La funzione di garanzia. – 2. Le fonti e la costituzionalizzazione del principio di determinatezza. – 3. I fattori che incidono sul principio di determinatezza. – 4. Una prima distinzione: elementi normativi e descrittivi. La valutatività degli elementi descrittivi. – 5. L'enunciato normativo quale oggetto della determinatezza.

1. La funzione di garanzia.

Il principio di determinatezza, denominato, a volte, anche principio di "tassatività" o principio di "precisione" (¹), segna un importante tassello nella evoluzione, in chiave garantistica, del principio di legalità, richiedendo non solo che la norma penale abbia la propria fonte nella legge scritta, ma che questa sia facilmente riconoscibile dai consociati e che descriva in modo preciso il fatto punibile, delimitando l'attività del giudice entro limiti prefissati dal Legislatore (²).

¹ La triplice distinzione, tra principio di precisione, principio di determinatezza e principio di tassatività, fa sì che al primo venga assegnato il compito di garantire la descrizione chiara e precisa del fatto e delle sue conseguenze, al secondo che il fatto descritto sia suscettibile di essere provato in sede processuale e al terzo di vietare l'applicazione analogica delle norme incriminatrici.

² G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 72.

Il principio di legalità sarebbe eluso, sebbene rispettato formalmente, se la norma penale configurasse un reato in termini così generici da non individuare con precisione la condotta sanzionata. Non a caso, l'esigenza di determinatezza è emersa proprio nel momento in cui ci si è avveduti come il principio di legalità potesse essere messo in pericolo attraverso il ricorso, all'interno del diritto penale, di clausole generali o anche solo mediante la formulazione di norme incriminatrici dal contenuto relativamente indeterminato ⁽³⁾.

Una precisazione di ordine terminologico: dibattuta, in dottrina, è l'equiparazione del significato da attribuire ai termini "determinatezza" e "tassatività", frequentemente utilizzati come sinonimi, stante la loro complementarità ⁽⁴⁾. Riteniamo, in linea con la più recente corrente di pensiero, che i due termini non possono essere considerati come sinonimi: mentre la determinatezza attiene al modo di costruzione della norma penale, e risponde all'esigenza che la norma descriva fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo, la tassatività si riferisce propriamente agli effetti della norma determinata, vietando al giudice l'applicazione della norma incriminatrice in via analogica, il che implicherebbe l'attribuzione a quest'ultimo

³ A. VASSALLI, voce *Nullun crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 321.

⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 64. Il principio di tassatività, nella sua interezza, postula quello di determinatezza, senza la quale si avrebbe la c.d. "analogia anticipata". Esso, quindi, può essere utilizzato nel semplificante significato, onnicomprensivo ed unitario, ed in esso può essere riassorbita anche la distinzione tra "precisione", intesa come descrizione intellegibile della fattispecie astratta, e "determinatezza", ovvero la rispondenza dei fatti descritti alla fenomenologia della realtà e, pertanto, accertabili processualmente sulla base delle massime di scienza ed esperienza. Il fatto è tassativo in quanto determinato ed è determinato in quanto intellegibile ed è intellegibile in quanto appartenente al mondo reale.

di un potere creativo sottratto al vaglio dell'organo parlamentare.⁽⁵⁾

Mentre il principio di riserva di legge interessa, in particolar modo, i rapporti intercorrenti tra il potere legislativo e quello esecutivo, il principio di determinatezza attiene essenzialmente ai rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario. Si comprende agevolmente come, se il dettato normativo non fosse sufficientemente determinato, il magistrato, nell'interpretarlo, sarebbe arbitro del significato da attribuirgli.

Non a caso, il principio di determinatezza ha, come obiettivo primario, quello di contribuire al primato della legge (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), riducendo lo spazio di intervento del potere giudiziario e favorendo gli altri poteri dello

⁵ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 63 e s.; si veda anche T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2011, p. 19; M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, p. 154. Il riferimento contestuale ad entrambi i termini è ritenuto corretto da S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel diritto penale italiano*, Napoli, 2001, p. 13.

La distinzione può essere operata anche sulla base del diverso soggetto istituzionale destinatario, ovvero il legislatore o il giudice; si definisce "determinatezza" l'esigenza che il legislatore descriva i fatti punibili nella maniera più precisa possibile, mentre la "tassatività" indica l'esigenza che il giudice si astenga dall'applicare le norme penali al di fuori dai casi che espressamente vi rientrano. Così G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Op. cit.*, Napoli, 2003, p. 72. Nello stesso senso C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, Torino, 2008, p. 67.

Autorevole dottrina ha ritenuto che alla determinatezza dovesse essere ricollegata l'esigenza di prevedere nelle norme penali fatti che possano essere provati all'interno del processo penale mentre, alla tassatività, si sarebbe affidata la funzione di impedire l'estensione analogica delle norme penali, mentre la garanzia della chiarezza delle medesime avrebbe dovuto essere affidata al rispetto del principio di precisione. Così P.J.A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz, 1800, r.a. Aalen, 1973, p. 12 e s.

Stato titolari del potere di produrre le fonti formali del diritto penale ⁽⁶⁾.

Com'è ovvio, il principio di determinatezza non riguarda solo gli elementi costitutivi dell'illecito, ma anche le conseguenze del reato come la sanzione, le misure di sicurezza, le pene principali e quelle accessorie. Ragionando in tal senso, è da considerare illegittima una norma che delinei il fatto in modo chiaro e preciso ma che contenga una sanzione stabilita con una spropositata escursione tra il minimo ed il massimo ⁽⁷⁾.

Principio confermato anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo la quale *"non risponde al principio di legalità la norma penale che stabilisca, per un determinato reato, il minimo della pena irrogabile e non anche il massimo o preveda un eccessivo divario fra il minimo ed il massimo della pena, dovendo la discrezionalità giudiziale nella determinazione concreta della pena trovare un ragionevole limite nella legge"* ⁽⁸⁾.

Come è stato efficacemente notato da accorta dottrina, oltre che al principio di riserva di legge, il principio di determinatezza si ricollega anche al principio della certezza del diritto penale, posto che solo le leggi chiare, precise e determinate, possono conferire **certezza al diritto** ⁽⁹⁾, limitando il potere interpretativo

⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2011, p. 138.

⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, p. 43. La determinatezza della pena edittale non implica la necessità di una indicazione legislativa rigida della pena, in quanto l'individuazione della pena da parte del giudice, secondo l'Autore, non può prescindere dalla considerazione della gravità del reato e della personalità del reo, essendo nel carattere della pena che questa sia configurata in modo da essere adeguata alle circostanze concrete.

⁸ Corte Cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, p. 2033.

⁹ A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte Generale*, III, Padova, 2007, p. 77. La determinatezza viene a rappresentare un aspetto di non poco conto del rapporto tra autorità ed individuo, dal momento che, se essa si attenua, l'ordinamento testimonia uno scarso rispetto per la libertà individuale, poiché non mette l'individuo nella condizione di orientarsi con

dei giudici; limitazione la cui urgenza è avvertita più che in altre branche dell'ordinamento, stante l'importanza dei beni personali colpiti dalla sanzione penale.

Proprio in merito al fondamento del principio di determinatezza, diverse sono le teorie prospettate in dottrina. Secondo una prima impostazione, per l'appunto, tale fondamento è da individuare nell'esigenza di garantire la certezza del diritto, in quanto strumentale alla conoscibilità della norma da parte del destinatario di essa. E' evidente che solo una norma costruita in modo chiaro e preciso permette al destinatario di prevedere quelle che possono essere le conseguenze penali derivanti dalla sua violazione e, quindi, di poter regolare il proprio comportamento in funzione di questa⁽¹⁰⁾.

Letto in tal senso, il rispetto del principio in commento si pone come condizione indispensabile affinché la minaccia della pena operi quale strumento di prevenzione generale, ovvero di intimidazione dei potenziali autori di reati⁽¹¹⁾.

piena consapevolezza nella scelta di una condotta. S. MOCCIA, *Op. cit.*, Napoli, 2001, p. 17.

¹⁰ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Torino, 2011, p. 141. Secondo l'Autore, posto che le norme penali sono norme precettive, aventi lo scopo di poter influire sul comportamento dei destinatari, la loro conoscibilità costituisce una condizione imprescindibile affinché possano dispiegare la loro funzione precettiva ed orientativa del comportamento sociale.

Nello stesso senso E. PITTARO – F. ZANNOTTI, *Applicazione e tecnica legislativa*, Milano, 1998, p. 262, i quali hanno evidenziato come la stessa Corte Costituzionale, richiamando il principio di colpevolezza di cui alla responsabilità penale "personale", sancita dall'art. 27, primo comma, Cost., nella sentenza 364/1988, abbia dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non prevedeva l'esenzione della punibilità nel caso di inevitabile ignoranza della legge.

¹¹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Op. cit.*, II, Milano, 2006, p. 43. Si consideri che le norme imprecise non permettono di muovere al soggetto agente un rimprovero in termini di *colpevolezza*.

Diverso orientamento rileva il fondamento del principio di determinatezza nell'esigenza di garantire l'**eguaglianza di trattamento**, posto che, tanto più è precisa e chiara la formulazione della norma, quanto più rigoroso è il procedimento interpretativo per la sua applicazione, rendendo minimo il rischio di una diseguaglianza di trattamento di situazioni uguali ⁽¹²⁾; al contrario, laddove l'accertamento della tipicità del fatto risulti più difficoltoso, a causa dell'indeterminatezza della norma, più elevato è il rischio di disparità di trattamento a causa della mancanza di un parametro affidabile di accertamento dei fatti concreti.

La teoria che, probabilmente, ha avuto più consensi nella manualistica, in una prospettiva non molto dissimile da quella precedentemente esaminata, vede il fondamento del principio di determinatezza nell'esigenza di **garanzia e di sicurezza del cittadino**, limitando i poteri del giudice nel suo compito di individuazione della norma da applicare al caso concreto; la formulazione poco rigorosa della norma permette, infatti, a quest'ultimo, di avere ampio spazio interpretativo ⁽¹³⁾.

Il rispetto del principio di determinatezza, letto in chiave garantistica, sul piano del *favor libertatis*, da un lato, sottrae il

Come ha affermato anche la Corte Costituzionale, con la sentenza 24 marzo 1988, n. 364, è possibile invocare a propria scusa l'erronea interpretazione della legge penale, che abbia determinato l'erroneo convincimento di realizzare un fatto penalmente irrilevante, quando l'errore sia stato provocato dalla assoluta oscurità del testo normativo.

¹² Per ulteriori approfondimenti si rimanda a M. TRAPANI, voce *Legge penale (Fonti)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 3 e s.

¹³ G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 102. Dal momento che la pena viene a comportare una limitazione della libertà personale, ecco che la necessità di poter contare su una conoscenza esatta dei confini della punibilità viene ad atteggiarsi alla stregua di una garanzia irrinunciabile, sia nell'ottica dei poteri del giudice nel momento di valutare la rilevanza del fatto, sia, ancor prima, dal punto di vista dei consociati, che dovranno essere posti nelle condizioni di astenersi dal realizzarlo.

potere di produzione della norma penale ad organi che sono privi di legittimazione popolare e, dall'altro, si pone come efficace barriera all'eccessiva, quanto naturale, tendenza repressiva della magistratura ⁽¹⁴⁾.

Infine, un ulteriore aspetto di garanzia per il cittadino è da rinvenire sul piano *processuale*, sia sotto il profilo della *obbligatorietà dell'azione penale* che sul versante della *prova*.

Da un lato, solo la presenza di norme formulate con precisione permette di verificare se il giudice osservi o meno l'obbligo di perseguire i reati mentre, dall'altro lato, solo le fattispecie definite in maniera chiara e precisa agevolano la prova sul piano processuale, permettendo all'accusa e all'organo giudicante di essere messi in condizione di distinguere gli elementi costitutivi del reato dagli elementi di prova ⁽¹⁵⁾.

2. Le fonti e la costituzionalizzazione del principio di determinatezza.

L'importanza, non solo teorica ma soprattutto pratica, del principio di determinatezza, sembra, a prima vista, essere sminuita dall'apparente disinteresse riservatogli dal Legislatore, se si considera come non siano di certo numerose le fonti che espressamente si riferiscono ad esso. Mentre, infatti, nella Costituzione tedesca il *Bestimmtheitsgrundsatz* è espressamente sancito, nella Costituzione italiana il principio di determinatezza è desumibile solo in modo implicito, mentre le fonti di legge

¹⁴ F. MANTOVANI, *Op. cit.*, Padova, 2001, p. 65. Secondo l'Autore, fino a che si rimane ancorati al principio di civiltà secondo il quale la libertà è la regola e la pena l'eccezione, la tassatività è un'esigenza oltre certi limiti irrinunciabile della legge penale.

¹⁵ G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Op. cit.*, Napoli, 2003, p. 73.

ordinaria si occupano della determinatezza solo in relazione al momento applicativo ed interpretativo della legge penale.

Tra le fonti di legge ordinaria merita di essere evidenziato l'art. 1 c.p. il quale, nella sua formulazione (*"Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite"*), utilizzando la locuzione "espressamente", sembra vietare in modo categorico l'utilizzo dell'istituto dell'analogia nell'interpretazione della legge penale.

Ad una similare soluzione si deve pervenire in merito alle misure di sicurezza, per le quali l'art. 199 c.p. (*"Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla stessa legge preveduti"*), non solo ripropone il termine "espressamente", ma effettua uno specifico richiamo ai "casi" previsti dalla legge medesima, ancora una volta evidenziando il divieto di applicazione analogica delle misure in questione.

Per quanto riguarda la nostra Carta Costituzionale, i riferimenti indiretti al principio di determinatezza si possono individuare, innanzitutto, all'interno dell'ultimo comma dell'art. 25, ai sensi del quale *"Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge"*, del secondo comma dell'art. 13, a rigore del quale *"Non è ammessa alcuna forma di detenzione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge"*.

Il quadro normativo si arricchisce mediante la ratifica, avvenuta attraverso la legge 848/1955, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 1950, che all'art. 7 afferma: *"Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Non può, del pari, essere inflitta una pena"*

superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

Un dubbio sulla costituzionalizzazione del principio di determinatezza si potrebbe prospettare con riferimento all'utilizzo della locuzione “se non in forza di una legge”, contenuta all'interno dell'art. 25 Cost., in luogo dell'avverbio decisamente più pregnante “espressamente”, che figura nell'art. 1 c.p. A ben vedere, accorta dottrina osserva come le norme costituzionali hanno necessariamente un contenuto più conciso rispetto a quelle ordinarie, con la conseguenza che non si potrebbe desumere alcunché dalla mancanza del suddetto avverbio.

Senza considerare che il nostro costituente ha previsto, tassativamente, i casi in cui il potere di creare le leggi può essere trasferito dal Parlamento al Governo, senza mai effettuare alcun riferimento alla Magistratura, in tal modo escludendo che il giudice possa essere autorizzato a creare norme penali, vanificando il monopolio legislativo che tanto si intende tutelare (16).

Si consideri che quando la norma costituzionale stabilisce che un fatto possa essere punito solo se commesso dopo l'entrata in vigore della legge che lo contempla, essa giunge necessariamente a munire di un presidio a livello costituzionale anche l'esigenza della determinatezza della fattispecie penale. Infatti, il canone della irretroattività in materia penale postula, come logico corollario, anche la necessità che la fattispecie

¹⁶ T. PADOVANI, *Op. cit.*, Milano, 2011, p. 30. Sembrerebbe incongruo supporre che la Costituzione repubblicana, particolarmente sensibile alla tutela dei diritti di libertà, abbia inteso in qualche modo rinunciare a questo particolare aspetto del principio di legalità.

criminosa risulti delineata in maniera rigorosa nei suoi requisiti essenziali ⁽¹⁷⁾.

Passando a proporre un'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di principio di determinatezza, si rileva come la Corte Costituzionale, con un atteggiamento estremamente prudente, abbia, nella quasi totalità dei casi, respinto le eccezioni sollevate sotto il profilo della violazione del principio in commento, spesso condizionata, come evidenziato da alcuni Autori, dalla preoccupazione di creare vuoti di tutela e di entrare in conflitto con il legislatore ⁽¹⁸⁾.

Proprio la Corte Costituzionale ha individuato la fonte del principio di determinatezza nell'art. 25 Cost., respingendo, sin dai primi interventi, le questioni sollevate in relazione a tale principio, statuendo come *"spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria, o all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato"* ⁽¹⁹⁾.

In un primo momento il giudice delle leggi ha preso in considerazione il criterio del c.d. *"significato linguistico"*, facendo riferimento alla possibilità di rintracciare un contenuto normativo nelle locuzioni tacciate di indeterminatezza; si tratta di un criterio che può trovare applicazione in relazione a espressioni linguistiche che traggono origine dal linguaggio comune ma che non è soddisfacente con riferimento a nozioni di

¹⁷ G. DE FRANCESCO, *Op. cit.*, Torino, 2011, p. 102. L'Autore ricorda anche un'altra importante disposizione costituzionale, ovvero l'art. 13, secondo comma, Cost., laddove si dispone che le restrizioni alla libertà personale possano avvenire nei soli casi e modi previsti dalla legge.

¹⁸ A ciò si aggiunga la remora derivante dalla oggettiva difficoltà di stabilire con precisione, in rapporto alle diverse fattispecie incriminatrici, il confine tra una sufficiente determinatezza (o indeterminatezza tollerabile) e indeterminatezza intollerabile. Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2002, p. 69.

¹⁹ Corte Cost., 27 maggio 1961, n. 27, in *Giust. cost.*, 1971, p. 537.

carattere tecnico o specialistico come sovente accade nell'ambito della legislazione penale extracodicistica, laddove il criterio del comune significato linguistico si rivela inadatto a conferire alla norma la determinatezza richiesta ⁽²⁰⁾.

In un secondo momento la Corte Costituzionale ha elaborato il criterio del "*diritto vivente*", secondo il quale, nel caso in cui il diritto vivente si sia consolidato in una interpretazione *costante e uniforme*, non sarebbe possibile parlare di indeterminatezza della fattispecie penale, in quanto la norma avrebbe comunque trovato il suo contenuto precettivo; in questo modo si sopravvaluta il ruolo della giurisprudenza, che viene quasi a sostituirsi al soggetto naturalmente deputato alla creazione delle norme giuridiche, ed allontanandosi dall'esame del testo legislativo ⁽²¹⁾.

Infine, la Corte Costituzionale ha abbracciato un criterio che possiamo definire come "*tipologico*", facendo del "tipo criminoso" un caposaldo per la verifica della sufficiente determinatezza. Si ha determinatezza, secondo tale teoria, quando la norma consente di esprimere una tipologia criminosa corrispondente ad un omogeneo contenuto di disvalore e corrispondente alla sanzione determinata ⁽²²⁾.

²⁰ In tal senso, come vedremo, si è affermata la costituzionalità delle normative in materia di "osceno" (Corte Cost., 16 dicembre 1970, n. 191, in *Giust. Cost.*, 1970, p. 2199), in tema di "assistenza familiare" (Corte Cost., 3 marzo 1972, n. 42, in *Giur. cost.*, 1972, p. 187), in tema di "esercizio abusivo della professione" (Corte Cost., 13 giugno 1983, n. 169, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1927) e in materia di "vilipendio" (Corte Cost., 31 luglio 1989, n. 479, in *Cass. pen.*, 1989, f. 12). Si veda anche Corte Cost., 8 giugno 1983, n. 156, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 885.

²¹ Corte Cost., 18 gennaio 1989, n. 11, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 26 (con nota di A. PAPA).

²² Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *Foro amm.*, 1990, p. 595 e Corte Cost., 14 giugno 1990, n. 282, in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 297.

Si tratta di un criterio che può trovare applicazione, a ben vedere, solo con riferimento alle norme di Parte Speciale del nostro codice penale, ma che ha scarso rilievo in relazione a quelle contemplate nella Parte Generale, nei confronti delle quali la determinatezza trova un migliore appiglio nel diritto vivente di origine giurisprudenziale e dottrinale ⁽²³⁾.

Venendo ora ai più significativi e recenti interventi giurisprudenziali in tema di determinatezza, la Corte Costituzionale ha ritenuto manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3, 24, comma 2, e 27, comma 1, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, l. 18 aprile 1975 n. 110, come modificato dall'art. 11 l. 21 dicembre 1999 n. 526, nella parte in cui definisce come "armi comuni da sparo" le armi ad aria compressa i cui proiettili erogano un'energia cinetica superiore a 7,5 joule, senza indicare i parametri di umidità, temperatura e massa dei proiettili cui riferire il predetto valore di energia cinetica. Secondo i giudici, stabilire se un'arma ad aria compressa, i cui proiettili erogano un'energia cinetica inferiore o superiore a 7,5 *joule*, a seconda delle condizioni ambientali e del tipo di proiettili utilizzati, rientri o meno fra quelle "considerate" armi comuni da sparo in base alla norma impugnata, è compito del giudice del merito, da svolgere tenendo conto del fatto che i reati in materia di armi si caratterizzano come reati di pericolo, e che il valore di energia cinetica legalmente tipizzato esprime una caratteristica dell'arma in sé, e non già della sua detenzione, in quanto nella detenzione è insita la possibilità di utilizzare l'arma in differenti condizioni ambientali.

Di conseguenza, *"escluso che il limite introdotto dal legislatore del 1999 violi il principio di determinatezza dell'illecito penale, non potendo tale principio essere spinto fino al punto di imporre al*

²³ F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 357.

legislatore una analitica definizione, in termini numerici, di tutte le componenti astrattamente suscettive di incidere sulla valutazione del fatto, le condizioni di espletamento della verifica delle potenzialità dell'arma vengono in rilievo solo sul diverso piano dell'accertamento in concreto della fattispecie criminosa" (24).

In tema di guida in stato di alterazione derivante dall'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, la Corte Costituzionale è recentemente intervenuta enunciando il principio secondo il quale il fatto che l'art. 187 cod. strad. sanziona penalmente la condotta di colui che si pone alla guida sotto l'effetto di sostanze droganti senza prevedere un limite quantitativo di rilevanza penale simile a quello contemplato dall'art. 186 dello stesso codice, in materia di guida in stato di ebbrezza, non si pone in contrasto con l'art. 25 Cost. La norma, infatti, secondo i giudici, pur non prevedendo parametri quantitativi, descrive una fattispecie "sufficientemente determinata" che risulta essere integrata da due elementi: lo stato di alterazione, rilevabile su base sintomatologica, e la presenza di sostanze stupefacenti o psicotrope nei liquidi fisiologici del conducente, circostanza che assume rilevanza penale, in ragione degli effetti che può concretamente provocare

²⁴ Corte Cost., 28 novembre 2003, n. 347, in *Giur. cost.*, 2003, p. 6. Si veda anche Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Riv. pen.*, 2000, p. 881, la quale ha ritenuto infondata, in riferimento agli art. 3, 21 comma 6, 2 e 25 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15 l. 8 febbraio 1948 n. 47, (Disposizioni sulla stampa), nella parte in cui, sanzionando penalmente, ai sensi dell'art. 528 c.p., l'utilizzazione di stampati i quali descrivono o illustrano, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari in modo da poter turbare il comune sentimento della morale e l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti, lederebbe i principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali, di libertà della stampa e di ragionevolezza e uguaglianza, perché non offrirebbe idoneo fondamento giustificativo alla punizione di coloro che diffondono siffatte immagini.

nei singoli soggetti, indipendentemente dalla quantità di sostanza assunta ⁽²⁵⁾.

Più recentemente, è stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 434 c.p., censurato, in riferimento agli artt. 24, 25, comma 2, e 27 Cost., in quanto punisce il delitto di c.d. "disastro innominato", adottando una formulazione che non sarebbe idonea ad assicurare il rispetto del principio di tassatività della fattispecie penale. Premesso *"che la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce, e che l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti «elastici», non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato"*, la disposizione censurata non viola l'indicato principio, in quanto la nozione di «altro disastro», su cui gravita la descrizione del fatto illecito, si connette all'impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a mettere in pericolo la pubblica incolumità, soprattutto in correlazione all'incessante progresso tecnologico che fa continuamente affiorare nuovi fonti di rischio, e la circostanza che il legislatore abbia anteposto, nella descrizione della fattispecie criminosa, al termine «disastro», l'aggettivo «altro», fa sì che il senso di detto concetto riceva «luce» dalle *species* dei disastri preliminarmente enumerati e contemplati negli articoli compresi nel capo relativo ai "delitti di

²⁵ Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 277, in *Dejure* – Giuffrè.

comune pericolo mediante violenza” (c.d. disastri tipici) che richiamano una nozione unitaria di disastro, inteso come evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi, gravi, complessi ed estesi, ed idoneo a determinare un pericolo per la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone (senza che sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o della lesione di uno o più soggetti).

Di conseguenza si rileva l'insussistenza di un *vulnus* al principio di determinatezza, e con essa delle denunciate violazioni del diritto di difesa, del principio di colpevolezza e della finalità di prevenzione speciale della pena, pur se, in relazione ai problemi interpretativi che possono porsi nel ricondurre alcune ipotesi al paradigma del c.d. disastro innominato, è auspicabile, secondo la Corte, un intervento del legislatore penale che disciplini in modo autonomo tali fattispecie criminose ⁽²⁶⁾. Secondo la Consulta, stante la natura causalmente orientata della fattispecie contemplata dall'art. 434

²⁶ Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3539 (nota di F. GIUNTA). La Corte rileva che all'interno dell'art. 434 c.p., nella parte in cui punisce il disastro innominato, assolve ad una funzione di chiusura della fattispecie incriminatrice. Essa, infatti, fa seguire all'elencazione di una serie di casi specifici, un concetto di genere – espresso con il termine “disastro” – qualificato dall'aggettivo “altro”. Tale termine costituisce un accadimento diverso, ma omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai disastri tipizzati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai “delitti di comune pericolo mediante violenza”. Viene, dunque, delineata una nozione unitaria di disastro, caratterizzata, sul piano dimensionale, dalle note di diffusione chiarite dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, per la quale il disastro è un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi e, sul piano dell'offensività, dalla messa in pericolo della vita e dell'integrità fisica di un numero indeterminato di persone. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, p. 417 e ss.

c.p., il coefficiente di offensività contribuisce alla determinatezza dell'enunciato normativo; nelle fattispecie causalmente orientate, la dimensione offensiva del fatto, si riverbera anche sull'elemento non descritto nella condotta, in quanto consente di individuarlo in termini di efficacia causale o, quanto meno, di idoneità.

Infine, si segnala un'altra pronuncia del giudice delle leggi la quale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, primo comma, del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come sostituito dall'art. 11, primo comma, della legge 30 luglio 2002, n. 189, censurato, in riferimento agli artt. 25 e 35, quarto comma, Cost., nella parte in cui punisce chi compie atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente. In merito alla presunta violazione del principio di riserva di legge, esso non esclude, secondo la Consulta, che il legislatore possa introdurre nella descrizione del fatto incriminato il riferimento ad elementi esterni al precetto, con funzione integratrice dello stesso, elementi che possono consistere anche in un richiamo a norme di ordinamenti stranieri.

Nel caso in cui vi sia una normativa extranazionale a concorrere all'identificazione della condotta criminosa, sono rispettate sia la condizione che sia il legislatore nazionale a individuare il nucleo di disvalore della condotta, sia la condizione che risultino adeguatamente identificate le norme straniere chiamate ad integrare il precetto: *"Anche il principio di determinatezza non può dirsi leso, poiché è immediatamente percepibile quale sia la condotta repressa, intendendosi colpire chi agevoli in qualunque modo un'altra persona a varcare i confini di altro Stato in violazione delle norme che in esso regolano l'ingresso degli stranieri"* (27).

²⁷ Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 21, in *Foro it.*, 2009, 4, p. 959.

Non sono, però, mancate pronunce, sebbene non numerose, che hanno evidenziato disposizioni di legge in contrasto con il principio di determinatezza. Prime fra tutte, si vuole ricordare l'intervento con il quale il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità del delitto di *plagio* (art. 603 c.p.), con riferimento ad una situazione di riduzione di una persona in stato di totale soggezione psichica, ritenendo tale ipotesi "non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato". In questo caso la Corte ha considerato la norma illegittima perché formulava una ipotesi che non era in grado di esprimere una fattispecie corrispondente alla realtà, ovvero senza alcun riferimento a fenomeni che si possano verificare sulla base di criteri che appaiono verificabili sulla base delle conoscenze possedute in un dato momento storico ⁽²⁸⁾.

L'impossibilità di riferire il precetto a fatti verificabili, secondo il giudice delle leggi, ne comporta l'indeterminatezza per motivi che non dipendono dalla formulazione della norma, ma dall'impossibilità del precetto di cogliere fatti del mondo reale, accessibili alla verifica empirica. In altre parole la Corte individua, quale onere della legge penale, quello della determinazione della fattispecie in termini di precisione, affinché, in sede di interpretazione, nel riportare il caso concreto alla norma, si possa esprimere un giudizio di corrispondenza su basi di controllabilità. La norma, quindi, secondo la giurisprudenza costituzionale, deve essere riferita a fenomeni che non solo siano rispondenti alla realtà, ma che siano razionalmente accertabili.

Con un altro importante intervento, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, n. 3, della legge 1423/1956, in materia di *misure di prevenzione*, la quale contemplava l'applicabilità di una suddetta misura ai soggetti "proclivi a delinquere", espressione che contrastava, secondo i giudici, con

²⁸ Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giust. cost.*, 1981, I, p. 35.

la necessaria determinatezza della descrizione dei presupposti di fatto, rimettendo al giudice una elevata discrezionalità sul giudizio di pericolosità del reo ⁽²⁹⁾.

²⁹ Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giust. pen.*, 1981, I, p. 41; In senso contrario, però, Corte Cost., 23 luglio 2010, n. 282, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3535 (con nota di FILIPPI). La Corte ha ritenuto infondata, nella specie, la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., dell'art. 9, comma 2, l. 27 dicembre 1956 n. 1423, come sostituito dall'art. 14 d.l. 27 luglio 2005 n. 144, convertito, con modificazioni, in l. 31 luglio 2005 n. 155, il quale nel prevedere che se "l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza", sanziona come delitto di violazione della sorveglianza speciale l'inosservanza della prescrizione prevista dall'art. 5, comma 3, prima parte, l. n. 1423 del 1956 (vivere onestamente, rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti), ponendosi in contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale. Secondo i giudici delle leggi, premesso che, per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale, occorre, non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce, la prescrizione di "vivere onestamente", collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dall'art. 5 l. n. 1423 del 1956 e successive modificazioni, e tenuto conto che essa costituisce elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, che può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, assume un contenuto più preciso, risolvendosi nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di "vivere onestamente" si concreta e si individualizza, mentre deve escludersi che la prescrizione di "rispettare le leggi" sia indeterminata, riferendosi essa al dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta, e quindi non soltanto le norme penali, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale, giacché il carattere generale dell'obbligo non ne rende generico il contenuto, così come la prescrizione di "non dare ragione di sospetti", considerata non in modo isolato ma nel contesto delle altre prescrizioni contemplate dall'art. 5, e

L'andamento altalenante della giurisprudenza, anche se diretto a ritenere prevalenti le ipotesi di compatibilità delle diverse fattispecie "dubbe" con il principio di determinatezza, come succintamente dimostrato dai casi sopra riportati, evidenzia l'attualità della questione, non solo dall'angolo di visuale della dottrina, ma anche e soprattutto della giurisprudenza di legittimità, indice della difficoltà di trovare una soluzione appagante della problematica.

In conclusione, la priorità del procedimento ordinario di interpretazione rimane un principio di fondamentale importanza, avendo, l'interprete, il compito di saggiare tutte le possibilità di pervenire alla comprensione del messaggio legislativo. E' opportuno rilevare come la sussistenza di interpretazioni costanti non valga, di per sé, a colmare la carenza originaria di precisione del precetto penale, anche se può assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare la più puntuale valenza di una espressione normativa ambigua e generica ⁽³⁰⁾.

3. I fattori che incidono sul principio di determinatezza.

Quali sono, dunque, i fattori in grado di incidere sulla determinatezza della fattispecie e, eventualmente, gli strumenti attraverso i quali è possibile garantirne il rispetto?

Recentemente stiamo assistendo, all'interno del nostro ordinamento giuridico, a quello che certa dottrina definisce "scadimento qualitativo della legislazione", formula con cui si

in particolare del divieto posto al sorvegliato speciale di non frequentare determinati luoghi o persone, non risulta lesiva del principio di determinatezza della fattispecie penale.

³⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 150.

indica la generale tendenza del Legislatore penale ad elaborare norme giuridiche vaghe, imprecise e fin troppo generiche ⁽³¹⁾.

L'analisi delle cause che hanno portato ad un simile risultato va indirizzata, secondo gli illustri Autori, in una duplice direzione; in primo luogo, è da ricondurre nella incapacità del Legislatore di compiere delle scelte politico-criminali coerenti, frutto anche dei continui contrasti tra i partiti politici che portano ad elaborare norme generiche ⁽³²⁾ e, secondariamente, la propensione alla elaborazione di quelle che vengono chiamate "norme penali simboliche", non molto precise nella loro formulazione ed emanate a chiaro scopo di propaganda politica ⁽³³⁾.

Le esigenze della "postmodernità", come evidenziato da un attento orientamento dottrinale, richiedono forme di controllo penale sempre più flessibili e dinamiche, anche allo scopo di una semplificazione processuale, fattore, questo, che contribuisce a sacrificare il principio di determinatezza, unitamente ad altri principi di stato di diritto ⁽³⁴⁾.

Ciò precisato, passando ora ad evidenziare gli strumenti in grado di garantire la determinatezza, in linea di prima approssimazione, affinché una norma non dia luogo ad incertezze applicative, sebbene in presenza di un testo normativo redatto con apparente precisione, è necessario che il Legislatore, nel momento in cui interviene per creare la norma penale, non si distanzi troppo dal *comune sentire sociale*, in guisa che l'opinione pubblica abbia quantomeno la possibilità di

³¹ G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Op. cit.*, Napoli, 2003, p. 83.

³² E. PITTARO – F. ZANNOTTI, *Op. cit.*, Milano, 1998, p. 264.

³³ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Torino, 1993, p. 356.

³⁴ E' possibile sostenere che l'accentuata disattenzione rispetto alla determinatezza rappresenti, per le sue implicazioni, l'esempio più evidente della perdita di valore di quelle linee-guida alla base del diritto penale di derivazione illuministica, quali tutela di libertà e dignità dell'uomo. Per approfondimenti si rimanda a S. MOCCIA, *Op. cit.*, 2001, Napoli, p. 21.

comprendere e prefigurarsi contenuto e *ratio* dell'incriminazione⁽³⁵⁾.

Altro strumento, questa volta non di tipo "sostanziale" ma "formale", è da individuare nell'utilizzo di un corretto canone di tecnica legislativa da adottare al momento della redazione della fattispecie. La diversa tecnica di redazione delle norme incriminatrici, infatti, svolge un ruolo importantissimo, se non decisivo, per la riconoscibilità del divieto penale⁽³⁶⁾.

A tal proposito, diverse possono essere le tecniche di redazione di una norma. Lo scopo è quello di evitare, per quanto possibile, una tecnica normativa *per clausole generali*, laddove il legislatore non definisce i contorni della norma ma si limita a porre in essere un enunciato destinato ad essere precisato solo per effetto dell'attività interpretativa. L'utilizzo di tale tecnica, se si accoglie una concezione "rigida" del principio di determinatezza, dovrebbe sollevare, infatti, forti dubbi di costituzionalità, soprattutto nel caso di norme che contengano clausole riassuntive di disobbedienza o infedeltà contro l'ordinamento giuridico nel suo complesso o contro valori suscettibili di essere dilatati o compressi in maniera incontrollabile.

³⁵ A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Op. cit.*, Padova, 2007, p. 78. Secondo gli Autori, se le norme sociali di riferimento appaiono ondivaghe e fluttuanti ben difficilmente la legge sarà in grado di dare certezza alla materia.

³⁶ M. RONCO, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, p. 84. La garanzia che la legge non sia o non divenga indeterminata è assicurata dal costante apporto, sia in sede legislativa sia nell'applicazione giudiziale, tra il diritto e il fatto, ovvero tra le proposizioni linguistiche prescrittive e gli accadimenti storici, secondo il significato che acquistano nell'esperienza comune.

Si veda anche C. FIORE – S. FIORE, *Op. cit.*, Torino, 2008, p. 69, secondo i quali occorre tenere in considerazione, però, che la norma penale contiene un comando astratto e generale e che il grado di concretizzazione del precetto varia notevolmente in funzione del suo contenuto prescrittivo.

Per non incorrere in tali inconvenienti il Legislatore potrebbe ricorrere, innanzitutto, a formulazioni della norma di tenore "*casistico*", precisando ed enumerando differenti ipotesi di applicazione della stessa. Tale tipologia di normazione, nondimeno, esalta solo apparentemente la determinatezza della fattispecie attraverso l'elencazione minuziosa di tutti i possibili oggetti di riferimento in concreto della fattispecie, con il rischio di frammentazione della stessa in una serie di ipotesi che possono rendere difficoltoso decifrare il senso specifico del precetto e, dunque, comprendere in che misura esso possa riferirsi ad ipotesi concrete e non estranee alla catalogazione⁽³⁷⁾.

A causa della inevitabile lacunosità derivante dall'utilizzo di una simile tecnica, la quale esporrebbe il giudice a intervenire per colmare tali lacune con lo strumento dell'analogia⁽³⁸⁾, molto più utilizzata è quella della c.d. "*normazione sintetica*", diretta a descrivere un nucleo essenziale di disvalore del fatto, mediante una astrazione sintetica dai casi concreti⁽³⁹⁾.

Gli strumenti utilizzabili del legislatore per addivenire ad un simile risultato possono così essere sintetizzati: a) l'enucleazione della fattispecie attorno a fondamentali tipologie ontologiche di aggressione a precise oggettività giuridiche di categoria; b) il ricorso a definizioni legislative capaci di superare la genericità, le imprecisioni e la pluralità di significati dei termini utilizzati; c) l'uso legislativo di elementi concettuali che siano il più possibile tassativi, posto che la determinatezza decresce mano a mano che si passa da elementi rigidi ad elementi elastici, fino a quelli del tutto vaghi⁽⁴⁰⁾.

³⁷ T. PADOVANI, *Op. cit.*, Milano, 2011, p. 30.

³⁸ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Op. cit.*, Milano, 2006, p. 44.

³⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Op. cit.*, Bologna, 2002, p. 72. Il legislatore adotta una qualificazione di sintesi impiegando elementi normativi e rinviando ad una fonte esterna rispetto alla fattispecie incriminatrice come parametro per la regola di giudizio da applicare nel caso concreto.

⁴⁰ F. MANTOVANI, *Op. cit.*, 2011, p. 70.

Un maggiore rispetto del principio di determinatezza si potrebbe avere, infatti, mediante l'utilizzo di elementi descrittivi "naturalistici" (come, ad esempio, il concetto di "uomo" nell'art. 575 c.p.) o di elementi normativi di tipo giuridico (come il concetto di "cosa altrui" nell'art. 624 c.p.), posto che, in entrambi i casi, si tratta di elementi in grado di puntualizzare, in termini precisi, la rappresentazione della realtà "nella dimensione tipica della fattispecie" (41).

Problemi quanto a determinatezza si pongono in particolare, in relazione a quelle fattispecie che applicano la tecnica di tipizzazione sintetica che utilizzano elementi normativi di derivazione non etico-sociale, bensì giuridica: si è notato che se la disciplina civilistica riduce o annulla i margini di discrezionalità del giudice nell'accertamento dell'altruità della cosa, di cui all'art. 624 c.p., altrettanto non può dirsi dell'elemento fondamentale della fattispecie di cui all'art. 650 c.p., costituito dal "provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene", oppure da definizioni legislative come quella di "pubblico ufficiale" o di "incaricato di un pubblico servizio", ex artt. 357 e 358 c.p., la cui concretizzazione, come avremo modo di approfondire nella seconda parte dello studio, è, ancora oggi, lasciata, in larga parte, alla giurisprudenza (42).

⁴¹ T. PADOVANI, *Op. cit.*, Milano, 2011, p. 31. Maggiormente problematico è l'utilizzo di elementi normativi di tipo extragiuridico, come il concetto di "atto osceno", ex art. 527 c.p., che postulano un riferimento ad un criterio valutativo di tipo sociale e morale, o di elementi descrittivi implicanti un apprezzamento, come il concetto di "uso momentaneo", di cui all'art. 626 c.p.

⁴² In questi casi non possono dirsi realizzate le fondamentali condizioni che rendono gli elementi normativi funzionali alle esigenze preventive di legalità, essenzialmente rappresentate dal rinvio a parametri agevolmente identificabili e dalla definizione di tali parametri in norme chiare, per contenuto e ambito applicativo. Così S. MOCCIA, *Op. cit.*, Napoli, 2001, p. 37.

Appare del tutto evidente la difficoltà rilevata nel dare una soluzione alla problematica qui esposta; per quanto il Legislatore presti attenzione nell'utilizzo della migliore tecnica di redazione delle norme penali o si ponga il più vicino possibile al comune sentire sociale, difficilmente sarà in grado di garantire una determinatezza assoluta a causa della natura della norma penale scritta idonea a lasciare sempre un certo margine di interpretazione al giudice ⁽⁴³⁾.

Si deve ricordare, inoltre, come caratteristica del diritto penale sia la c.d. "frammentarietà", ovvero la sua necessaria lacunosità; frammentarietà del diritto penale significa che il bene giuridico tutelato è protetto solo in modo discontinuo, individuando alcuni dei comportamenti lesivi e lasciandone scoperti altri, stante l'impossibilità per il legislatore penale di prevedere tutte le possibili tipologie di aggressione e di condotta che, in concreto, si possono verificare ⁽⁴⁴⁾.

Non a caso si è soliti affermare che il Legislatore debba "tendere" al raggiungimento di una sufficiente determinatezza dell'enunciato normativo, sebbene negli ultimi anni le leggi emanate nel nostro Paese si pongano sempre meno rispettose del canone della tassatività.

⁴³ Il principio di determinatezza appare maggiormente rispettato dall'impiego di tecniche normative di tipo oggettivo, mentre può risultare compromesso da altre che facciano leva, in misura più o meno larga, su fattori soggettivi e personali. Si osserva come le fattispecie costruite in chiave psicologica determinino problemi collegati alla difficoltà di un concreto accertamento dei fatti psichici interni al soggetto, come accade per quelle ipotesi in cui il comportamento è vietato solo se commesso in vista di un determinato scopo (reati a dolo specifico). Così M. ZANOTTI, *Op. cit.*, Torino, 2006, p. 161.

⁴⁴ M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 1995, p. 22. Inteso nel suo significato moderno, esprime forme di intervento penale con necessari e positivi vuoti di tutela penale.

Si pensi come, già nel 1996, con la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio ⁽⁴⁵⁾, vennero evidenziati i criteri orientativi per la formulazione delle fattispecie penali destinati agli uffici legislativi dei vari Ministeri. La Circolare, divisa in due Capi, conteneva, all'interno del primo, suggerimenti attinenti l'aspetto esteriore della norma, non solo penale ma anche amministrativa punitiva, ad esempio raccomandando di evitare l'utilizzo eccessivo di commi nella strutturazione della norma ed invitando a bandire il c.d. "rinvio a catena" che non consente una immediata comprensione del contenuto precettivo e, all'interno del secondo, alcune tecniche di formulazione legislativa.

In particolare, la Circolare, evidenziando che esistono elementi che si sottraggono ad un uso linguistico uniforme come, ad esempio, gli elementi di natura sociologica, psicologica o economica o gli elementi valutativi che rinviano a parametri di giudizio non sufficientemente chiari e diffusi nella società, invitava ad evitare l'utilizzo di espressioni onnicomprensive e ad utilizzare gli elementi quantitativi espressi in forma non numerica solo nel caso in cui la legge indicasse espressamente i criteri per la loro quantificazione in concreto.

Per quanto interessi maggiormente l'oggetto della presente trattazione, la Circolare sottolineava il pericolo insito nelle norme formulate attraverso il rinvio formale a disposizioni extrapenali; come noto, il rinvio formale consente che il contenuto della norma penale si adegui automaticamente alle successive modificazioni intervenute nelle disposizioni extrapenali richiamate, con il rischio di incongruenze nella fattispecie penale tutte le volte in cui tali modificazioni siano

⁴⁵ Circolare pubblicata in *Cass. pen.*, 1986, p. 624. Per gli opportuni approfondimenti si rimanda a F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 230.

ispirate ad una *ratio* difficilmente armonizzabile con la norma penale richiamante, rimasta immutata ⁽⁴⁶⁾.

Qualunque tentativo di fornire un criterio di determinatezza che sia valido per qualsiasi tipologia di formulazione normativa e, al tempo stesso, idoneo ad indirizzare il legislatore nella scelta del materiale linguistico da utilizzare per “plasmare” la norma penale sembra destinato ad un inesorabile fallimento; essendo, come abbiamo visto, diverse le tecniche di formulazione della fattispecie, le modalità per assicurare il rispetto del principio di determinatezza sono diverse, a seconda delle caratteristiche della tecnica utilizzata.

L’ideale della certezza e della chiarezza giuridica, espresso dal principio illuministico delle leggi “poche”, “chiare”, “semplici” e “stabili”, è oggi messo in pericolo, in particolare, dalla prassi legislativa e giudiziaria, che ha portato al fenomeno degenerativo del c.d. “ordinamento giuridico occulto”, da intendere come di difficile accessibilità anche agli addetti ai lavori, frutto, tra l’altro, di uno “scadimento Parlamentare” che ha portato all’emanazione sempre più frequente di leggi sciatte, compromissorie, nonché dell’erosione giurisprudenziale del principio di tassatività, dovuto a difformità e forzature giurisprudenziali ⁽⁴⁷⁾.

4. Una prima distinzione: elementi normativi e descrittivi. La valutatività degli elementi descrittivi.

La politica autoritaria del diritto sottostante al Codice Rocco fu realizzata, sostanzialmente, sia attraverso un sistema sanzionatorio complessivamente duro, sia mediante un tentativo

⁴⁶ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Torino, 1993, p. 360.

⁴⁷ Per approfondimenti si rimanda a F. MANTOVANI, *Op. cit.*, Padova, 2001, p. 73.

di elevazione ad ipotesi di reato di condotte prive di un collegamento effettivo ad un apprezzabile bene di riferimento, o dilatando l'ambito di applicazione delle fattispecie attraverso l'utilizzo di formule indeterminate.

Abbiamo già avuto modo di descrivere, sommariamente, gli strumenti di tecnica legislativa diretti a garantire la determinatezza della fattispecie. Si tratta, a ben vedere, di un problema di *linguaggio*, ed in particolare, di rapporti tra il diritto ed il linguaggio.

Se si considera che nel nostro sistema giuridico il diritto penale è affidato ad un testo scritto, ne deriva che la determinatezza della norma deve essere affidata al linguaggio attraverso il quale si esprime la disposizione legislativa ⁽⁴⁸⁾.

A parte gli elementi naturalistici descrittivi e quantitativi numerici che, come vedremo a breve, sono in grado di assicurare sempre un elevato grado di determinatezza, quest'ultima sembra poter essere pregiudicata dagli elementi normativi di carattere extragiuridico. In realtà, la determinatezza può riferirsi sia agli uni che agli altri, anche se è possibile individuare una sorta di crescente indeterminatezza mano a mano che si passa dagli elementi espressi in forma numerica a quelli di carattere socio-culturale.

A tal proposito, una prima distinzione che deve essere evidenziata riguarda gli elementi concettuali rigidi, elastici e vaghi.

⁴⁸ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Torino, 2011, p. 144. Problematica particolarmente complessa, come evidenziato dall'Autore, in quanto l'espressione linguistica normalmente non è dotata di un significato immutabile, significato che dipende dall'uso che di quel segno viene fatto per individuare la realtà designata. Da ciò ne deriva che il problema della determinatezza sia insolubile, sul piano linguistico, come dimostrato dal fatto che, solitamente, di qualsiasi segno linguistico è possibile rintracciare un qualche significato semantico, nella peggiore delle ipotesi corrispondente a quello fornito dal vocabolario.

Sono detti **rigidi** gli elementi che esprimono concetti che rendono possibile un giudizio sicuro in merito all'appartenenza o meno di un'ipotesi concreta al concetto. Rientrano all'interno di questa categoria, come vedremo, gli elementi descrittivi naturalistici e numerici, nonché quelli normativi giuridici, definibili in base ad altre norme giuridiche ⁽⁴⁹⁾.

Sono detti **elastici** gli elementi che esprimono concetti che ammettono un margine di possibili soluzioni opposte, dipendenti dall'apprezzamento del giudice, margine che, però, non priva la norma della sua sufficiente determinatezza ⁽⁵⁰⁾. Possiamo far rientrare nel novero di questi gli elementi descrittivi che esprimono una realtà non descritta ma descrivibile, da parte del Legislatore, oppure una realtà quantitativa o temporale non predeterminabile dal Legislatore (es. la "particolare tenuità", di cui all'art. 626 c.p.), nonché gli elementi normativi extragiuridici, che fanno riferimento a dati che possono essere definiti con riferimento a parametri non giuridici, come regole sociali, etiche, di costume, scientifiche, ecc.

Infine, possono essere definiti come **vaghi** o *indeterminati* gli elementi che si fondano su concetti di natura emozionale i quali non permettono di individuare il parametro valutativo cui riferirsi. I termini così impiegati presentano una "zona grigia" all'interno della quale è molto difficile stabilire quale sia la condotta vietata e, conseguentemente, minimo è il rispetto del principio di determinatezza ⁽⁵¹⁾. Si pensi, a titolo d'esempio, al

⁴⁹ F. MANTOVANI, *Op. cit.*, Padova 2001, p. 70.

⁵⁰ Sostanzialmente in questo senso L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 197, secondo la quale gli elementi elastici sono quelli la cui interpretazione è contraddistinta da una duplice linea di confine, una zona grigia all'interno della quale confluisce una gamma di accezioni affidate, per la loro concreta definizione, alla sensibilità del singolo interprete.

⁵¹ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2003, p. 52.

fatto di "partecipare ad una rissa", di cui all'art. 588 c.p., o ancora agli "artifici o raggiri", elementi essenziali del delitto di truffa, ex art. 640 c.p. ⁽⁵²⁾.

In definitiva, negli elementi elastici si rinvencono elementi descrittivi e normativi di tipo valutativo, che necessitano del filtro interpretativo del giudice per la loro determinazione in concreto, mentre gli elementi vaghi avrebbero un carattere esclusivamente valutativo, la cui concretizzazione sarebbe affidata solo alla personale sensibilità del giudice.

Anticipando quanto verrà più compiutamente approfondito nel corso della trattazione, all'interno del materiale linguistico utilizzabile per la costruzione della fattispecie dobbiamo distinguere gli elementi normativi, da quelli descrittivi e valutativi, della norma penale.

Sono detti elementi **descrittivi** "naturalistici" quelli che traggono il loro significato dalla realtà esterna (ad esempio, il concetto di "uomo", "morte", "cosa", ecc.), come tali percepibili con i sensi e non bisognosi di particolari mediazioni o filtri interpretativi ⁽⁵³⁾. In realtà, all'interno della categoria degli elementi descrittivi devono ricomprendersi anche gli elementi

⁵² Una fattispecie incriminatrice che contenga clausole elastiche, come ad esempio "senza giustificato motivo" o "senza giusta causa", non è, di per sé, contraria al principio di determinatezza della norma penale, ma può diventarlo soltanto quando non consenta al destinatario della norma di comprendere in modo chiaro ed inequivoco quale sia la condotta vietata. Ne consegue che non è contrario all'art. 25 Cost., l'art. 14, comma 5-ter del D.Lgs. 286/98 (il quale prevede come reato il fatto dello straniero che, senza giusto motivo, si trattiene nel territorio nazionale dopo essere stato espulso), in quanto la suddetta norma va interpretata nel senso che il reato è escluso soltanto dalla impossibilità (oggettiva o soggettiva) di ottemperare all'intimazione di lasciare il territorio nazionale. Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, in *D&G - Dir. e giust.*, 2004, 5, p. 29 (con nota di A. NATALINI); Corte Cost., 21 ottobre 2005, n. 395, in *Giur. cost.*, 2005, p. 5.

⁵³ K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für E. Mezger*, Berlin und München, 1954, p. 127.

che descrivono oggetti che debbono la loro esistenza allo stato attuale della civiltà e della cultura (come, a titolo d'esempio, il concetto di "corrispondenza" o di "tesoro").

Utilizzando le parole di certa dottrina possiamo dire che *"gli elementi descrittivi provvedono all'indicazione dei fatti mediante l'indicazione di classi di oggetti individuati da un insieme di caratteri propri della classe medesima"* ⁽⁵⁴⁾, ovvero, in ultima analisi, espressioni linguistiche capaci di fornire una indicazione immediata di fatti giuridicamente rilevanti, senza la necessità di un'attività valutativa da parte dell'interprete.

Gli elementi descrittivi della fattispecie sono, quindi, espressi da parole dotate di un significato definitorio e di un significato valutativo.

La ragione per la quale il Legislatore ricorre ad elementi valutativi risiede nell'esigenza, da un lato, di semplificare la legislazione e, dall'altro, di adeguare costantemente la stessa al continuo mutamento della realtà. L'elemento valutativo, infatti, permette di raggruppare "fatti", consentendo al Legislatore di evitare una elencazione descrittiva degli stessi, assicurando una maggiore comprensione della fattispecie penale. In altre parole, gli elementi valutativi indicano i fatti in maniera indiretta, che non contengono una valutazione del fatto, ma si limitano ad indicare il criterio di tale valutazione ⁽⁵⁵⁾.

Gli elementi valutativi, però, ben possono essere espressi in termini concettuali, come accade, ad esempio, per l'elemento dell'*osceno*, il più classico tra gli esempi di elementi valutativi, il quale è traducibile in termini definitivi esprimibili in concetti,

⁵⁴ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 334. Quindi, tra le due sottospecie di elementi descrittivi non esistono differenze decisive, poiché anche quelli che potrebbero dirsi naturalistici provvedono all'indicazione dei fatti sempre mediante l'utilizzo di concetti la cui formazione non può essere considerata indipendentemente dallo stato attuale della civiltà e della cultura.

⁵⁵ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Padova, 1979, p. 361.

come appare dalla formulazione dell'art. 529 c.p., ai sensi del quale si considerano osceni "*gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore*", o ancora agli elementi di "offesa all'onore o al decoro" o di "ingiustizia dell'offesa", nei quali il Legislatore non effettua alcuna descrizione del fatto ma si limita ad indicare un parametro di valore attraverso il quale l'interprete può procedere ad individuare il medesimo.

Gli elementi **normativi**, a differenza di quelli descrittivi, necessitano, per la loro determinazione, di una eterointegrazione attraverso il rinvio ad una norma diversa da quella incriminatrice. I dubbi, relativi a tali elementi, derivano dal fatto che il rinvio ad una norma di grado inferiore alla legge o a norme extragiuridiche, come vedremo, potrebbe essere interpretato come una rinuncia al rispetto del principio di riserva di legge, se si considera come, astrattamente, qualsiasi atto normativo potrebbe assurgere a fonte del diritto penale ⁽⁵⁶⁾.

All'interno degli elementi normativi possiamo distinguere gli elementi normativi *giuridici* (ad esempio, il "matrimonio avente effetti civili", di cui al reato di bigamia, ex art. 556 c.p.) dagli elementi normativi *extragiuridici* (basti pensare alle "cose esposte per consuetudine alla pubblica fede", aggravante del delitto di furto, di cui all'art. 625, n. 7, c.p.), a seconda che la disposizione richiamata sia una norma diversa da quella incriminatrice, ovvero che il parametro di valutazione sia rimesso a norme sociali o di costume, con conseguente portata maggiormente elastica in quanto soggetto al mutamento storico e culturale del concetto (come nel caso del concetto di "oscenità",

⁵⁶ A. PAGLIARO, *Op. cit.*, Milano, 2003, p. 53. Gli elementi vaghi si differenziano da quelli normativi in quanto non necessitano del rinvio ad un'altra norma e perché l'elemento normativo, mediante la mediazione della norma richiamata, può condurre a una delimitazione precisa del contenuto della fattispecie, senza zone grigie residue.

rimesso alla determinazione socio-culturale di ciò che, in un dato momento storico, offende il comune sentimento del pudore) ⁽⁵⁷⁾.

Generalmente gli elementi descrittivi naturalistici presentano un grado di determinatezza maggiore rispetto a quelli normativi, anche se non mancano ipotesi in cui l'elemento normativo sembri rispettare maggiormente il principio di determinatezza nei confronti di quello descrittivo.

Ad esempio, l'elemento naturalistico della "congiunzione carnale", ex art. 519 c.p., oggi abrogato, possedeva evidenti margini di determinatezza mentre, quello, parimenti naturalistico, di "atto sessuale", di cui all'art. 609-*bis* c.p., presenta una certa consistenza indeterminata, in particolare per la possibilità di ricondurre al suo interno comportamenti più blandi ⁽⁵⁸⁾.

Proprio in merito a tale ultima fattispecie, si segnala un recente intervento del giudice delle leggi, il quale ha dichiarato manifestamente inammissibile, in riferimento all'art. 25 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 609-*bis* c.p., nella parte in cui, accomunando sotto un'unica previsione, fatti che prima integravano i distinti reati di violenza carnale e di atti di libidine violenti e unificando le condotte incriminate mediante la locuzione "atti sessuali", senza ulteriore descrizione o definizione, difetterebbe di determinatezza, non essendo rinvenibile nel linguaggio corrente e nella letteratura scientifica una nozione comunemente e univocamente accettata di atto sessuale ⁽⁵⁹⁾.

Diviene fondamentale distinguere, allora, gli elementi della fattispecie penale in ragione della loro maggiore o minore "valutatività", ovvero della loro maggiore o minore attitudine ad acquisire consistenza per il tramite dell'interprete. La fattispecie

⁵⁷ L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 73.

⁵⁸ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Torino, 2011, p. 145.

⁵⁹ Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 295, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2259.

è totalmente indeterminata solo quando il c.d. “spazio semantico” della disposizione non sia in alcun modo individuabile attraverso parametri certi ⁽⁶⁰⁾.

La valutatività degli elementi descrittivi, che ricorre in numerose fattispecie penali (basti pensare, ad esempio, ai concetti di “incesto”, di cui all’art. 564 c.p., o a quello di “sfruttamento”, ex art. 600-*bis* c.p.), risulta ancora compatibile con il principio di determinatezza se ed in quanto sia contenuta in una misura di valore facilmente definibile dall’interprete.

Ci possiamo interrogare, giunti a questo punto dello studio, in primo luogo, sulla necessità di mantenere viva la distinzione tra elementi descrittivi e normativi oppure se sia preferibile procedere ad una assimilazione tra elementi normativi giuridici ed elementi descrittivi naturalistici e, in caso di risposta affermativa, su quale base possa poggiare una tale assimilazione.

La dottrina è giunta a considerare di dubbia utilità la classificazione tra le due tipologie di concetti ⁽⁶¹⁾, in quanto non esisterebbero differenze di rilievo tra elementi descrittivi naturalistici ed elementi normativi giuridici: la soglia che separa

⁶⁰ L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 201. Laddove la valutatività sia contenuta entro una ben definita area semantica, questa sarà ancora compatibile con il principio di determinatezza, costituendo, gli elementi valutativi, l’unico strumento tramite il quale il Legislatore può intervenire in materie particolarmente complesse. Al contrario, sarà intollerabile dove l’eccessiva genericità della formulazione normativa faccia sì che sia l’interprete, invece che il Legislatore, a determinare di fatto i confini della condotta incriminata.

⁶¹ Tra i maggiori esponenti del pensiero C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, München, 1997, p. 57 e s. Per la dottrina italiana si veda M. RONCO, *Op. cit.*, Bologna, 2010, p. 86, secondo il quale la distinzione ora prospettata non terrebbe in considerazione il fatto che la grandissima parte degli elementi di fattispecie si collocherebbe in una zona grigia che si pone al confine tra le due categorie, come accade per taluni degli elementi più notevoli che ricorrono nelle fattispecie criminose, come il termine “violenza”, “minaccia”, “abuso” ed “intimidazione”.

la descrittività dalla normatività di un concetto diverrebbe, poi, assolutamente inconsistente in rapporto alla categoria degli elementi valutativi, in relazione al rispetto del principio di tassatività.

Non si tratta, a ben vedere, di trasformare gli elementi descrittivi in normativi e viceversa, ma solo di procedere ad una reinterpretazione degli stessi, in rapporto alle caratteristiche strutturali dei singoli elementi di fattispecie ai quali l'ordinamento ricollegghi specifiche conseguenze in termini di disciplina ⁽⁶²⁾.

Il dato comune tra le due tipologie di elementi poggia sul fatto che il loro significato può essere compreso immediatamente indipendentemente dalla *ratio legis* della disposizione nella quale sono contenuti; ragionando in tal senso, il concetto di "altruità" non è meno descrittivo di quello di "uomo" o di "cosa". In entrambi i casi la loro determinazione viene effettuata dall'interprete in rapporto ad un dato universale e valido indipendentemente dal contesto nel quale la norma incriminatrice è inserita.

La differenza attiene, a ben vedere, al tipo di ricognizione necessaria a determinare il senso di questi elementi: infatti, nel caso di concetti descrittivi naturalistici, solitamente sarà sufficiente riferirsi a dati della realtà empirica mentre, in merito agli elementi normativi giuridici, sarà necessario individuare la concreta norma extrapenale di riferimento.

⁶² L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 219. "L'appartenenza di un dato elemento di fatto ad una o ad altra categoria concettuale comporta infatti specifici e fondamentali riflessi sul terreno del dolo, dell'errore e della successione di leggi: se così è, una riqualificazione degli elementi di fattispecie sulla base di una aggiornata ricognizione critica della categoria della normatività non appare più operazione inutile o formale, sterile e vacuo esercizio dogmatico, ma si presenta anzi come una basilare esigenza imposta dalla stessa parte generale del codice penale".

Tentando, dunque, una prima sintesi, possiamo distinguere: a) "elementi descrittivi naturalistici", ovvero elementi che fanno immediato rinvio a dati della realtà empirica che risultano comprensibili indipendentemente da un qualsiasi riferimento allo "scopo" della norma; b) "elementi normativi giuridici", i quali, sebbene non facciano rinvio a dati della realtà empirica, si presentano facilmente individuabili, potendo essere compresi sul presupposto logico di una norma diversa da quella che li contiene; c) "elementi valutativi", la cui ricognizione è completamente rimessa ad un dato extragiuridico o etico-sociale e la cui compatibilità con il principio di determinatezza è subordinata alla determinatezza del parametro richiamato⁽⁶³⁾.

Posto che l'elemento normativo giuridico e quello extragiuridico appaiono come due sottospecie di un medesimo genere, appare evidente che è la connotazione valutativa a rendere l'elemento extragiuridico distinto da quello normativo. Per tale motivo, la dottrina ha proposto una concezione ristretta dell'elemento normativo di fattispecie, limitandola a quegli elementi comprensibili sul presupposto di una norma giuridica diversa da quella in cui esso è contenuto, tale da disegnare una autonoma area di significato rispetto alla eventuale ed ulteriore valutazione penalistica⁽⁶⁴⁾.

⁶³ In relazione a tali elementi occorrerà, quindi, procedere ad un duplice accertamento. In primo luogo, occorre domandarsi se l'elemento risulti idoneo ad esprimere un criterio di valutazione sufficientemente sicuro e definito del suo significato fondamentale; secondariamente, si dovrà verificare se tale criterio sia capace di adattarsi ad un insieme di situazioni collocabili entro confini sufficientemente delimitati e tipologicamente circoscritti, nonostante il differente atteggiarsi dei singoli casi concreti in cui i predetti requisiti vengono, di volta in volta, a manifestarsi. Così G. DE FRANCESCO, *Op. cit.*, Torino, 2011, p. 113.

⁶⁴ L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 221.

5. L'enunciato normativo quale oggetto della determinatezza.

La problematica relativa al principio di determinatezza ci porta, ora, ad approfondire l'elemento sul quale più di ogni altro, si pongono le esigenze di determinatezza, ovvero l'"enunciato normativo".

Con il termine "enunciato", intendiamo, in linea di prima approssimazione, l'espressione linguistica in forma grammaticalmente compiuta⁽⁶⁵⁾. Di conseguenza, è enunciato sia l'espressione "chiunque cagiona la morte di un uomo è punito", sia qualsiasi altra espressione priva di significato, posto che le caratteristiche essenziali dell'enunciato sono solo quelle di essere un insieme di segni grafici od uditivi e di essere una espressione grammaticalmente compiuta, ovvero organizzata secondo le leggi della grammatica che appartengono ad una determinata lingua⁽⁶⁶⁾.

L'aggettivo "normativo" ci porta a considerare solo gli enunciati che siano dotati di significato capace di operare nel mondo del diritto e che, avendo carattere precettivo, siano diretti ad ottenere comportamenti umani. Gli enunciati, infatti, possono avere lo scopo di informare la realtà o di influire sul comportamento altrui; mentre la prima funzione è tipica degli enunciati c.d. *asseverativi*, la seconda è propria degli enunciati *normativi*, oggetto specifico del nostro studio. Appare evidente come anche l'enunciato asseverativo, in definitiva, sia in grado

⁶⁵ G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi; studi in materia di metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 143.

⁶⁶ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Padova, 1979, p. 320. Ovviamente occorre precisare che l'organizzazione di un insieme di segni linguistici in forma grammaticalmente e sintatticamente compiuta presuppone pur sempre che quei segni siano assunti ciascuno nel suo significato linguistico, essendo impossibile utilizzare le leggi della grammatica e della sintassi su segni considerati semplicemente quali puri frammenti di realtà sensibile.

di influire sul comportamento altrui e come l'enunciato normativo non possa fare a meno di indicare la realtà.

Per poter efficacemente influire sul comportamento altrui è necessario che l'enunciato normativo indichi il comportamento vietato o comandato, nonché il fatto cui si riferisce, ed è a questo punto che sorgono i problemi di determinatezza, anche nel caso in cui si tratti di c.d. "norma discrezionale", ovvero priva di fattispecie⁽⁶⁷⁾, posto che anche in siffatto frangente è sempre necessario che il soggetto chiamato a dare applicazione alla norma individui i fatti cui vada applicata la conseguenza giuridica.

Se intendiamo parlare di enunciato normativo, quale oggetto di determinatezza, dobbiamo fare riferimento a tre elementi essenziali che detto enunciato deve possedere: a) la "formula", ovvero l'insieme dei segni linguistici organizzati in maniera grammaticalmente e sintatticamente corretta; b) il "fine", ovvero lo scopo pratico che la norma mira a conseguire; c) la "fattispecie", ovvero l'indicazione del fatto e delle conseguenze giuridiche che costituisce, in ultima analisi, il risultato dell'interpretazione.

La dottrina ha analizzato il rapporto intercorrente tra lo scopo della norma e la fattispecie, rapporto che può portare ad una reciproca strumentalità oppure ad una reciproca tensione dialettica.

Da un lato, infatti, la fattispecie costituisce uno strumento per il perseguimento di un determinato scopo giuridico, quest'ultimo individuabile anche attraverso l'interpretazione della fattispecie ma, al tempo stesso, l'individuazione della fattispecie è condizionata dallo scopo perseguito dalla norma⁽⁶⁸⁾.

⁶⁷ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Padova, 1979, p. 323.

⁶⁸ U. SCARPELLI, voce *Semantica giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 998.

Sul punto, in particolare per quanto riguarda lo scopo della norma, possiamo domandarci se questo debba essere inteso in senso oggettivo o soggettivo. Mentre la concezione *oggettiva* dello scopo tenta di adeguare il diritto alla realtà attuale ⁽⁶⁹⁾, salvo, poi, domandarsi se il richiamo allo scopo oggettivo comporti l'attribuzione alla legge di scopi diversi da quello storico nel caso in cui emergano altre fonti disciplinanti una determinata materia, come la Costituzione o altre fonti "prodotte" dalla realtà sociale e dal costume ⁽⁷⁰⁾, la concezione *soggettiva* individua lo scopo non tanto dall'enunciato normativo, quanto dai lavori preparatori della legge, senza attingere a fonti di difficile individuazione, con la conseguenza che, in quest'ultima ipotesi, i problemi di determinatezza sarebbero minori ⁽⁷¹⁾.

Ma tra la fattispecie e lo scopo della norma può insorgere, come accennato, anche un rapporto di "tensione dialettica"; il fine della norma deriva, infatti, dalla natura precettiva dell'enunciato normativo mentre, la fattispecie, ovvero il significato cognitivo dell'enunciato normativo, è proprio anche degli enunciati asseverativi, come accennato in precedenza. Al tempo stesso, la fattispecie si pone come limite allo scopo della norma, circoscrivendo la funzionalità della norma ai fatti indicati nella stessa.

Come è stato evidenziato in dottrina, questo particolare rapporto tra fattispecie e scopo della norma si rileva non solo dal punto di vista interpretativo ma, soprattutto, sul piano della formulazione della norma in quanto, al momento della costruzione della legge penale, il legislatore può utilizzare o la

⁶⁹ Per tutti si veda V. KREY, *Studien zum Gesetzsvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*, Berlin, 1977, p. 183.

⁷⁰ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Padova, 1979, p. 326.

⁷¹ W. NAUCKE, *Der Nutzen der subjektiven Auslegung*, in *Festschrift für K. Engisch*, Frankfurt a. M., 1969, p. 274 e ss.

tecnica dell'indicazione dei fini o dell'indicazione dei fatti, questi ultimi indicati mediante l'utilizzo sia di elementi descrittivi e valutativi (72).

Si tratta di una distinzione piuttosto importante in quanto, se la norma è costruita mediante l'indicazione del fine, sebbene possa essere provvista anche di una fattispecie, assume i tratti di una disposizione "discrezionale", la quale presenta un grado di determinatezza minore rispetto alla norma formulata mediante l'indicazione esclusiva dei fatti (73).

Il linguaggio giuridico, stante la sua importanza in termini di determinatezza, apre le porte ad un ulteriore approfondimento che tocca, in particolare, il soggetto destinatario della norma penale, dei termini utilizzati dal Legislatore, per il tramite della fattispecie incriminatrice, ovvero l'interprete.

Una interpretazione conforme a Costituzione presuppone che si sia in presenza di una fattispecie costituita da elementi che siano passibili di *interpretazione*. Può accadere, infatti, che l'interprete, davanti ad un elemento della fattispecie, si trovi di fronte ad un bivio e considerarlo un'espressione linguistica priva di significato oppure dotata di significato giuridicamente rilevante, così come può verificarsi che l'elemento della fattispecie sia dotato di una molteplicità di significati.

Non solo; i criteri per la formulazione della norma devono tenere in debita considerazione anche la *conoscibilità* della fattispecie. Le esigenze di conoscibilità della norma, sottese al principio di determinatezza, sebbene non sembrino in grado di costituirne il fondamento esclusivo, dovrebbero comunque ispirare la tecnica di formulazione legislativa in uno stato democratico di diritto.

⁷² F. PALAZZO, *Op. cit.*, Padova, 1979, p. 330.

⁷³ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Padova, 1979, p. 332.

CAPITOLO II

FORME DI ETEROINTEGRAZIONE DELLA NORMA INCRIMINATRICE

Sommario: 1. Il precetto e gli strumenti per la sua integrazione. – 2. Le norme penali in bianco tra riserva di legge e principio di determinatezza. – 3. La “scoperta” degli elementi normativi e la loro evoluzione nel pensiero della dottrina. – 4. Le norme definitorie (cenni). – 5. La distinzione tra norma penale in bianco ed elemento normativo. In particolare la valutazione di determinatezza come criterio per distinguere la norma penale in bianco dall’elemento normativo. – 6. Conclusioni: l’applicabilità del principio di determinatezza alle norme integratrici.

1. Il precetto e gli strumenti per la sua integrazione.

Le norme penali risultano costituite generalmente da due elementi: il precetto (*praeceptum legis*) e la sanzione (*sanctio legis*). Il precetto è il comando di tenere un certo comportamento, ovvero di compiere una determinata azione o di non fare una data cosa, mentre la sanzione è la conseguenza giuridica derivante dall’infrazione del primo (⁷⁴).

⁷⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 55. Normalmente il precetto non è stabilito in modo esplicito, ma implicitamente. Ad esempio, l’Autore ricorda come le leggi attuali non dicano espressamente di “non uccidere”, ma, come nell’art. 575 c.p., “Chiunque

Talvolta il precetto viene anche denominato come “norma primaria”, mentre la sanzione “norma secondaria”: quest’ultima, elemento essenziale della norma penale, può essere considerata anch’essa come un comando, sotto l’aspetto normativo; la violazione del precetto implica una conseguenza giuridica, la sanzione appunto.

In alcuni casi il precetto penale, quindi, assume la forma del *divieto*, diretto a proibire di fare una determinata azione o di cagionare un dato evento. Non mancano casi in cui, però, il precetto assume la forma del *comando*, prescrivendo di compiere un determinato atto.

Precetto e sanzione non sono che i due termini della norma incriminatrice essendo, il primo, costituito dai destinatari di essa, obbligati a tenere la condotta astrattamente descritta, ed il secondo da tutti coloro che vengono puniti con la sanzione in essa comminata ⁽⁷⁵⁾. D’altronde, la sanzione penale implica la minaccia di un male, essendo diretta ad esercitare una sorta di coazione psicologica in capo ai consociati per indurli proprio al rispetto del precetto.

Del tutto artificiale, ai fini del nostro studio, è la distinzione tra le circostanze sulla base delle quali la prescrizione deve essere eseguita ed il comportamento prescritto: in effetti, come evidenziato dalla dottrina, la prescrizione di tenere un determinato comportamento presuppone sempre un riferimento a circostanze in cui tale comportamento viene richiesto ⁽⁷⁶⁾.

In realtà, all’interno dell’ordinamento giuridico è possibile individuare norme che non contengono né un precetto, né una

cagiona la morte di un uomo è punito...”. Di norma, dalla disposizione che fissa direttamente la sanzione si ricava quasi sempre, in maniera agevole, il precetto, ovvero la regola di condotta.

⁷⁵ G. CERQUETTI, *Teoria degli atti giuridici previsti dalla norma incriminatrice*, Napoli, 1973, p. 32.

⁷⁶ M. JORI – A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, p. 248.

sanzione, essendo la loro funzione quella di precisare o delimitare l'ambito di applicazione di altre norme.

Si parla, in questi casi, di **norme integratrici** ⁽⁷⁷⁾ o di *secondo grado*, all'interno delle quali possiamo ricondurre, ad esempio, le *norme direttive*, che fissano i principi che debbono essere osservati in una certa materia; le *norme dichiarative*, che precisano il significato che la legge attribuisce a certe espressioni; le *norme interpretative*, che specificano il significato che si deve attribuire ad altre norme; le *norme di attuazione*, che regolano l'attuazione di un insieme di disposizioni legislative ⁽⁷⁸⁾; le *norme di rinvio*, che richiamano altre norme per farle proprie o per dare ad esse una rilevanza, senza incorporarle ⁽⁷⁹⁾.

Il recente fenomeno della "amministrativizzazione" del diritto penale ⁽⁸⁰⁾ ovvero l'utilizzo di una serie di prescrizioni amministrative la cui inosservanza viene punita da una norma penale, ha contribuito a complicare, non poco, la delicata questione della determinatezza della norma penale, aprendo la porta ad una serie di problematiche, di non agevole soluzione, aventi ad oggetto proprio il precetto penale ⁽⁸¹⁾.

⁷⁷ G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 8.

⁷⁸ Classificazione operata da F. ANTOLISEI, *Op. cit.*, Milano, 2003, p. 57.

⁷⁹ R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, I, Torino, 1967, p. 106.

⁸⁰ Termine che si ritrova in E. PITTARO – F. ZANNOTTI, *Applicazione e tecnica legislativa*, Milano, 1998, p. 265. Tale fenomeno, secondo gli Autori, porrebbe seri rischi di offesa al principio costituzionale di uguaglianza, ponendo in maniera uniforme tutta una serie di comportamenti o inadempimenti amministrativi che necessiterebbero di una apposita differenziazione.

⁸¹ La devoluzione alla sola legge formale del compito di creare disposizioni incriminatrici fa sì che la legittimità dei meccanismi di integrazione tra norma penale ed extrapenale sia strettamente legata all'accezione di riserva di legge che si voglia accogliere. Sebbene vi sia una tendenziale preferenza accordata al carattere assoluto della riserva di legge, il

Problema particolarmente avvertito quando la norma penale si presenta come un nucleo verso cui convergono altre norme giuridiche, aventi la funzione di integrarla, appunto le “norme integratrici”, dal cui loro complesso deriva la fattispecie penale nella sua interezza.

Il provvedimento amministrativo, divenendo “precetto” della norma penale, ed integrandosi nella stessa, attribuisce alla fattispecie penale un contenuto multiplo e variabile ⁽⁸²⁾.

Precisato, quindi, che la determinatezza deve concernere il precetto, quale sinonimo di enunciato normativo, come in precedenza rilevato, e prima di passare ad esaminare le diverse ipotesi di integrazione del precetto, da parte di norme diverse da quella incriminatrice, allo scopo di individuare la tipologia di richiamo in virtù della quale la norma richiamata vada ad integrare l'enunciato normativo (posto che solo rispetto alla norma realmente richiamata si può porre un problema di determinatezza), è bene preliminarmente valutare in quali casi la norma richiamata “completi” o “integri” il precetto, e in quali casi, invece, si tratti di una mera precisazione o concretizzazione di una norma in sé già completa.

sistema rimane fortemente condizionato dalla esigenza di ricorrere alla tecnica di incriminazione fondata sul rinvio normativo ad una fonte secondaria, con la conseguenza che le fattispecie incriminatrici finiscono per divenire sempre più accessorie rispetto ad altri rami dell'ordinamento giuridico. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, p. 51.

Non a caso, in dottrina si parla di riserva di legge *tendenzialmente assoluta*, facendo, così, salvi i meccanismi di integrazione tra fonti primarie e secondarie, quando queste ultime introducano dati di carattere essenzialmente tecnico. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, p. 35.

⁸² G. VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in E. DOLCINI, T. PADOVANI, F. PALAZZO, *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle regioni*, Padova, 1994, p. 70.

Per molto tempo si è sostenuto, in dottrina, che caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico fosse quella della *completezza*, intendendo, con tale terminologia, la proprietà per la quale l'ordinamento stesso possiede una norma per regolare qualsiasi caso.

Posto che la mancanza di una norma si chiama "lacuna", completezza significa mancanza di lacune, situazione che si verifica quando il giudice è in grado di trovare una norma per regolare qualsiasi caso gli si possa presentare ⁽⁸³⁾.

In realtà, è facile intuire come quello della completezza sia solo un "dogma", in quanto, la norma, possiede sovente una zona intermedia tra ciò che è regolato e ciò che non è regolato, zona che l'ordinamento cerca di "riempire".

Nel tentativo di giungere ad un simile risultato l'ordinamento possiede due strumenti, ovvero l'**eterointegrazione** e l'**autointegrazione**. Mentre quest'ultima consiste nell'integrazione attraverso l'ordinamento giuridico, nell'ambito della stessa fonte dominante (ovvero la legge), senza che sia fatto ricorso ad altri ordinamenti, l'eterointegrazione integra la fattispecie mediante il ricorso ad ordinamenti diversi o a fonti diverse da quella dominante ⁽⁸⁴⁾.

Precisato che il termine "integrazione" consiste nell'atto di rendere qualcosa completo, aggiungendo ciò che manca ad una fattispecie incompleta, nell'ambito giuridico possiamo

⁸³ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 237.

⁸⁴ Il tradizionale metodo di eterointegrazione mediante ricorso ad altri ordinamenti consisteva nell'obbligo, fatto al giudice, di ricorrere, in caso di lacuna del diritto positivo, al diritto naturale. Una delle funzioni costanti del diritto naturale, durante il predominio delle correnti giusnaturalistiche, fu di colmare le lacune del diritto positivo. Il diritto naturale veniva immaginato come un sistema giuridico perfetto, sul quale riposava l'ordinamento positivo, per sua natura imperfetto: compito del diritto naturale era di porre rimedio alle imperfezioni inevitabili del diritto positivo. N. BOBBIO, *Op. ult. cit.*, Torino, 1993, p. 262 e s.

individuare diverse tipologie di integrazione, tutte accomunate dal una sorta di "co-produzione" del diritto tra ciò che integra e ciò che viene integrato ⁽⁸⁵⁾.

L'integrazione del diritto penale può derivare, innanzitutto, dall'attività di interpretazione da parte del giudice (c.d. *integrazione giudiziale*), ad esempio, attraverso il ricorso all'analogia, laddove l'interprete, allo scopo di colmare una lacuna dell'ordinamento, estende la norma penale a casi simili a quelli espressamente contemplati dalla legge. Si tratta, com'è ovvio, di una forma di integrazione che esula dal nostro studio in quanto, in questo caso, l'elemento esterno alla norma penale non è costituito da un'altra norma, ma dall'attività intellettuale del giudice.

L'integrazione della norma penale può essere la risultante dell'apporto di norme esterne e diverse da quella incriminatrice (c.d. *integrazione normativa*). Sono norme integratrici della legge penale quelle che rendono la legge penale completa e compiuta, aggiungendo quello che manca.

La presenza, all'interno dell'ordinamento giuridico, di norme integrate da altre pone sul tappeto evidenti problematiche legate, in particolare, alla disciplina applicabile alle norme integratrici, ovvero alla verifica della possibilità di applicare a queste ultime, i principi pensati e dedicati, dall'ordinamento medesimo, alle norme penali.

Il problema è reso ancora più complicato dalla necessità di individuare le norme **realmente integratrici**, ovvero quelle che concorrono a completare il precetto apportando un sostanziale contributo alla descrizione del modello di condotta penalmente

⁸⁵ G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 6. L'esistenza di norme integratrici postula l'esistenza di leggi penali incomplete, che necessitano di essere completate da norme differenti da quella incriminatrice. Il rapporto di integrazione normativa implica essenzialmente il conferimento di compiutezza apportato ad una data norma, ad opera di un'altra.

sanzionato, da quelle **solo apparentemente integratrici** della fattispecie penale, ovvero quelle che stanno in rapporto ad un precetto completo che descrive già compiutamente il modello di condotta, sulla base del presupposto secondo il quale non ogni norma richiamata dalla legge penale è, per il solo fatto del richiamo stesso, norma integratrice di quella ⁽⁸⁶⁾.

La distinzione tra norme *integratrici* e norme *non integratrici* ha, da tempo, impegnato la dottrina italiana ⁽⁸⁷⁾ ma, ad oggi, la soluzione non sembra appagante, essendo considerata addirittura inutile da parte di alcuni studiosi ⁽⁸⁸⁾.

Tale distinzione, infatti, secondo certo orientamento, rischia di rivelarsi come nient'altro che una elegante ma ambigua clausola di stile, facilmente manipolabile dall'interprete: tra le norme extrapenali acquisirebbero carattere di norma penale solo quelle che concorrano direttamente a costituire un elemento essenziale della norma penale, determinando, in concreto, il comportamento, positivo o negativo, per il quale è prevista la sanzione ⁽⁸⁹⁾.

Alcuni Autori, inoltre, ritengono che tutte le norme richiamate da quella penale debbano essere considerate

⁸⁶ G. L. GATTA, *Op. ult. cit.*, Milano, 2008, p. 11.

⁸⁷ Per tutti segnaliamo E. BATTAGLINI, *Ignorantia iuris nella inosservanza di norme disciplinanti i rapporti di lavoro*, in *Giust. pen.*, 1936, III, p. 55 e s.; C. SALTELLI, *Errore su legge diversa dalla legge penale*, in *Giust. pen.*, 1946, II, p. 321 e s.

⁸⁸ G. DELITALIA, voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 572.

⁸⁹ Secondo l'impostazione assumerebbe rilievo l'incidenza diretta o indiretta della norma richiamata sul precetto primario, anche se non è chiaro quando la norma extrapenale abbia una simile incidenza sul precetto che la richiami, posto che il semplice fatto della interazione tra le due disposizioni sembra escludere a priori una sua valenza meramente secondaria. Si veda L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, p. 173.

integratrici di quest'ultima, determinandone l'estensione, non essendo possibile distinguerle in due categorie autonome ⁽⁹⁰⁾.

Nonostante i dubbi prospettati, già a partire dagli anni '70, autorevole dottrina ha cercato di ridare nuova linfa alla distinzione tra norme integratrici e norme non integratrici, mettendo in risalto il ruolo svolto dalla norma extrapenale nella individuazione del senso del divieto della fattispecie penale: così, quanto più il significato della norma extrapenale è autonomo rispetto alla costruzione della fattispecie incriminatrice, tanto più si dovrà negare il rapporto di integrazione tra la legge extrapenale ed il precetto penale ⁽⁹¹⁾.

Lo scopo di verificare se, e sino a che punto, atti diversi dalla legge possano intervenire realmente ad integrare le norme incriminatrici, posto che l'eventuale profilo di contrasto con il principio di determinatezza deve essere circoscritto proprio a queste ultime, consiglia di mantenere viva tale distinzione.

Tradizionalmente, si è affermato come costituissero norme realmente integratrici quelle che concorressero direttamente a costituire uno dei due elementi essenziali della norma penale (precetto e sanzione), determinando, in concreto, con riferimento al precetto, quale fosse il comportamento, positivo o negativo, per il quale venisse comminata la sanzione. In negativo, non potevano essere considerate come norme realmente integratrici

⁹⁰ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, II, *Il reato*, II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p. 46; R. A. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1953, p. 158 e s.

⁹¹ M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974, p. 156. Secondo tale dottrina, ciò che caratterizza essenzialmente la norma integratrice è la funzione valutativa nella determinazione degli elementi che concorrono a descrivere la figura criminosa astratta. Ragionando in tal senso, le norme incriminatrici sono solo quelle che, lungi dallo svolgere il ruolo di meri criteri applicativi di elementi di fattispecie già complete, concorrono in modo essenziale alla formazione del tipo delittuoso.

quelle che concorressero solo “indirettamente” a plasmare la norma penale ⁽⁹²⁾.

La teoria mostrava il fianco nel momento in cui non chiariva quando la norma extrapenale avesse una incidenza primaria e quando solo secondaria sul precetto, posto che la semplice interazione tra il precetto e la norma extrapenale sembrerebbe escludere, a priori, una valenza meramente secondaria ⁽⁹³⁾.

Più recentemente la dottrina ha avanzato un diverso criterio diretto a differenziare la reale integrazione da parte di una norma extrapenale dall’integrazione solo apparente. In particolare, nel porre l’attenzione sul rapporto intercorrente tra il significato della norma extrapenale richiamata ed il precetto, si è detto che, quanto più il significato della norma extrapenale è autonomo rispetto alla costruzione della fattispecie incriminatrice, ad esempio perché si limita a precisare o delimitare concetti già posti dalla norma penale, tanto più dovrà escludersi qualsiasi rapporto di integrazione ⁽⁹⁴⁾.

Così ragionando, e anticipando quanto verrà più dettagliatamente specificato quando tratteremo degli elementi normativi, questi ultimi, se intesi in senso *giuridico*, non presuppongono affatto un rapporto di integrazione in “senso stretto” tra norma penale ed extrapenale, in quanto la norma extrapenale richiamata risulta essere del tutto autonoma rispetto alla *ratio* sottesa al precetto penale. In altre parole, come efficacemente sottolineato dalla dottrina, l’elemento normativo, in questi casi, viene individuato dall’interprete esclusivamente in

⁹² E. BATTAGLINI, *Ignorantia iuris nella inosservanza di norme disciplinanti i rapporti di lavoro*, in *Giust. pen.*, 1971, p. 56 e s.

⁹³ L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 173.

⁹⁴ M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 1974, p. 140 e ss. Le norme integratrici, secondo l’Autore, sono solo quelle che, lungi dallo svolgere il ruolo di meri criteri applicativi di elementi di fattispecie già complete, concorrono in modo essenziale alla formazione del tipo delittuoso.

rapporto ad un parametro giuridico avente un significato incontrovertibile e valido indipendentemente dal contesto della fattispecie incriminatrice ⁽⁹⁵⁾.

Un discorso diverso deve essere fatto per gli elementi normativi *extragiuridici*, in quanto il loro significato è rimesso alla individuazione di un parametro "valutativo" non situato in alcuna fonte normativa diversa dalla norma penale; con riferimento a questi ultimi, quindi, la problematica del rispetto del principio costituzionale di determinatezza si fa più evidente.

L'ammissibilità, all'interno del nostro ordinamento, di norme penali integrate da altre norme pone un delicato problema di disciplina relativo alle norme integratrici, ovvero se, una volta individuata la norma in questione, secondo quanto accennato in precedenza, questa debba essere trattata come se fosse penale e, di conseguenza, se debbano applicarsi i principi costituzionali dettati dal legislatore specificamente per le norme penali.

Il quesito che ci dobbiamo porre, dunque, è il seguente: i principi penalistici, ed in particolare quello di determinatezza, debbono valere anche per le norme integratrici?

Preliminare alla soluzione del quesito è la verifica dei modelli di possibile integrazione della legge penale, tradizionalmente ricondotti a tre, corrispondenti ad altrettante categorie dogmatiche, ovvero: a) norme penali in bianco; b) elementi normativi della fattispecie; c) norme definitorie.

Tale distinzione appare determinante per l'oggetto del nostro studio, in quanto, come accennato in precedenza, è dubbio se, nel caso di elementi normativi, le problematiche di compatibilità con il principio di determinatezza assumono una diversa colorazione a seconda che si tratti di elementi normativi giuridici o extragiuridici.

⁹⁵ L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 1176 e s.

2. Le norme penali in bianco tra riserva di legge e principio di determinatezza.

I modelli di integrazione tra la legge e la fonte normativa subordinata possono essere di quattro tipi: a) affidamento, da parte della legge penale, ad una fonte secondaria, della determinazione delle condotte concretamente punibili; b) disciplina, da parte della fonte secondaria, di uno o più elementi che concorrono alla descrizione dell'illecito penale; c) specificazione di carattere tecnico, da parte della fonte secondaria, degli elementi di fattispecie legislative predeterminate nel loro nucleo essenziale; d) permesso alla fonte secondaria di scegliere i comportamenti punibili tra quelli disciplinati dalla stessa ⁽⁹⁶⁾.

L'ipotesi *sub a)* è tipica della **norma penale in bianco** (*Blankettstrafgesetz*) ⁽⁹⁷⁾, riconosciuta come una delle nozioni più oscure ed equivoche del diritto penale, a causa, da un lato, della definizione della categoria assai controversa in dottrina e, dall'altro, della mancanza di un uso preciso ed univoco del termine, anche in giurisprudenza (basti pensare al fatto che, ancora oggi, vengono considerate come norme penali in bianco fattispecie incriminatrici descritte, secondo parte della dottrina, attraverso elementi normativi, come nel caso dell'art. 650 c.p.,

⁹⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2002, p. 56 e s.

⁹⁷ Formula, di natura convenzionale, coniata per la prima volta da K. Binding verso la fine del XIX Secolo, secondo il quale, affinché si potesse parlare di norma penale in bianco era necessaria la sussistenza di una triplice condizione, ovvero: 1) che il richiamo avesse ad oggetto una fonte subordinata alla legge; 2) che si trattasse di una fonte "futura"; 3) che si trattasse di fonte non controllata dal legislatore. Per gli opportuni approfondimenti si rimanda a K. BINDING, *Die Normen und ihre übertretung*, I, Leipzig, 1890, p. 158 e s.

che sarà oggetto di approfondimento nella seconda parte della trattazione) ⁽⁹⁸⁾.

Per “norme penali in bianco”, in linea di prima approssimazione, possiamo fare riferimento ad un particolare procedimento di tecnica legislativa per cui il contenuto del precetto è individuato a norma diversa da quella che statuisce la pena. In tal modo, la norma “primaria”, invece di specificare direttamente il contenuto del precetto, la cui inosservanza intende penalizzare, opera un “rinvio” ad altra fonte dell’ordinamento, rinvio che può essere compiuto ad un’altra legge penale, extrapenale, ad un regolamento esistente o futuro.

Con l’espressione “norma penale in bianco”, secondo un primo orientamento, si allude alla legge che rinvia ad un atto normativo di rango *inferiore* per indicare tutti i contrassegni di un fatto che la legge considera come penalmente illecito ⁽⁹⁹⁾. Si parla di norma penale in bianco sia nel caso in cui la legge sanziona penalmente la trasgressione di un regolamento o di un altro atto normativo, stabilendone la sanzione, sia nell’ipotesi in cui la legge lasci all’organo che emette il provvedimento di avvalersi della sanzione penale per il caso di trasgressione alle prescrizioni in esso contenute ⁽¹⁰⁰⁾.

⁹⁸ G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 68 e s. L’Autore definisce la norma penale in bianco come “prototipo” dell’integrazione normativa vera e propria, ma, al tempo stesso, ritiene insidioso l’utilizzo e la diffusione di un concetto così equivoco, perché non univocamente definito; un concetto che mette in pericolo la possibilità di ingenerare ambiguità.

⁹⁹ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 52.

¹⁰⁰ Le norme penali in bianco vengono anche definite come quelle fattispecie nelle quali il legislatore, pur delineando i tratti essenziali delle stesse, lascia la descrizione del fatto tipico sostanzialmente “in bianco”, demandando ad una fonte sussidiaria il compito di “dar colore” alla condotta vietata in concreto. A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte Generale*, III, Padova, 2007, p. 66.

Prima di continuare l'approfondimento della tematica che qui interessa, si rendono opportune alcune considerazioni aggiuntive, relativamente alle diverse ipotesi di "rinvio" che si possono configurare: il rinvio, attraverso il quale la legge penale abilita un'altra norma ad integrare la disciplina in questa contenuta, è definito "mobile" quando ad essere richiamata è una fonte normativa, mentre il rinvio è "fisso", quando ha ad oggetto un preciso contenuto ed implica il recepimento nel testo storico vigente al momento dell'approvazione della legge, a prescindere dalle successive modifiche della fonte richiamata.

Abbiamo già avuto modo di vedere come la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 282/1990, in tema di rapporto tra fattispecie penale e regolamento ed atto amministrativo, abbia ritenuto incompatibile con il principio di riserva di legge l'integrazione della prima mediante il rinvio formale alla fonte e non al contenuto della norma richiamata, risolvendosi in un rinvio totale al potere esecutivo nella determinazione degli elementi essenziali dell'illecito penale.

Sotto il profilo della determinatezza, tale tipologia di rinvio ad una norma secondaria preesistente all'approvazione della legge penale soddisfa solo apparentemente il dettato dell'art. 25, secondo comma, Cost., in quanto, come osservato dai giudici delle leggi *"la rigidità del rinvio ad uno specifico atto preesistente quando persista il potere dell'amministrazione di revocarlo, di sostituirlo o di modificarlo, rappresenta una tecnica normativa che implica incertezze sul contenuto del fatto, ed in questo senso non corrisponde neppure alle esigenze del principio di determinatezza"*. In altre parole, la legge penale non offre gli elementi per una sufficiente determinazione del fatto tipico, ma utilizza un rinvio totale al provvedimento e alle deliberazioni della Pubblica Amministrazione.

Un discorso diverso deve essere fatto per quanto riguarda il c.d. "rinvio recettizio", il quale permette alla norma penale

richiamante di far proprio il contenuto della norma (amministrativa) richiamata, facendo riferimento non alla fonte ma al contenuto di quest'ultima, che viene ad essere cristallizzato all'interno della fattispecie penale. In tale frangente, la norma richiamante non segue quelle che potranno essere le eventuali vicende modificative delle regole richiamate, trattandosi di una operazione che persegue un risultato di economia normativa ⁽¹⁰¹⁾.

Trattando, sotto altro profilo, il tema dei nessi tra rinvio a fonti secondarie e principio di legalità, può ricordarsi come, secondo l'orientamento dominante, il fenomeno dell'integrazione della norma penale da parte di atti amministrativi non debba ritenersi in contrasto con il principio di riserva di legge quando gli elementi della norma penale adottati dalle fonti extralegislative non introducono nuove ipotesi di reato, riducendo la sfera del penalmente lecito, ovvero

¹⁰¹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, I, Torino, 1999, p. 61. Il carattere recettizio di questo particolare tipo di rinvio può verificarsi sia nei confronti di una regola secondaria, sia nei riguardi di una regola primaria, potendosi riferire non solo ad una regola facente parte dell'ordinamento nazionale, ma anche di una regola di un ordinamento straniero o internazionale, così come a regole abrogate o facenti parte di un ordinamento, nel suo insieme, abrogato.

In realtà, anche in merito a tale tipologia di rinvio, parte della dottrina ha escluso che esso possa operare nell'ambito dei rapporti tra legge statale e regolamento statale, contrariamente a quanto accade nel diritto internazionale, stante l'impossibilità, nei rapporti interni, di procedere alla novazione della fonte normativa richiamata. S. Fois, *Rinvio, recezione e riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 1966, p. 587. Secondo l'Autore, all'interno dello stesso ordinamento, i rapporti tra legge statale e regolamento statale, così come tra legge statale e legge regionale, non determinerebbero ipotesi di rinvio recettizio, in quanto la formulazione di rinvio farebbe riferimento a norme già efficaci nell'ambito della norma che le richiama, con la conseguenza che l'eventuale novazione della norma richiamata costituirebbe un "effetto autonomo" rispetto al richiamo e non un "effetto implicito nel solo fatto del richiamo effettuato nei confronti di essa".

nel caso in cui vi sia la ricezione solo di ben individuate e specifiche norme amministrative, con la conseguenza che, rispetto al contenuto della norma integrata è possibile il sindacato di legittimità da parte della Corte Costituzionale.

In altre parole, la riserva sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost., nell'evidenziare una esigenza di certezza, per il cittadino, di rinvenire, nella legge, l'indicazione dei comportamenti da cui possano derivare conseguenze penali, non esclude una spartizione tra legge e regolamento, che affidi a quest'ultimo un compito sostanzialmente *specificativo*. Ai regolamenti, quindi, verrebbe rimesso il compito di completare i requisiti della fattispecie di reato, nell'ipotesi in cui si tratti di elementi destinati a mutare nel corso del tempo in relazione a circostanze indicate nella legge stessa ⁽¹⁰²⁾.

Si tratta della teoria della "**sufficiente specificazione legale del precetto**", accolta con favore anche dalla Corte Costituzionale la quale, a più riprese, ha sottolineato: *"la formazione sulle pene deve considerarsi propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi, neppure per aspetti marginali; il precetto, invece, può essere contenuto in una norma emanata da un'autorità amministrativa, o comunque contenuto in un atto non proveniente dal potere legislativo dello Stato. In tal caso, però, occorre – perché il principio di legalità sia soddisfatto – che sia sempre una legge dello Stato ad indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena"* ⁽¹⁰³⁾.

Si è, dunque, passati dall'affermazione secondo la quale il precetto penale riceve interamente la sua enunciazione con la

¹⁰² Così D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, p. 101.

¹⁰³ Corte Cost., 23 marzo 1966, n. 26, in *Giust. cost.*, 1966, p. 255; in senso analogo Corte Cost., 25 marzo 1971, n. 69, in *Giust. pen.*, 1971, I, p. 307.

generale imposizione del divieto, tipico del criterio della presupposizione, al criterio secondo il quale deve essere la legge statale ad indicare con sufficiente determinatezza i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti del provvedimento dell'autorità amministrativa, la cui trasgressione comporta l'irrogazione di una pena, di cui al principio di sufficiente specificazione.

Tale ultimo criterio solleva qualche perplessità in relazione al meccanismo di controllo giurisdizionale, che impone al giudice di verificare se il provvedimento amministrativo richiamato dalla norma penale sia regolato da una legge dello Stato con sufficiente specificazione. In tal modo, utilizzando le parole della dottrina *"si allontana l'attenzione ai profili di costituzionalità coinvolti nella problematica in esame, per incentrarla sull'eventuale illegittimità dell'attività amministrativa, valorizzando oltremodo quello che dovrebbe considerarsi come un antecedente logico rispetto al giudizio di compatibilità della fattispecie penale con il principio della riserva di legge"* (104).

Tornando alla problematica del rinvio normativo, un discorso a parte deve essere effettuato in merito alla tutela penale dell'inosservanza degli "ordini amministrativi", sulla quale avremo modo di tornare in maniera più approfondita nel prosieguo della trattazione. Com'è risaputo, l'ordine amministrativo, a differenza del regolamento amministrativo, è sprovvisto di valore di fonte del diritto, anche nell'ambito del ramo dell'ordinamento cui inerisce.

La valutazione di compatibilità delle norme penali integrate da ordini amministrativi con il principio di riserva di legge, deve essere ancorata alla necessità di intervenire in settori complessi (basti pensare a quelli economici, ambientali, di sicurezza del lavoro) mediante dei precetti c.d. "individualizzati", ovvero formulati in ragione delle diverse peculiarità insite in ogni situazione specifica.

¹⁰⁴ G. VICICONTE, *Op. cit.*, Padova, 1994, p. 71.

E' la c.d. tecnica *ingiunzionale*, che permette di concretizzare il precetto penale mediante un provvedimento emanato da organi diversi da quello legislativo ⁽¹⁰⁵⁾, muovendo dalla inadeguatezza del criterio della "sufficiente specificazione" alla regolamentazione della fattispecie in settori, come quello economico, che seguono un andamento non perfettamente gestibile dal legislatore penale, a causa della complessità e delle variabili da cui dipende la valutazione dei comportamenti ⁽¹⁰⁶⁾.

La concretizzazione del modello di intervento ingiunzionale si è avuta, nel nostro Paese, con l'art. 28 della legge n. 300/1970, diretto alla "repressione della condotta antisindacale": trattasi di una tecnica di tipizzazione c.d. "preventiva", che consente, da un lato, di accentrare le valutazioni di ordine tecnico all'interno di sedi qualificate e, dall'altro, di assicurare al comando una forza persuasiva molto più elevata rispetto a quella posseduta dalla legge ordinaria, stante la specificità del contenuto e la determinatezza del soggetto destinatario.

La tecnica incriminatrice in questione non si pone in contrasto con il principio di determinatezza, essendo necessariamente limitata a singole e determinate fattispecie. In altre parole, *"la norma penale fornisce particolare protezione a precetti che nella loro genericità sono comunque disciplinati dalla legge, tanto che il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice non deve essere considerato quello della generica osservanza dei provvedimenti emanati da quella autorità, bensì l'interesse primario tutelato dalla legge che legittima l'emanazione dell'ordine che sarà penalmente tutelato"* ⁽¹⁰⁷⁾.

¹⁰⁵ F.C. PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 515.

¹⁰⁶ D. NOTARO, *Op. cit.*, Torino, 2010, p. 127.

¹⁰⁷ G. VICICONTE, *Op. cit.*, Padova, 1994, p. 81. In definitiva, si assiste ad un rovesciamento della regola, nel senso che, come evidenziato anche dalla giurisprudenza Costituzionale, dalla necessità che vi sia una norma primaria che determini con sufficiente precisione l'ambito di applicazione del

Contrariamente a quanto affermato dalla dottrina meno recente ⁽¹⁰⁸⁾, non si può parlare di norma penale in bianco nel caso di norma del tutto priva di precetto, quindi meramente sanzionatoria, in quanto sarebbe preferibile, in tali casi, parlare di norma *imperfetta* ⁽¹⁰⁹⁾; non è necessario che sanzione e precetto si trovino all'interno della stessa disposizione di legge, potendo, il precetto, trovarsi all'interno di una norma e la sanzione all'interno di un'altra.

Quando questo accade, così come quando le disposizioni penali contengono un semplice frammento di norma, che è compito dell'interprete ricostruire nella sua integrità, certa corrente di pensiero parla di *norme incomplete*. Nel tentativo di una ri-definizione del termine "norma penale in bianco", tale dottrina, infatti, ritiene che le norme penali in bianco siano sinonimo di norme penali incomplete, che nascono bisognose di essere integrate da altre norme ⁽¹¹⁰⁾.

Anche la Corte Costituzionale ha considerato norme penali in bianco quelle che contengono un precetto non completo ed

provvedimento tutelato, si giunge alla necessità che la norma incriminatrice dell'inosservanza dell'ordine escluda dal proprio ambito di applicazione la tutela di ordini non sufficientemente specificati dalla norma primaria.

¹⁰⁸ A favore della tesi che individuava le norme penali in bianco come norme imperfette citiamo G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, Roma, 1910, p. 228; R. PANNAIN, *Op. cit.*, Torino, 1967, p. 99.

¹⁰⁹ F. ANTOLISEI, *Op. cit.*, Milano, 2003, p. 56. L'Autore distingue le norme penali in bianco dalle norme imperfette accomunando queste ultime alle norme incomplete le quali, a ben vedere, necessitano di essere tenute distinte, a nostro modo di vedere, da quelle imperfette. Secondo parte della dottrina non esisterebbero norme giuridiche imperfette o incomplete, perché se manca uno dei due elementi essenziali della norma giuridica, questa non si può dire incompleta o imperfetta, ma inesistente. Così R. PANNAIN, *Op. cit.*, I, Torino, 1967, p. 99.

¹¹⁰ Così G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 71. In senso analogo M. ROMANO, *Op. cit.*, I, Milano, 1995, p. 37.

individuato attraverso il rinvio ad un'altra norma in funzione di integrazione e di riempimento ⁽¹¹¹⁾.

Che le norme penali in bianco siano da considerare come incomplete non è, però, pacifico in dottrina. Secondo una diversa ed autorevole impostazione, infatti, le norme penali incomplete si differenzierebbero dalle norme penali in bianco, nelle quali, mentre la sanzione è determinata, il precetto ha un carattere generico, necessitando di essere completato con un elemento "futuro" ⁽¹¹²⁾, mentre un diverso orientamento definisce le norme penali in bianco come quelle regole che, per quanto riguarda il contenuto del comando ed il precetto, fanno riferimento in tutto e per tutto ad una regola diversa da quella nella quale è contenuta la sanzione ⁽¹¹³⁾, attraverso il meccanismo del "rinvio" a ciò che "già fa parte dell'ordinamento giuridico".

¹¹¹ Corte Cost., 19 giugno 2000, n. 213, in *Legisl. pen.*, 2000, p. 942; Corte Cost., 27 aprile 1988, n. 475, in *Riv. it. medicina legale*, 1990, p. 243, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, sollevata in riferimento agli artt. 3, 25, 70 e 101 Cost., in quanto il precetto penale appare comunque delineato in maniera compiuta da parte della norma censurata pur in assenza della specificazione esatta, attraverso apposite tabelle dei valori limiti di tollerabilità del rumore. Né per i soggetti destinatari del precetto, né per il giudice può risultare, infatti, di ostacolo il far ricorso alla consultazione della scienza al fine di correttamente orientare il proprio comportamento o giudizio.

¹¹² Per tutti A. FROSALI, voce *Legge penale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 666. Tale dottrina parla di norme penali in bianco non solo nel caso in cui esista la sanzione in vista di un comando futuro, ma anche nell'ipotesi di disposizioni in cui esista un "precetto primario che attende alcuna sua sanzione", ovvero nel caso, prima evidenziato, di "norma imperfetta". Sempre secondo tale impostazione, la qualifica di norma in bianco può giovare per indicare una attesa dell'altro elemento costitutivo della norma; ma quando questo elemento sopraggiunge si tornerebbe al concetto di norme "incomplete" o "frammenti di norme", che, esistendo, idealmente si ricongiungono in unità.

¹¹³ M. GALLO, *Op. cit.*, I, Torino, 1999, p. 58.

Riteniamo importante precisare un concetto estremamente rilevante ai fini della comprensione della fattispecie delle norme penali in bianco: nelle norme penali in bianco non manca il precetto, come si potrebbe essere portati a ritenere: il precetto esiste, ma si presenta in una forma *sui generis*, difettando di concretezza e di attualità ⁽¹¹⁴⁾.

Piuttosto, ciò che risulta ancora controverso è se si possa parlare di norma penale in bianco solo nel caso in cui la legge penale richiami, ad integrazione del precetto, una norma di fonte sublegislativa, quando richiami un provvedimento individuale e concreto del potere esecutivo o solo quando richiami una fonte sublegislativa di emanazione futura.

Riteniamo che, in linea di principio, una norma penale in bianco possa essere integrata da norme tanto preesistenti quanto future, ovvero non ancora emanate nel momento in cui entra in vigore la norma penale in bianco, potendo trattarsi di norme di fonte legale o di fonte sublegislativa o sovranazionale.

Come confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità *"costituiscono norme penali in bianco quelle che, contenendo già un precetto e una sanzione (determinata almeno nei limiti massimi), rinviano per la specificazione o integrazione del contenuto del precetto"*

¹¹⁴ La norma incriminatrice, come accennato all'inizio del presente capitolo, è una preposizione categorica che deve necessariamente essere composta da due termini, il primo dei quali (il precetto) serve ad individuare la classe di coloro che violano un determinato comando, ed il secondo (la sanzione) ad individuare la classe di coloro a cui si applica una certa pena. G. CERQUETTI, *Op. cit.*, Napoli, 1973, p. 52. Una norma penale senza almeno un nucleo precettivo sembra essere inconcepibile dal punto di vista logico; Autori come A. Rocco, cadono in una palese contraddizione nel momento in cui, pur sostenendo l'inesistenza di un comando o divieto attuale delle norme penali in bianco, ammettono, altresì, che in esse ciò che si vieta e si punisce sia "la disobbedienza in quanto tale".

ad un atto normativo di grado inferiore o ad un provvedimento della pubblica amministrazione o ad una legge extrapenale" (115).

Appare evidente che le norme penali in bianco, nelle quali il precetto risulti essere incompleto, mettono in discussione anche il principio costituzionale di determinatezza, a prescindere dal rango della fonte incriminatrice, posto che il rinvio della norma contenente la sanzione penale ad un'altra legge rende inevitabilmente meno agevole l'individuazione del precetto penale.

La possibilità di conciliare la norma penale in bianco con il principio di riserva di legge, quindi, appare piuttosto problematica, come confermato dalle diverse teorie che si sono succedute nel tempo, tutte essenzialmente oscillanti tra quelle che ravvisano nelle norme penali in bianco fattispecie senza precetto o fattispecie dal precetto completo.

All'interno delle prime è da ricondurre l'antica teoria della **concezione sanzionatoria del diritto penale**, secondo la quale quest'ultimo conterrebbe solo le sanzioni di precetti contenuti in altri rami del diritto (116). Posto che la legge penale deve solo disporre la sanzione penale per un illecito previsto da un'altra parte dell'ordinamento, non vi sarebbe nulla di anormale nel fatto che la stessa legge si limiti a richiamare direttamente la fonte del precetto, anziché ripetere il precetto extrapenale formulato altrove. Nel sostenere il carattere meramente

¹¹⁵ Cass. pen., Sez. Un., 30 giugno 1984, n. 6176, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2374.

¹¹⁶ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübinghen, Mohr, 1906, p. 31. L'eventualità che la definizione dei presupposti dello strumento penale fosse rimessa ad una valutazione di organi di esecuzione trovava lineare applicazione sotto il vigore dello Statuto Albertino, laddove, non esistendo un principio sovraordinato di riserva di legge, imperava la concezione in commento. La fattispecie incriminatrice avrebbe potuto limitarsi a predisporre la sanzione a precetti provenienti da altri rami del diritto. Così D. NOTARO, *Op. cit.*, Torino, 2010, p. 93.

sanzionatorio del diritto penale, si utilizzò la locuzione di “legge penale in bianco” per far riferimento ai casi di leggi richiamanti atti non aventi valore di legge statale. La legge penale in bianco, in altre parole, veniva considerata come una legge sanzionatoria priva di precetto, da emanarsi a mezzo di un regolamento amministrativo o di un ordine dell’autorità amministrativa (si parlava anche di *norma penale totalmente in bianco*) ⁽¹¹⁷⁾.

L’impostazione è stata abbandonata, nel momento in cui si è avvertito che sia la sanzione, quanto il precetto, sono parti essenziali della norma penale, con conseguente violazione del principio della riserva di legge nel momento in cui il precetto sia posto in essere da una disposizione non avente forza di legge ⁽¹¹⁸⁾.

Autorevole dottrina, in una sorta di lenta evoluzione della teoria testé accennata, ha elaborato la tesi del **carattere**

¹¹⁷ Si veda C. PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del “tipo”*, in E. DOLCINI - T. PADOVANI - F. PALAZZO, *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle regioni*, Milano, 1994, p. 145 e s. Si definisce, al contrario, “norma penale parzialmente in bianco” quella contenuta in una legge nella quale solo una parte del precetto è descritta da una norma diversa da quella che prevede la sanzione.

¹¹⁸ A. PAGLIARO, *Op. cit.*, Milano, 2003, p. 58. Anche nelle norme penali in bianco il precetto è posto dalla legge; l’interesse tutelato non è quello medesimo che viene protetto in concreto dal regolamento, dall’ordine dell’autorità, ecc., ma è un interesse ben distinto dal primo, a che tali prescrizioni in genere siano osservate.

Premesso che la norma incriminatrice è costituita da una proposizione “categorica”, questa deve sempre essere composta da due termini, il primo dei quali serve ad individuare coloro che violino un certo imperativo (c.d. precetto primario) ed il secondo destinato ad individuare i soggetti destinatari della sanzione (c.d. precetto secondario). Dal momento che nella norma penale in bianco può rinvenirsi uno specifico oggetto di tutela, non può dirsi che in essa la sanzione penale preceda cronologicamente il precetto: occorre ammettere che almeno un nucleo precettivo fondamentale, quello che prevede l’obbedienza come tale, come oggetto della tutela giuridico-penale, esista in ogni caso.

ulteriormente sanzionatorio del diritto penale, la cui funzione sarebbe proprio quella di rafforzare, attraverso la sanzione penale, i precetti o le sanzioni contenute all'interno di altri rami del diritto. Una volta intervenuta la tutela penale, la nuova legge si integra nel sistema giuridico, fornendo protezione al bene tutelato dalla norma penale anche da parte di norme giuridiche non penali preesistenti, nei confronti delle quali sussisterebbe il carattere ulteriormente sanzionatorio della norma penale ⁽¹¹⁹⁾.

La tesi ora esposta, per quanto importantissima per aver posto l'accento sulla connessione intercorrente tra norme penali ed extrapenali e le loro sanzioni, nella concezione unitaria dell'ordinamento giuridico, è oggetto di critica laddove stabilisce una funzione meramente complementare del diritto penale, sulla base di una priorità logico-sistemica delle norme extrapenali rispetto a quelle penali.

La dottrina più recente ritiene che il precetto sia "in bianco" solo quando i profili significativi del suo nucleo sono integrati da norme giuridiche *future* rispetto a quella che introduce il precetto generico e la sanzione, siano esse primarie o secondarie ⁽¹²⁰⁾. Il richiamo ad una legge attuale, infatti, non rientrerebbe nella problematica in questione posto che la legge che richiama un'altra legge vigente non può dirsi in bianco, in quanto sempre completa. Per utilizzare le parole dei commentatori: " *la locuzione*

¹¹⁹ Affinché si possa dire che una norma penale abbia carattere ulteriormente sanzionatorio rispetto ad una norma extrapenale occorre che tutti i fatti che costituiscono illecito penale costituiscano anche illecito extrapenale, il che può avvenire o nel caso in cui ogni fatto che rientra nella previsione astratta dell'illecito penale rientra in quella dell'illecito extrapenale e viceversa, o nell'ipotesi di subordinazione del primo illecito rispetto al secondo, laddove ogni fatto che rientra nella previsione astratta dell'illecito penale rientra anche in quella dell'illecito extrapenale, senza che valga il contrario. Per approfondimenti sull'argomento si veda F. GRISPIGNI, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1920, p. 225.

¹²⁰ M. DONINI, *Teoria del reato, una introduzione*, Padova, 1996, p. 225.

in bianco vorrebbe infatti indicare un quid di vuoto che non può riscontrarsi qualora, attraverso l'istituto del richiamo ricettizio, si faccia luogo all'integrazione della norma penale madre" (121).

Le norme penali in bianco sarebbero, quindi, quelle contenenti una pena determinata il cui precetto generico dovrebbe essere completato da elementi futuri i quali, andando a riempire la parte in bianco della norma penale, diverrebbero parte costitutiva della stessa. L'elemento in questione, divenendo parte costitutiva della norma penale, secondo alcuni Autori, potrebbe consistere solo in un atto generale ed astratto (122) mentre, secondo altro orientamento, possono costituire elemento futuro integrante il precetto penale anche ordini o provvedimenti particolari.

In particolare, il problema costituzionale delle norme penali in bianco si pone soprattutto con riferimento alle fonti secondarie aventi portata astratta e generale, ovvero le "norme regolamento" che debbono essere espressione di scelte politiche parlamentari nel momento in cui attraggono in sé il nucleo significativo del precetto penale, posto che, in questo caso, appare difficoltoso comprendere come si possa dire rispettato il principio che sia il Parlamento e non l'esecutivo a definire il contenuto astratto e generale del penalmente rilevante.

Sul punto merita di essere evidenziato anche un altro orientamento dottrinale (c.d. **concezione costitutiva o autonomistica del diritto penale**), secondo il quale il diritto penale ha un carattere primario ed autonomo, posto che esistono fatti che sono vietati solo dal diritto penale e perché esistono

¹²¹ G. CERQUETTI, *Op. cit.*, Napoli, 1973, p. 49.

¹²² G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 77. Ogni norma che abbia i caratteri della generalità e dell'astrattezza, secondo l'Autore, può, in via di principio, qualunque ne sia la fonte, funzionare da norma di riempimento di una norma penale in bianco.

valori fondamentali dell'individuo che attingono proprio dal diritto penale lo statuto di beni giuridici.

Tale impostazione tende, quindi, a negare la possibilità di esistenza delle norme penali in bianco, in considerazione del fatto che il precetto penale deve essere posto solo ed esclusivamente con legge dello Stato, non potendo contribuire a determinarlo atti amministrativi o altri atti giuridici privati ⁽¹²³⁾.

Secondo tale teoria, l'autonomia del precetto penale vieta o comanda i comportamenti penalmente rilevanti, essendo del tutto indifferente che tali azioni siano contrarie, o meno, ad altri comandi o divieti del diritto privato o di quello pubblico ⁽¹²⁴⁾.

E' la c.d. teoria della **disubbidienza in quanto tale**, la quale postula che la norma che non chiamiamo "in bianco" in realtà contenga una regola di condotta già esaustiva, corrispondente al precetto "rispetta il provvedimento"; rispetto ad essa, il provvedimento sarebbe un mero "presupposto" della condotta ⁽¹²⁵⁾.

Si ritiene questo approccio imposto dal principio di riserva di legge, nel senso che tale principio imporrebbe di considerare

¹²³ Secondo tali Autori le norme penali che abbiano delle parti "in bianco" non potrebbero esistere; una norma penale o esiste, ed è completa di precetto, oppure non esiste. Così B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, Milano, 1960, p. 397; A. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge, Regolamento, Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 798; A. VASSALLI, voce *Nullun crimen sine lege*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 505.

¹²⁴ Per ulteriori approfondimenti si rimanda ad A. ROCCO, *Sul c.d. carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, IV, p. 53.

¹²⁵ Tesi propugnata da A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, p. 505. Secondo l'Autore, "La conseguenza giuridica penale non è ricollegabile ad un'azione od omissione determinata, violatrice di un comando o divieto determinato, ma al fatto stesso della disobbedienza di un comando o divieto attualmente esistente o da emettersi in futuro, qualunque sia per esserne il contenuto".

solo la “legge” (penale) come base per la ricostruzione della condotta.

La teoria opera una “formalistica” inversione dei termini del problema: invece di chiedersi quali fonti contribuiscano a definire la “regola di condotta”, per poi valutare se esse rispettino il principio di riserva di legge, decide che è “regola di condotta” solo quella stabilita dalla legge, mentre tutte le altre fonti degradano *ipso facto* a elementi del fatto tipico.

Ragionando in tal senso, la violazione del principio di riserva di legge non sussiste mai, ma è altresì vero che, in questo modo, si pone un problema di legalità sotto il profilo della determinatezza, in quanto la “regola di condotta” privata, a priori, dell’apporto che le fornirebbero le fonti subordinate richiamate – in modo da risultare una regola di mera e indefinita “disubbidienza” – si fa del tutto indeterminata.

La Corte Costituzionale, sul punto, sembra prendere una diversa posizione sulla completezza del precetto indicato dalla norma penale, a volte riconoscendola esplicitamente, a volte dando per scontato che il precetto sia indicato interamente dalla legge, situazione, quest’ultima, che si ritrova nella sentenza n. 113/1972, laddove viene affermato che *“gli atti e i provvedimenti amministrativi [...], connessi a precetti penali posti a garanzia della loro osservanza, sono da ritenere legittime manifestazioni dell’attività normativa dell’amministrazione: per cui il precetto penale risulta costituito dalla generica imposizione di obbedienza a quegli atti e provvedimenti”* ⁽¹²⁶⁾.

I giudici delle leggi, senza prendere posizione sul controverso problema se, inosservato che sia l’atto o provvedimento dell’autorità amministrativa, cui sia collegata la sanzione penale comminata da una norma, il precetto penalmente sanzionato vada identificato in questa norma o in quell’atto o provvedimento, affermano, rifacendosi ad un

¹²⁶ Corte Cost., 27 giugno 1972, n. 133, in www.giurcost.org.

orientamento già citato in precedenza, come non sia violato il principio della determinatezza in materia penale quando sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato - non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge - a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena.

Dalle considerazioni sino a qui svolte è da rilevare come il problema della individuazione dei limiti dell'integrazione della norma penale, da parte di fonti secondarie, sia una problematica non solo ancora oggi molto dibattuta, ma che non è passibile di una soluzione univoca e definitiva.

Tentando di schematizzare, il tema della compatibilità di tali particolari fattispecie con il principio della riserva di legge e, di conseguenza, con quello della determinatezza, assume colorazioni differenti a seconda che si faccia riferimento ad un rapporto di integrazione con fonti primarie e con fonti secondarie e, in quest'ultimo caso, con regolamenti amministrativi, ordini amministrativi e atti emanati dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio del proprio potere discrezionale ⁽¹²⁷⁾.

Con riferimento specifico alle norme penali che risultano integrate da fonti secondarie in chiave esclusivamente tecnica è da sottolineare la loro maggiore compatibilità con i principi sopra accennati, posto che, in tal caso, la norma penale contiene integralmente la prescrizione limitandosi, l'atto amministrativo,

¹²⁷ Se la regola rinvia è secondaria, il rinvio non può che essere *meramente recettizio*. M. GALLO, *Op. cit.*, Torino, 1999, p. 63. Il potere legislativo deve avere la possibilità di vagliare, controllare, modificare le regole con riferimento alle quali si compie il rinvio. Ciò può avvenire, secondo l'Autore, solo in relazione al contenuto della regola in vigore nel momento in cui è enunciata la regola primaria che ad essa rinvia.

a specificare, sotto il profilo tecnico, i fatti che ricadono nell'ambito di applicazione della prescrizione stessa.

Nel caso in cui la regola primaria rinvii ad un'altra regola primaria, come nel caso in cui la norma penale si limiti a sanzionare la mancata osservanza di una regola primaria di diritto civile o amministrativo, inoltre, se la regola richiamata non è più in vigore, viene meno la possibilità di controllo, da parte del potere legislativo, sull'effettiva struttura della disposizione penale, mentre nessuna particolare problematica si pone nel caso in cui il rinvio sia operato con riferimento a regole primarie già entrate in vigore.

3. La "scoperta" degli elementi normativi e la loro evoluzione nel pensiero della dottrina.

Abbiamo già avuto modo di accennare alla categoria degli elementi normativi, i quali fanno il loro ingresso nel dibattito giuridico, all'interno del rapporto tra tipicità e antigiuridicità, come elementi che si distinguono per la loro connotazione "valutativa", in contrapposizione ad altri elementi aventi carattere meramente descrittivo e privo di giudizi di valore (*wertfrei*)⁽¹²⁸⁾.

¹²⁸ La scoperta della categoria dell'elemento normativo è tradizionalmente riconosciuta a M.E. Mayer, sullo sviluppo del pensiero belinghiano, rispetto al quale l'Autore ritiene che l'elemento normativo debba essere inteso in senso puramente oggettivo anche se costituito da elementi valutativi. Come il predecessore, anche Mayer intende il fatto come elemento costitutivo autonomo del reato che precede l'antigiuridicità; senonché, quando nella fattispecie legale sono presenti elementi normativi, il fatto non ha più un carattere meramente descrittivo e verrebbe meno la distinzione tra "fatto tipico" ed "antigiuridicità". Di conseguenza, all'interno della fattispecie delittuosa esisterebbero concetti che non avrebbero una funzione solo indiziante dell'antigiuridicità, ma che la fonderebbero, figurando come una

La contrapposizione tra elementi normativi ed elementi descrittivi non è sempre stata pacificamente accolta dalla dottrina: parte della manualistica, infatti, nel tentativo di realizzare un'unione tra i due concetti, è giunta all'elaborazione di due differenti teorie l'una, diretta ad affermare la natura normativa di tutti gli elementi della fattispecie, l'altra, tendente ad evidenziare il carattere descrittivo di tutti gli elementi chiamati a far parte del fatto di reato.

Tra i principali sostenitori della prima tesi ora accennata, E. Wolf, ha radicalmente escluso la possibilità di classificazione degli elementi di fattispecie in fattuali e normativi. Secondo l'Autore, tutti gli elementi della fattispecie sono normativi, tutte le fattispecie sono concettualmente di specie normativa ⁽¹²⁹⁾, anche se viene negato che tutti gli elementi del fatto di reato risultino "imbevuti di valore" nella medesima misura, dovendo il giudice verificare se i valori richiamati dalle norme abbiano una precedente configurazione normativa, oppure se si tratti di formule vuote destinate ad essere determinate mediante una sua valutazione soggettiva.

Il termine "normativo", viene utilizzato secondo tre differenti accezioni: a) in primo luogo sarebbe possibile individuare un carattere genericamente normativo, determinato dalla trasfigurazione dei dati naturalistici nella dimensione giuridica; b) secondariamente si possono distinguere gli elementi normativi in senso stretto, corrispondenti ad elementi normativi giuridici o etico-sociali; c) infine, esisterebbero gli elementi normativi in senso lato, che necessitano di essere riempiti di

ratio essendi della illiceità del fatto. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a: M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1923, p. 182 e ss.

¹²⁹ Per gli opportuni approfondimenti dell'opera dell'autore si rimanda a E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau, 1931, p. 56.

valore giuridico attraverso l'opera interpretativa e discrezionale del giudice.

Altro orientamento, che vede in H. Welzel il principale fautore, nega la distinzione tra "descrittivo" e "normativo", in quanto tutti gli elementi del fatto avrebbero valore ontologico. L'unica differenza possibile tra i due elementi attiene alle differenti modalità precettive del concetto: mentre gli elementi descrittivi sono percepibili mediante i sensi, gli elementi normativi sarebbero suscettibili di comprensione spirituale⁽¹³⁰⁾.

Anche la teoria in esame è stata oggetto di critica in quanto esisterebbero elementi valutativi, come, ad esempio, il concetto di "oscenità", di natura normativa, non suscettibile di essere ricompreso nella categoria della sussunzione meramente intellettuale⁽¹³¹⁾.

Grazie ai contributi offerti da studiosi come E. Mezger⁽¹³²⁾ e K. Engisch⁽¹³³⁾, gli elementi normativi, contrapposti a quelli descrittivi, vengono finalmente presi in considerazione ed oggetto di più approfondito studio. Emergono, così, nuove problematiche legate, in particolar modo, per quanto a noi interessa, alla compatibilità tra questi ed il principio di

¹³⁰ Si rimanda a H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim, Berlin, Mainz, 1935, p. 53 e ss.

¹³¹ Critica mossa da K. H. KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, p. 1958. Secondo l'Autore, oggetto delle fattispecie normative sono i dati della realtà dotati di una seconda dimensione umana che può essere definita come "spirituale", ma solo con alcune precisazioni; la fattispecie penale sarebbe composta da un numero limitato di elementi unidimensionali, dai puri elementi di valore, da elementi di significato, da elementi di valutazione.

¹³² Per gli opportuni approfondimenti si rimanda a E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für Ludwig Traeger*, Berlin, p. 1926.

¹³³ K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, Berlin und München, 1954, p. 138; Id., *Introduzione al pensiero giuridico*, (a cura di) A. BARATTA, Milano, 1970, p. 168 e s.

determinatezza. L'impiego dell'elemento normativo nella configurazione della fattispecie legale, infatti, come sostenuto già dalla dottrina meno recente ⁽¹³⁴⁾, comporta un allargamento dei poteri discrezionali del giudice, ponendo sul tappeto non solo un problema di tecnica legislativa, ma anche di carattere politico.

L'elemento normativo viene inteso come quell'elemento del fatto che non si riferisce immediatamente ad oggetti del mondo reale, ma a strutture di pensiero del positivo ordine normativo, come l'"altruità" delle cose sottratte o la "legittimità dell'esercizio di un pubblico ufficio". Il giudice, in relazione a tali elementi, deve ricercare il "giudizio di valore" richiesto, dal diritto penale, da altri rami dell'ordinamento giuridico ⁽¹³⁵⁾.

In altre parole, l'elemento normativo non si riferisce semplicemente ad un determinato stato di fatto, ma richiede al giudice un giudizio di valore, strumento mediante il quale riempire lo spazio lasciato in "bianco" ⁽¹³⁶⁾.

Gli elementi normativi implicano sempre la mediazione interpretativa del giudice: mentre, per gli elementi descrittivi, il

¹³⁴ G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, p. 523. Merita di essere segnalato il pensiero dell'Autore: "in una legislazione penale liberale assume particolare accentuazione il criterio della giustizia formale con la relativa preponderanza di elementi naturalistici nelle fattispecie delittuose, affinché i poteri discrezionali del magistrato siano ridotti ai minimi termini, mentre in una legislazione penale autoritaria riceve particolare accentuazione il criterio della giustizia sostanziale, vale a dire l'esigenza che la pronuncia del giudice si adegui quanto più possibile alle caratteristiche del caso concreto, ciò che naturalmente porta alla creazione di fattispecie delittuose impregnate di elementi normativi".

¹³⁵ M. GRUNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1926, p. 4.

¹³⁶ E. MEZGER, *Op. cit.*, Berlin, 1926, p. 225. Quando sono presenti nella fattispecie legale elementi normativi, e non meramente descrittivi, l'attività del giudice non è basata unicamente all'accertamento empirico, ma implica necessariamente il riferimento a valori o norme, se non addirittura ad una valutazione soggettiva da parte del giudice stesso.

giudice dovrebbe limitarsi a compiere una mera operazione ricognitiva, avente ad oggetto un dato della realtà naturalistica, gli elementi normativi fanno sì che il giudice debba anche esprimere una valutazione per accertare quella particolare nota di qualificazione di cui il fatto è investito ⁽¹³⁷⁾.

Di particolare importanza risultano le teorie tendenti a distinguere gli elementi normativi dai **concetti normativi**. Sebbene, secondo certa opinione, "elementi" e "concetti" normativi sono espressioni di significato equivalente, per altri Autori si tratterebbe di entità da tenere nettamente separate.

L'elemento normativo si differenzia dal concetto normativo in quanto, nel primo, la normatività è una nota strutturale, mentre nel secondo è carattere di un'operazione intellettiva che rappresenta dati omogenei o unifica dati eterogenei ⁽¹³⁸⁾.

¹³⁷ G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, I, *Lineamenti generali*, Napoli, 1965, p. 122. La particolarità che, in questi casi, si verifica, è che quando impiega elementi normativi, la fattispecie penale, anziché denotare una classe di fatti attraverso la enumerazione di note caratteristiche rilevabili con i sensi o attraverso il riferimento a modi di pensare o di esprimersi propri dell'ambiente sociale, ma avalutativi, la denota attraverso l'applicabilità, a tale classe di fatti, di una qualifica normativa. Così A. PAGLIARO, *Op. cit.*, Milano, 2003, p. 55.

Secondo altra dottrina "Sono elementi normativi della fattispecie penale quei concetti i quali esprimono una qualifica normativa *Q*, connessa con la conseguenza posta da una norma extrapenale (c.d. integratrice) ed in tal modo richiedono per l'applicazione di tale qualifica (e quindi della fattispecie penale che la contiene) ai dati materiali della esperienza, di rifarsi alla fattispecie di dette norme integratrici". D. PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 236.

¹³⁸ L'elemento normativo si differenzerebbe, altresì, dal concetto funzionalmente normativo "puro" o "misto" a dati naturalistici (come i concetti di "azione", di "omissione" o di "colpa"), a causa del suo parametro di determinazione. Di conseguenza "elemento" normativo è quello che possiede una struttura normativa, mentre "concetto" normativo è quello che ha una funzione normativa. L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 71.

Degna di importanza, comunque, è l'interferenza tra le due terminologie: basti pensare alla problematica del reato colposo, che avremo modo di approfondire nel corso della trattazione, laddove la regola precauzionale violata determina un fenomeno di eterointegrazione dell'elemento normativo "colpa".

Sempre nell'ambito di un tentativo di classificazione degli elementi normativi, possiamo distinguere gli elementi normativi *positivi* e *negativi*, a seconda che siano orientati verso la qualifica di punibilità o di non punibilità ⁽¹³⁹⁾, e tra elementi normativi *astratti* ed elementi normativi *concreti*.

Mentre gli elementi normativi concreti sarebbero quelli che necessitano di essere determinati in rapporto con un accadimento concreto (si pensi alla regola precauzionale violata nel reato colposo), gli elementi normativi astratti, presenti all'interno del solo reato doloso, contribuirebbero, assieme agli altri elementi descrittivi, a delineare il comportamento incriminato ⁽¹⁴⁰⁾.

¹³⁹ G. RUGGIERO, *Op. cit.*, Napoli, 1965, p. 252. L'Autore ritiene più opportuno distinguere tra elementi normativi di fattispecie punibili ed elementi normativi di fattispecie non punibili, anche se la precisazione non contribuisce a definire il senso compiuto dell'utilità della classificazione.

¹⁴⁰ A ben vedere, la distinzione tra elementi normativi astratti e concreti altro non è che il discrimen tra reato doloso e colposo. Distinzione che vede quale maggiore esponente A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 274. Secondo l'Autore, i reati dolosi si differenziano da quelli colposi solo sulla base della rispettiva struttura: mentre la fattispecie dolosa delinea il comportamento incriminato attraverso elementi descrittivi o normativi astratti, quella colposa lo configura giovandosi di elementi normativi concreti. Di conseguenza, secondo tale ragionamento, si tratterà di illecito doloso fino a che la fattispecie penale non si giovi di elementi di valutazione desunti da fonti diverse da se medesima mentre, nel caso in cui vi sia un rinvio ad un'altra fonte di valutazione, sarà necessario distinguere tra il rinvio ad una valutazione astratta (reato doloso), che esprima in sé tutto il suo contenuto, ed il rinvio ad una valutazione concreta (reato colposo), caratterizzata dal fatto che "nel possibile contenuto della pura valutazione, viene isolato un accadimento determinato in individuo, in relazione al quale soltanto si

Gli elementi normativi si presentano, secondo altra corrente di pensiero, come una particolare classe di concetti indeterminati, bisognosi di una valutazione necessaria per la loro applicazione al caso concreto, valutazione che può essere intesa o come soggettiva e personale del soggetto che è chiamato ad applicare il diritto, oppure come precedente valutazione altrui, recante, comunque, una "caratteristica di indeterminatezza". Sempre secondo tale impostazione, però, non tutti gli elementi normativi esprimono concetti indeterminati essendo, la determinatezza, dipendente dalla possibilità di circoscrivere, in maniera precisa, i *presupposti per la loro applicazione* ⁽¹⁴¹⁾.

Non solo: la problematica del rapporto tra elemento normativo e determinatezza del parametro di volta in volta richiamato dal Legislatore, mediante la tecnica di normazione sintetica, non deve indurre a ritenere che l'ampiezza del parametro significhi, di per sé, indeterminatezza dello stesso. Piuttosto, come altrove sottolineato (si veda Cap. I, § 4), mentre non si pongono particolari problematiche in ordine agli elementi normativi giuridici, laddove il rinvio attiene ad un dato oggettivo ed univoco, gli elementi normativi non giuridici sono assimilabili agli elementi elastici, per la natura variabile del parametro valutativo ⁽¹⁴²⁾.

considerano adempiuti i presupposti che consentono di delineare il substrato reale dell'elemento normativo".

¹⁴¹ K. ENGISCH, *Op. cit.*, Berlin, 1954, p. 147. I concetti che si riferiscono a valori sono sempre, secondo l'Autore, concetti normativi, della cui categoria fanno parte sia concetti giuridici che extragiuridici, sebbene, di solito, i problemi di indeterminatezza riguardino essenzialmente questi ultimi. Gli elementi normativi, quindi, si riferiscono a dati che possono essere pensati e rappresentati solo sotto il presupposto logico di una norma. Tanto più è determinato il presupposto di applicazione, tanto più preciso è il concetto normativo.

¹⁴² L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 63.

Un'importante questione che deve essere analizzata, prima di procedere alla individuazione dei fattori in grado di differenziare gli elementi normativi dalle norme penali in bianco, è quella di stabilire se a concorrere alla descrizione della fattispecie legale siano i soli elementi normativi o anche le norme a cui questi si riferiscono, ovvero verificare il rapporto intercorrente tra gli elementi normativi e le norme da questi richiamate.

In altre parole, stabilire se le norme incriminatrici configurate attraverso elementi normativi descrivano una figura di reato già di per sé completa e chiusa oppure una figura che necessita di essere completata dalle norme cui si riferiscono gli elementi normativi ⁽¹⁴³⁾.

Secondo l'orientamento che riteniamo di prediligere, gli elementi normativi sarebbero dotati di una propria *autonomia* rispetto alle norme cui si riferiscono, potendo, solo essi, concorrere alla descrizione della figura del reato, mentre le norme giuridiche o extragiuridiche richiamate costituirebbero solo i "presupposti" o "i criteri di applicazione" ⁽¹⁴⁴⁾.

Tale soluzione prende le mosse dal fatto di concepire gli elementi normativi come "concetti qualificatori", ovvero come quelli che, utilizzando parole di importante dottrina, "servono a qualificare cose, proprietà o relazioni, secondo norme o valori" ⁽¹⁴⁵⁾.

¹⁴³ Si tratta di una alternativa che acquista un importante rilievo sul piano che a noi interessa, ovvero quello di stabilire se le norme richiamate dagli elementi normativi siano o meno norme integratrici della legge penale. G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 42. Sul rapporto tra elementi normativi e principio di riserva di legge si rimanda a A. PAGLIARO, *Op. cit.*, Milano, 2003, p. 54 e ss.

¹⁴⁴ D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 96 e ss.

¹⁴⁵ Si segnala il fondamentale contributo di U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, p. 68 e ss. L'Autore fa il

Così, un conto è il significato normativo da attribuire alla locuzione "altrui" ed un conto sono le norme in base alle quali si determina il modo con cui l'"altruità" viene a prodursi di volta in volta. Queste ultime norme, come confermato da autorevole dottrina, non divengono parte integrante della norma incriminatrice, in quanto non aggiungono nulla alla valutazione normativa già contenuta integralmente nella regola di condotta, ovvero non entrano a costituire la materia del divieto, in quanto fattispecie astratte sulla base delle quali è possibile accertare se un determinato bene appartenga ad un soggetto piuttosto che ad un altro ⁽¹⁴⁶⁾, così come il concetto di "colpa", come vedremo dettagliatamente nella seconda parte dello studio, rimane il medesimo nonostante il continuo mutamento delle diverse regole cautelari presenti all'interno dell'ordinamento.

In conclusione, ci possiamo domandare quale sia la ragion d'essere e la funzione degli elementi normativi nell'ambito delle tecniche di costruzione delle norme penali.

seguito esempio: supponendo che, nell'evoluzione del diritto, vi sia un cambiamento nei fatti ai quali l'ordinamento collega la situazione in cui un soggetto ha libertà di godere e disporre di una cosa, non vi sarà la necessità di cambiare il concetto di proprietà ma occorrerà introdurre dei mutamenti nelle proposizioni che enunciano la connessione tra la situazione che configura le condizioni di impiego del concetto di proprietà e fatti che non costituiscono condizioni di impiego di tale concetto. L'idea degli elementi normativi come concetti qualificatori è decisiva per distinguere l'elemento normativo, ovvero elemento facente parte della fattispecie legale astratta che contribuisce a descrivere, dalle norme da questo richiamate. Le norme cui gli elementi normativi si riferiscono, in altre parole, servono solamente a determinare l'effetto di qualificazione (ovvero l'attribuzione della qualifica normativa), ma non si identificano con la qualifica espressa dagli elementi normativi. Il significato dell'elemento normativo è del tutto indipendente dal significato e dal contenuto delle norme da esso richiamate. Così G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 52.

¹⁴⁶ M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 1974, p. 140.

Riteniamo che gli elementi normativi rappresentino, per quanto attiene alla loro *ragion d'essere*, una necessità derivante dal carattere accessorio che il diritto penale possiede rispetto ad altri rami dell'ordinamento, apportando una propria regolamentazione su una situazione già qualificata da tali rami dell'ordinamento giuridico, mentre la *funzione* assolta da tali elementi sarebbe da individuare nell'elastico adattamento della fattispecie penale al mutamento eventuale della realtà giuridica ⁽¹⁴⁷⁾.

4. Le norme definitorie (cenni).

Norme penali in bianco ed elementi normativi, inoltre, debbono essere tenuti ben distinti dalle c.d. **norme definitorie**, o definizioni legali, ovvero quelle disposizioni mediante le quali il Legislatore tenta di precisare il significato di un certo termine, vincolando il giudice nella sua attività di interpretazione (basti pensare, a titolo d'esempio, alla norma che contempla il *tentativo*, art. 56 c.p., alle norme che forniscono una definizione di *pubblico ufficiale* o *incaricato di un pubblico servizio*, artt. 357 e 358 c.p., o ancora alla norma che definisce gli *atti* od *oggetti osceni*, art. 529 c.p.).

La distinzione assume un particolare rilievo, ai fini del nostro studio, in quanto non sempre la definizione legale si trova all'interno dello stesso testo normativo, demandando, il Legislatore, ad un'altra legge la definizione di quel determinato concetto, per ragioni di tecnica legislativa e di economia legislativa.

Le norme definitorie sono ritenute norme realmente integratrici, posto che costituiscono un vero e proprio frammento di queste ultime, concorrendo alla definizione del

¹⁴⁷ G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 67.

“tipo” di illecito, integrandone la definizione legale attraverso l’aggiunta o la specificazione di elementi essenziali ⁽¹⁴⁸⁾.

Premesso che un rapporto di reale integrazione sussiste sia nelle norme penali in bianco che nelle definizioni legali, i due modelli debbono essere tenuti ben distinti; si ritiene, infatti, che le norme penali che contengono un termine definito da un’altra norma non possano considerarsi “in bianco”, sebbene debbano essere integrate dalla norma definitoria. Nelle norme penali che contengono un termine definito da un’altra norma il precetto deve semplicemente essere precisato e non completato in conformità a quanto prescrive la norma contenente la definizione legale ⁽¹⁴⁹⁾.

Più evidente è la distinzione che intercorre tra norma definitoria ed elemento normativo, in quanto la funzione di precisare il significato di un concetto è tipica delle definizioni legali e non degli elementi normativi. Si consideri, inoltre, che il tratto caratteristico della non autonomia rispetto alla norma penale è proprio delle norme definitorie.

Le norme cui si riferiscono gli elementi normativi, invece, sono dotate di autonomia, svolgendo una funzione diversa da quella di presupposto o di criterio di applicazione di elementi normativi della fattispecie penale (come, ad esempio, le norme che regolano i modi di acquisto della proprietà che hanno nel diritto civile una propria funzione regolativa diversa da quelle delle norme incriminatrici che impiegano l’elemento normativo di “altruità”).

I problemi si complicano nel momento in cui la norma definitoria sia configurata impiegando concetti normativi, come

¹⁴⁸ M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 1995, p. 464.

¹⁴⁹ G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 86. La distinzione, secondo l’autore, perde ogni rilievo se si conviene sul fatto che tanto la norma penale in bianco, quanto la norma penale che impiega un concetto oggetto di una definizione legale sono norme effettivamente integrate da altre norme.

nel caso della norma definitoria del concetto di “pubblico ufficiale”, ex art. 357 c.p., che lo definisce come il soggetto che esercita “una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa”, che altro non è se non un concetto normativo. Infatti, il giudice, per stabilire se ad un certo soggetto possa attribuirsi la qualifica di pubblico ufficiale, deve far riferimento alle norme di diritto pubblico che attribuiscono a certi soggetti l’esercizio delle funzioni di cui sopra.

Nel caso in cui la norma definitoria sia costruita mediante l’utilizzo di un concetto normativo si dovrà, innanzitutto, distinguere il rapporto intercorrente tra la norma definitoria e quella che contiene il termine definito e il rapporto che intercorre tra la norma definitoria e le norme giuridiche o extragiuridiche richiamate dal concetto normativo impiegato nella formulazione della definizione legale.

Mentre il primo rapporto dà luogo ad una vera e propria integrazione, posto che la norma definitoria, diventando parte di quella penale, fa sì che anche il concetto normativo impiegato dalla norma definitoria diventi parte di quella, il secondo rapporto non costituisce una vera e propria integrazione della norma definitoria da parte delle norme richiamate dal concetto normativo ⁽¹⁵⁰⁾.

5. La distinzione tra norma penale in bianco ed elemento normativo. In particolare, la valutazione di determinatezza come criterio per distinguere la norma penale in bianco dall’elemento normativo.

Muovendo dagli approfondimenti appena accennati, ed avendo chiarito che i due modelli hanno in comune il fatto di servire a collegare la norma penale-base con altre disposizioni normative,

¹⁵⁰ G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 89.

passiamo ora ad evidenziare, ove possibile, la differenza *strutturale* e *funzionale* tra le c.d. norme penali in bianco e quelle che impiegano elementi normativi.

Se si accoglie la teoria che qualifica le norme penali in bianco come norme incomplete, la differenza strutturale tra queste e le norme che impiegano elementi normativi deve rinvenirsi nel fatto secondo il quale il precetto penale contenuto in una norma redatta con l'impiego di elementi normativi è *completo*, con la conseguenza che la norma incriminatrice, sebbene richiami norme diverse, non attende di essere completata da queste. Al contrario, le norme che riempiono il precetto di una norma penale in bianco contribuiscono a descrivere un precetto incompleto ⁽¹⁵¹⁾.

Sotto il profilo della "funzione", la tesi in commento afferma che, mentre nel caso degli elementi normativi, le norme richiamate costituiscono solo il *presupposto* per l'attribuzione di una qualifica espressa da un concetto della fattispecie incriminatrice dotato di significato autonomo e compiuto, nel caso delle norme penali in bianco le norme richiamate conterrebbero in tutto o in parte il precetto ⁽¹⁵²⁾.

¹⁵¹ G. L. GATTA, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 80. Ciò che distingue le norme richiamate dagli elementi normativi da quelle che riempiono un precetto in bianco è che solo le prime servono da criteri di applicazione al caso concreto di una qualifica normativa espressa da un concetto dotato di significato autonomo, con il quale il legislatore contribuisce a descrivere il precetto.

¹⁵² Secondo autorevole dottrina "Le norme penali in bianco si intendono come le disposizioni incriminatrici il cui giudizio di tipicità non prende origine dall'enucleazione della fattispecie, ma da una valutazione a contrario rispetto ad un modello comportamentale predeterminato o dal suo carattere posteriore rispetto alla vigenza della norma incriminatrice. Gli elementi normativi, invece, si inseriscono nell'ambito della fattispecie per comprendere la quale è necessario fare riferimento ad una informazione giuridica esterna evocata per il tramite dell'elemento normativo". D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, p. 24.

Altra impostazione afferma che rispetto ai concetti normativi, la norma penale in bianco presuppone sempre l'individuazione, totale o parziale, ad opera di altre fonti, del senso del divieto contenuto nella fattispecie penale⁽¹⁵³⁾.

Premesso che qualsiasi forma di eterointegrazione, come vedremo più approfonditamente nel corso della trattazione, presuppone un "vuoto" nella disposizione incriminatrice, secondo una prima impostazione, l'unica differenza tra i due elementi accennati riguarderebbe la *maggiore ampiezza* del richiamo che caratterizza le norme penali in bianco⁽¹⁵⁴⁾.

Mentre potremmo essere portati ad escludere dal sospetto di indeterminatezza gli elementi normativi "giuridici", potendoli considerare addirittura tra gli elementi rispetto ai quali vi è la tendenza a rispettare maggiormente l'istanza di sufficiente determinatezza della fattispecie, i dubbi permangono, invece, in merito agli elementi normativi "extragiuridici", rimessi ad un criterio di valutazione di tipo socio-culturale.

Gli elementi normativi giuridici e quelli extragiuridici possiedono, comunque, un "nucleo comune" rappresentato dal meccanismo di eterointegrazione, ma, mentre per i primi l'eterointegrazione è vincolata e tassativa, per i secondi è rimessa ad un giudizio di valore la cui determinazione concreta operata

¹⁵³ L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 180. Nei casi caratterizzati da una forma più pregnante di rinvio, ovvero quando il precetto integratore è posto integralmente da una norma legislativa statale, la comprensione del "senso del divieto" della fattispecie penale, essendo tecnicamente fondata sull'integrale rinvio ad una norma diversa da quella incriminatrice, non è immediatamente chiara e precisa, emergendo la dubbia compatibilità con il principio di determinatezza.

¹⁵⁴ G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'art. 650 c.p.*, Milano, 1970, p. 185; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980, p. 57 e ss.

dall'interprete si riflette inevitabilmente sull'intera portata del precetto ⁽¹⁵⁵⁾.

Non esauriente appare, inoltre, la tesi che distingue le norme penali in bianco dagli elementi normativi a seconda che la legge rinvii ad una disciplina preesistente o di futura emanazione, caratterizzandosi, le norme penali in bianco, per una loro c.d. "efficacia sospesa" ⁽¹⁵⁶⁾. Abbiamo, infatti, già avuto modo di vedere come non possa essere solo il carattere posteriore della disciplina integratrice a contrassegnare una norma penale in bianco; la sospensione dell'efficacia può dipendere, infatti, anche dalla ritardata entrata in vigore di una disciplina chiamata a integrare un elemento normativo della fattispecie penale ⁽¹⁵⁷⁾.

Altra corrente di pensiero ritiene che le norme penali in bianco si distinguano dagli elementi normativi in quanto, nelle prime, la norma esterna assumerebbe una funzione costitutiva della punibilità, mentre nelle seconde la norma richiamata servirebbe unicamente a precisare il contenuto della disposizione incriminatrice ⁽¹⁵⁸⁾.

Le difficoltà incontrate dagli studiosi, in ordine alla problematica della distinzione tra norme penali in bianco ed elementi normativi della fattispecie, emergono soprattutto a

¹⁵⁵ L'elemento giuridico e quello extragiuridico appaiono, piuttosto che due sottospecie dello stesso *genus*, come due entità radicalmente distinte: è la connotazione prettamente e totalmente valutativa dell'elemento normativo extragiuridico a rendere quest'ultimo *aliud* rispetto all'elemento normativo giuridico. Così L. RISICATO, *Op. cit.*, Milano, 2004, p. 221.

¹⁵⁶ Si veda S. BONINI, *Diritto penale e norme giuridiche extrapenali. Linee dogmatiche e politico-criminali*, Tesi dottorale (X Ciclo), Bologna 1998, p. 260 e ss.

¹⁵⁷ Basti pensare alle fattispecie penali in tema di doping contemplate dall'art. 2 della legge 376/2000, nella fase temporale antecedente all'entrata in vigore delle tabelle delle sostanze dopanti. Per approfondimenti sul tema si rimanda a Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2004, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2572.

¹⁵⁸ R. LANGE, *Strafgesetzbuch: mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 1956, p. 75 e ss.

causa di tecniche legislative combinate tra di loro in modo non uniforme.

Potremmo, a questo punto, domandarci *se non sia proprio la qualifica di determinatezza ad assurgere a criterio per distinguere le norme penali in bianco dagli elementi normativi*. In realtà, riteniamo che la determinatezza non sembri cogliere l'essenza della norma penale in bianco, così come degli elementi normativi della fattispecie; da quanto è emerso nel corso della trattazione si evidenzia come quello della determinatezza sia un problema della norma penale in quanto tale, potendovi essere norme articolate ma, tuttavia, determinate e fattispecie autonome ma del tutto indeterminate.

Si consideri, inoltre, che, mentre il problema della distinzione tra norma penale in bianco ed elemento normativo attiene alla struttura del messaggio precettivo, quello della determinatezza attiene alla piano dell'interpretazione della norma penale, ambiti ben distinti l'uno dall'altro.

Sebbene, quindi, quanto appena accennato possa assurgere quale stimolo per una successiva tematizzazione del problema, riteniamo che, se si voglia mantenere la distinzione tra norma penale in bianco ed elemento normativo, questa non possa poggiare sul criterio della maggiore determinatezza dell'una rispetto all'altra.

6. Conclusioni: l'applicabilità del principio di determinatezza alle norme integratrici.

Abbiamo già fatto riferimento alla problematica relativa alla distinzione tra norme extrapenali integratrici e norme extrapenali non integratrici, parlando di **eterointegrazione** con riferimento proprio al ricorso a parametri esterni alla fattispecie penale, parametri che possono essere ricondotti a due differenti

categorie: una prima, detta **integrazione sistemica**, è quella che si instaura fisiologicamente tra la norma incriminatrice e le disposizioni contenute nella Parte Generale del codice penale, posto che queste ultime svolgono un importante ruolo servente delle prime, completandone il significato dei singoli precetti e della disciplina degli effetti che ne derivano.

Tale particolare tipologia di raccordo, però, si può instaurare anche tra singole fattispecie incriminatrici, nel caso in cui queste si trovino in un rapporto di specialità o, come detto da alcuni Autori, di sussidiarietà o di consunzione, con la conseguenza che ciascuna di queste norme punitive contribuisce a delineare l'ambito di applicazione delle altre.

Altra forma di **integrazione** è quella detta **esclusiva** di una disposizione incriminatrice, che si concretizza quando il Legislatore si avvale di un parametro giuridico esterno ad una data disposizione al fine di definirne l'ambito di applicazione. Mentre l'integrazione sistemica è un carattere costante di tutte le norme penali, l'integrazione esclusiva è necessaria per il funzionamento solo di alcune disposizioni incriminatrici.

La trattazione della difficile tematica della eterointegrazione ci porta, inevitabilmente, ad analizzare altri due aspetti degni di particolare importanza, strettamente collegati alla possibilità di applicare il principio costituzionale di determinatezza anche alle norme integratrici.

In primo luogo, potremmo essere indotti a pensare che ogni qual volta la disposizione incriminatrice si snodi verso norme integratrici di fonte secondaria, la sua soggezione ai principi cardine che governano il diritto penale, quale quello di determinatezza, sia preclusa dall'impossibilità, da parte della Corte Costituzionale, di sindacarne la legittimità.

Fortunatamente, i più recenti interventi da parte del giudice delle leggi ci indirizzano verso una soluzione diversa, ritenendo non possibile solo un sindacato diretto delle norme di

origine amministrativa, limite non operante quando queste siano richiamate a completamento del contenuto precettivo della norma primaria ⁽¹⁵⁹⁾. Per utilizzare le parole della Corte, quando la disposizione di legge *“trova applicazione attraverso le specificazioni espresse dalla normativa regolamentare, i cui contenuti integrano il precetto della norma primaria, il rapporto che così si determina tra la legge e la fonte secondaria, che ne concretizza un preciso significato, consente lo scrutinio di costituzionalità”* ⁽¹⁶⁰⁾.

Ragionare a contrario significherebbe che solo una parte della fattispecie penale è coperta dalle garanzie di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., mentre il resto sarebbe lasciato alle regole che vigono nei diversi rami del diritto cui attinge la disposizione incriminatrice, ben più permissive, capaci di dare ingresso a forme di c.d. “indeterminatezza per riflusso”.

Se si volesse sottoporre a critica il principio espresso dalla Corte Costituzionale, si potrebbe sostenere che questa possa porsi in contrasto con il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico, in quanto, se è vero che le norme incriminatrici spesso si “ramificano” verso altri rami dell'ordinamento, nei confronti dei quali non è possibile una diretta applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., se si volesse assoggettare la norma richiamata ai principi costituzionali dettati per il diritto penale, si assisterebbe ad uno sdoppiamento del significato normativo a seconda che esso operi in sede penale o nel contesto normativo di origine.

Stante l'impossibilità di fare a meno di apporti integrativi del precetto penale, provenienti dall'esterno, si sono evidenziati diversi criteri, sostanziali e formali, diretti alla ricerca di modalità di integrazione della fattispecie incriminatrice compatibili con il rispetto del principio di determinatezza.

¹⁵⁹ Corte Cost., 20 dicembre 1988, n. 1104, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5366.

¹⁶⁰ Corte Cost., 30 dicembre 1994, n. 456, in *Giur. cost.*, p. 3953.

Nella giurisprudenza abbiamo visto essere predominante il ricorso al criterio della “sufficiente specificazione legale” delle indicazioni costituenti illecito, quale misura cui rapportare la legittimità dei meccanismi di integrazione normativa, criterio che permette alla maggior parte delle previsioni, tacciate di porsi in contrasto con il principio di determinatezza, di sopravvivere⁽¹⁶¹⁾.

Quando l'elemento del reato è individuato dal legislatore attraverso un elemento normativo, la tecnica risulta compatibile con il principio di determinatezza alla condizione che il concetto normativo non dia adito ad incertezze né in ordine alla individuazione della norma richiamata, né in relazione all'ambito applicativo ed al contenuto di tale norma. Tale esigenza è per lo più rispettata quando la norma richiamata è una norma giuridica mentre, quando il rinvio attiene a norme extragiuridiche, il principio è rispettato quando si tratti di norme tecniche, mentre devono essere considerati come tendenzialmente imprecisi gli elementi individuati mediante il richiamo a norme etico-sociali.

Il principio di determinatezza esprime, quindi, un “valore di tendenza”⁽¹⁶²⁾, che deve essere comunque perseguito, anche se la sua realizzazione potrà essere maggiore o minore, ma mai assoluta⁽¹⁶³⁾. Come efficacemente evidenziato da autorevole

¹⁶¹ D. NOTARO, *Op. cit.*, Torino, 2000, p. 131. Certamente il principio di determinatezza può indurre a escludere la legittimità sia di una normazione penale esasperatamente casistica, che esponga il rischio di necessitate integrazioni analogiche, sia di una normazione per clausole generali, ove comporti una delega alle valutazioni del giudice nella definizione dell'illecito. Così A. NAPPI, *Guida al codice penale, Parte generale*, II, Milano, 2008, p. 19.

¹⁶² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, p. 100.

¹⁶³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2001, p. 69. La funzione garantistica del principio di legalità, realisticamente inteso, consiste

dottrina, posto che quello della determinatezza è un problema di "grado" (non essendo un caso che si parli di tradizionalmente di principio di *sufficiente* determinatezza), sarebbe preferibile accontentarsi di una complessiva certezza (dinamica) del "diritto" piuttosto che di una pressoché irraggiungibile certezza preconstituita "della legge" ⁽¹⁶⁴⁾.

Sulla scorta di queste problematiche acquisizioni, nella seconda parte del lavoro la nostra attenzione si focalizzerà su alcune delle ipotesi specifiche più significative, all'interno delle quali dottrina e giurisprudenza hanno dovuto riflettere circa la compatibilità tra il rinvio normativo caratterizzante la fattispecie e il principio di determinatezza, vale a dire, l'esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.), l'abuso di ufficio (art. 323 c.p.), l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità (art. 650 c.p.), tradizionalmente definita come una delle più problematiche ipotesi di norme penali in bianco, per poi dedicare la parte finale dello studio all'esame del rapporto intercorrente tra il principio di determinatezza e la colpa penale.

non nella eliminazione del soggettivismo ineliminabile, né nella realizzazione della certezza assoluta, ma solo della maggior certezza possibile.

¹⁶⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 179.

PARTE SECONDA

CAPITOLO I

ESERCIZIO ABUSIVO DELLA PROFESSIONE

Sommario: 1. Profili generali. – 2. Esigenze di tutela e rispetto del principio di determinatezza. – 3. Esercizio abusivo della professione e compimento di atti tipici. – 4. Figure problematiche: l'esercizio della professione forense. – 5. (segue) il soggetto esercente la professione medica.

1. Profili generali.

L'art. 348 c.p. punisce, con la pena della reclusione sino a sei mesi o della multa da euro 103 a euro 516, chiunque eserciti abusivamente una professione per la quale sia richiesta una speciale abilitazione dello Stato.

La norma, che rappresenta una assoluta novità rispetto al sistema previgente, intende tutelare l'interesse della Pubblica Amministrazione a che determinate professioni, di pregnante rilievo sociale, siano esercitate solo da soggetti la cui competenza tecnica sia stata conseguenza di specifici studi e di appositi esami di abilitazione e, comunque, mediante altre analoghe garanzie⁽¹⁶⁵⁾.

¹⁶⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale. I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, p. 144. Attraverso una serie di

In tal modo viene garantito ai cittadini, che necessitino di un certo tipo di prestazione professionale, uno standard minimo di qualificazione: la norma, è bene precisarlo, non tutela l'interesse dei soggetti appartenenti alle varie categorie professionali, ma l'interesse generale della collettività⁽¹⁶⁶⁾.

Rispetto al momento in cui venne introdotta, laddove assumevano rilievo le sole professioni liberali, che non presentavano grossi problemi di inquadramento, la norma ha subito una vera e propria "dilatazione", a causa della incessante espansione delle professioni il cui accesso richiede una speciale abilitazione e l'iscrizione in appositi albi tenuti dai rispettivi Consigli dell'Ordine, innescata da meccanismi di eterointegrazione con disposizioni extrapenali alle quali è

controlli, affidati anche ad ordini professionali, la Pubblica Amministrazione si ripromette di assicurare che lo svolgimento delle corrispondenti attività avvenga solo da parte di soggetti che diano sufficienti garanzie di serietà e competenza. Si veda anche Cass. pen., Sez. VI, 15 novembre 1984, in *Cass. pen.*, 1986, p. 459; Cass., sez. VI, 29 novembre 1983, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1058.

¹⁶⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2002, p. 308. Nello stesso senso E. CONTIERI, voce *Esercizio abusivo di professioni*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 606. Per la giurisprudenza: Cass. pen., Sez. VI, 18 ottobre 1990, Lupi, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 264. In tema di esercizio arbitrario di una professione, benché il bene tutelato dall'art. 348 c.p. sia costituito dall'interesse generale a che determinate professioni, richiedenti, tra l'altro, particolari competenze tecniche, vengano esercitate soltanto da soggetti che abbiano conseguito una speciale abilitazione amministrativa, e debba quindi ritenersi che l'eventuale lesione del bene anzidetto riguardi, in via diretta ed immediata, la Pubblica Amministrazione, ciò non toglie, come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza di legittimità, che possano assumere veste di danneggiati quei soggetti che, in via mediata e di riflesso, abbiano subito un pregiudizio dalla violazione della norma penale in questione. Così Cass. pen., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 3996, in *Ced. rv.* 230430.

necessario fare riferimento per definire i profili di abusività dell'esercizio della professione (¹⁶⁷).

La tutela in esame è limitata alle c.d. *professioni protette*, ovvero quelle il cui esercizio non è consentito a chi non abbia conseguito la richiesta abilitazione (ad esempio, avvocato, medico, veterinario, farmacista, architetto, geometra, dottore commercialista, ecc.) oppure non possieda i requisiti previsti dalla legge come equivalenti.

Si tratta, quindi, di professioni che si pongono in una zona grigia tra la funzione pubblica e le arti, industrie, commerci e mestieri, non prese in considerazione dalla disposizione che stiamo esaminando, anche se l'ordinamento richiede, per l'esercizio di queste ultime, una particolare licenza.

La normativa italiana relativa alle singole attività professionali deve essere coordinata con le norme del Trattato istitutivo della Comunità Europea, laddove, all'art. 52, secondo comma, contempla il diritto di stabilimento, ovvero il diritto per il cittadino di uno Stato membro di esercitare in un altro Stato membro attività non salariale alle condizioni stabilite per i cittadini dello Stato medesimo.

Per "*speciale abilitazione*" si intende l'atto con il quale la Pubblica Amministrazione accerta l'idoneità tecnica del soggetto all'esercizio della professione e rimuove un limite all'esercizio del diritto ad esercitare la professione. Generalmente, alla mancanza dell'abilitazione viene equiparata la mancanza di iscrizione all'albo, nel caso in cui questa sia prescritta dalla legge (¹⁶⁸). Il carattere abusivo dell'esercizio della professione, infatti,

¹⁶⁷ G. MARCONI, *Abusivo esercizio di una professione*, in (a cura di) M. CATENACCI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 249.

¹⁶⁸ Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, II, Milano, 2003, p. 406. Per la giurisprudenza: Cass. pen., Sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 41183, in *Guida dir.*, 2008, f. 49, p. 92; Cass. pen., Sez. VI, 15 febbraio 2007, n.

può rilevarsi anche altrove, come inosservanza dell'*iter* amministrativo che ammette il soggetto allo svolgimento della professione.

E' evidente, però, che l'esercizio professionale da parte di chi non abbia conseguito un diploma sia, in concreto, cosa ben diversa dall'esercizio della professione da parte di chi sia in possesso del diploma ma non iscritto all'albo.

Alle ipotesi di mancata iscrizione all'albo o di difetto di abilitazione possiamo equiparare la radiazione o la sospensione dall'esercizio della professione, per qualsiasi causa, addivenendo a ritenere sussistente la fattispecie criminosa anche nel caso in cui vi sia una mera violazione del regime di incompatibilità, come nel caso di un impiegato statale che svolga l'attività di geometra, essendo iscritto all'albo, nonostante il divieto (¹⁶⁹).

In conclusione, i requisiti oggettivi del reato possono così sintetizzarsi: a) un presupposto normativo dato dall'esistenza di altre norme che qualifichino l'attività come "professione" e prescrivano una speciale abilitazione dello Stato per il suo esercizio; b) un presupposto del fatto, a contenuto negativo, consistente nella mancanza di capacità giuridica all'esercizio della professione nel soggetto agente, c) la condotta, ovvero il compimento di atti di esercizio della professione.

2. Esigenze di tutela e rispetto del principio di determinatezza.

20439, in *Guida dir.*, 2007, f. 24, p. 68; Cass. pen., Sez. VI, 5 marzo 2001, n. 16230, in *Cass. pen.* 2002, p. 1388.

¹⁶⁹ *Contra* M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 149. Secondo l'Autore la norma non ha nulla a che vedere con l'eventuale inosservanza di doveri di esclusività del servizio, senza contare che una reazione sensata a questo genere di irregolarità sembrerebbe da trovare nei limiti di illeciti disciplinari o amministrativi in genere.

Tra i problemi che la clausola “abusivamente” pone sul tappeto, quello che, più di ogni altro, interessa, è verificare se, con tale espressione, si intenda fare rinvio all’assenza dei requisiti, fissati dalla disciplina extrapenale di riferimento, alla ricorrenza dei quali è condizionato il possesso dell’abilitazione e se tale rinvio permetta di costruire la fattispecie, di cui all’art. 348 c.p., come norma penale in bianco o se a tale clausola debba attribuirsi la valenza di elemento normativo del fatto, costruito negativamente.

Secondo un primo orientamento, la disposizione in commento costituirebbe **una norma penale in bianco**, in quanto contenente un implicito rinvio ad altre norme che disciplinano le diverse professioni richiedendo, per il loro esercizio, una speciale abilitazione ⁽¹⁷⁰⁾. Letta in tal senso, il collegamento con la normativa extrapenale può essere inteso come completamento del precetto contenuto nell’art. 348 c.p.: sarebbe il richiamo delle condizioni riportate dalle singole discipline ad indicare quando, in loro assenza, l’esercizio della professione debba considerarsi “abusivo” ⁽¹⁷¹⁾.

A causa del carattere di norma penale in bianco, l’art. 348 c.p. è stato tacciato, più volte, di incostituzionalità, con riferimento agli artt. 25 e 27 Cost., ritenendo che il rinvio alle disposizioni disciplinanti le diverse professioni rendesse la

¹⁷⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Op. cit.*, Bologna, 2002, p. 308; E. CONTIERI, *Op. cit.*, Milano, 1966, p. 607; S. RICCIO, voce *Professione (esercizio abusivo di una)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1957, p. 11. Per la giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2009, n. 47028, in *Ced Cass. pen.*, 2009, rv. 245305; Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2001, n. 27853, in *Ragiufarm*, 2002, p. 71.

¹⁷¹ M. MANTOVANI, *L’esercizio di un’attività non autorizzata*, Torino, 2003, p. 92. In tale prospettiva, le discipline amministrative in commento svolgerebbero precisamente quella funzione di completamento, o di vero e proprio riempimento esclusivo del nucleo precettivo dell’art. 348 c.p., che corrisponde alla sua ricostruzione *sub specie* di norma penale in bianco.

norma incompleta e, quindi, in contrasto con il principio di riserva di legge e di determinatezza.

La problematica è stata superata, una volta per tutte, dalla Corte Costituzionale la quale, recependo un orientamento accolto sia dalla Corte di Cassazione ⁽¹⁷²⁾ che dello stesso giudice delle leggi ⁽¹⁷³⁾, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 348 c.p., *"nella parte in cui tale norma penale verrebbe integrata da una disposizione di natura esclusivamente regolamentare e priva di un adeguato grado di determinatezza (nella specie, art. 16 r.d. n. 274 del 1929 riguardante i limiti all'esercizio della professione di geometra), in riferimento agli art. 25 e 27 Cost."*. Il giudice delle leggi ritiene che il fatto che lo Stato prescriva, in funzione di tutela di interessi generali, una speciale abilitazione per l'esercizio di una professione, è un fenomeno che non si discosta da quell'ampia gamma di situazioni in cui i provvedimenti di natura abilitativa od autorizzatoria incidono su posizioni soggettive qualificate, determinando l'applicabilità di sanzioni penali nelle ipotesi in cui i limiti propri di quelle posizioni soggettive non siano stati rispettati.

¹⁷² Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. Un., 29 novembre 1958, in *Giust. pen.*, 1959, II, p. 1165, con la quale si stabilì che la norma, lungi dall'essere in contrasto con lo spirito e con la lettera della Costituzione, trovava in essa ampia ed incondizionata conferma laddove si stabiliva, all'art. 33, l'esame di stato per l'abilitazione all'esercizio professionale; abilitazione tanto più necessaria per l'esercizio delle professioni sanitarie in generale e per quella del medico chirurgo in particolare, in quanto la salute è costituzionalmente tutelata come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, nell'art. 32.

¹⁷³ Corte Cost., 13 giugno 1983, n. 169, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1927, con la quale venne dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale della norma e dell'art. 1, del D.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1068 (Ordinamento della professione di ragioniere e perito commerciale), sollevata denunciando l'elencazione in modo troppo generico delle attività riservate agli iscritti all'albo, il cui compimento da parte dei non iscritti avrebbe comportato la responsabilità penale per il reato di esercizio abusivo della professione.

Ma se la condotta non abilitata ben può essere ritenuta illecita in quanto tale, essendo a tal fine sufficiente il contenuto prescrittivo offerto dal precetto penale, non v'è ragione di dubitare che l'art. 348 c.p. descriva una fattispecie perfetta in tutti i suoi connotati tipizzanti. La Corte conclude che il provvedimento abilitativo non integra, in sé per sé, un elemento che positivamente si iscrive nella struttura della fattispecie, la quale, dunque, non potrebbe vivere senza di esso, ma rappresenta, al contrario, il presupposto che "in negativo" condiziona la capacità giuridica del soggetto in ordine all'esercizio di quella specifica professione (¹⁷⁴).

Tale impostazione, quindi, nega che si possa parlare di norma penale in bianco: se le norme penali in bianco, si afferma, sono quelle in sé incomplete, che attendono la loro integrazione da altra fonte che, riempiendola, contribuisce, in termini astratti e generali, a formare il tipo di illecito, è altrettanto vero che l'art. 348 c.p. è una norma conclusa, con tanto di precetto e sanzione (¹⁷⁵).

Secondo i sostenitori di questa tesi, sarebbe preferibile evidenziare come la norma possieda, tra i suoi elementi essenziali, la mancanza della speciale abilitazione richiesta, mancanza che rappresenta **un elemento del fatto costruito**

¹⁷⁴ Corte Cost., 27 aprile 1993, n. 199, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2980. Non vi è ragione per dubitare, secondo tale impostazione, che anche l'art. 348 c.p. descriva una fattispecie perfetta in tutti i suoi connotati tipizzanti, senza doversi necessariamente evocare, quale ulteriore elemento descrittivo del fatto, l'esatta natura, il contenuto ed i limiti dello specifico provvedimento con il quale una determinata persona è abilitata ad esercitare una certa professione.

¹⁷⁵ Non tutto il contenuto della fattispecie è rinviato alla disposizione extrapenale, perché il nucleo-base della condotta, consistente nell'esercizio della professione, può essere definito anche sulla base del linguaggio comune. Solo l'abusività di questo esercizio, ha un contenuto integralmente rinviato alle disposizioni extrapenali. Così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000, p. 423.

negativamente. In altre parole, la disciplina amministrativa della professione, non contribuisce a formare il reato, ma solo a fungere da criterio di riferimento per determinare l'abuso ⁽¹⁷⁶⁾.

La tesi in commento ha l'indubbio pregio di minimizzare i problemi di armonizzabilità tra le singole fonti delle discipline professionali con il principio di riserva di legge, in quanto si reputa l'art. 348 c.p. come norma perfettamente completa.

Anche i sostenitori della tesi ora accennata affermano, comunque, che, sebbene l'art. 348 c.p. non costituisca una norma penale in bianco e non presenti alcuna problematica sotto il profilo della determinatezza, è innegabile che la verifica del carattere abusivo dell'esercizio della professione sia difficoltosa, soprattutto nei casi in cui la normativa che disciplina la particolare professione non indichi con sufficiente certezza gli atti e le attività che possano dirsi "tipici", ovvero propri di quella particolare professione ⁽¹⁷⁷⁾.

In realtà, la teoria da ultimo esposta non è andata esente da critica: si è sostenuto, infatti, che spesso le discipline professionali non contengono indicazioni sufficientemente precise circa le caratteristiche degli atti che possono definirsi "professionali" ⁽¹⁷⁸⁾. Di conseguenza, se si vuole che l'elemento normativo della mancanza di abilitazione provveda non solo a

¹⁷⁶ M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 145.

¹⁷⁷ Anche a voler negare che la fattispecie in esame possa considerarsi come norma penale in bianco, è indiscutibile che un ruolo determinante è affidato proprio alle disposizioni extrapenali che stabiliscono le condizioni, oggettive e soggettive, in difetto delle quali non è consentito l'esercizio di determinate professioni per le quali è richiesta una particolare abilitazione dello Stato. Si tratta, ancora una volta, del fenomeno dell'eterointegrazione, caratterizzato dalla effettiva compenetrazione fra precetto penale e fonte normativa subordinata. Per approfondimenti si rimanda a A. STRATA, *Osservazioni a Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 11044*, in *Cass. pen.*, 2010, 02, p. 574.

¹⁷⁸ M. MANTOVANI, *Op. cit.*, Torino, 2003, p. 93.

concretizzare le note di abusività della singola condotta professionale, ma anche a definire quali siano gli atti tipici della professione, continuano i sostenitori della critica, si finisce per attribuire all'elemento normativo una funzione di integrazione vera e propria della fattispecie, il che si pone decisamente in contraddizione con la natura di elemento normativo.

Nonostante il tentativo, operato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, di salvare la norma dalle accuse di incostituzionalità, l'orientamento dominante dei giudici di legittimità continua a considerare l'art. 348 c.p. una norma penale in bianco, che presuppone l'esistenza di norme giuridiche diverse, che qualificano una determinata attività professionale, prescrivono una speciale abilitazione dello Stato ed impongono l'iscrizione in uno specifico albo, venendo in tal modo a configurare le c.d. "professioni protette": al giudice è precluso di colmare le eventuali lacune, di normative disciplinanti le professioni incomplete o addirittura assenti, con la prescrizione di regole astratte e generali ⁽¹⁷⁹⁾.

Come evidenziato dalla dottrina, il richiamo effettuato dal Legislatore, all'interno dell'art. 348 c.p., ad alcuni provvedimenti di natura amministrativa, come le abilitazioni dello Stato, circonda di molto i dubbi relativi ad una possibile violazione del principio di riserva di legge, posto che l'abilitazione, nel caso in cui fosse disciplinata da una fonte secondaria, integrerebbe, solo dal punto di vista "tecnico", elemento di fatto già

¹⁷⁹ Cass. pen., Sez. VI, 29 maggio 1996, n. 2076, in *Studium Juris*, 1996, p. 1303; Cass. pen., Sez. VI, 3 aprile 1995, n. 9089, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 595. L'evoluzione scientifica e tecnologica determinano sovente la possibilità che nuove attività professionali non riescano ad essere incasellate nelle professioni ufficialmente consolidate, ma ciò non può essere motivo per una dilatazione degli ambiti delle categorie professionali, riconosciute, fino a ricomprendere, nella riserva loro spettante, attività soltanto analoghe, complementari, parallele o ausiliarie rispetto alle professioni protette.

contemplato dalla legge che configura il reato, non incidendo affatto sulla completezza del precetto penale ⁽¹⁸⁰⁾.

3. Esercizio abusivo della professione e compimento di atti tipici.

Con specifico riferimento all'art. 348 c.p., se intendessimo seguire un indirizzo ermeneutico caratterizzato da particolare rigore, dovremmo concludere nel senso di ritenere che il rispetto del principio di determinatezza imponga che la legge integratrice del precetto penale elenchi tutti gli atti oggetto della riserva in modo che solo questi, in quanto compiuti da un soggetto non abilitato, possano rilevare ai fini della sussistenza del reato e con la conseguenza che il rinvio operato dalla norma penale a norme extrapenali che omettano la descrizione e l'elencazione degli atti oggetto della riserva, violerebbe il principio di determinatezza.

Viceversa, una concezione più "morbida" del principio in questione riterrebbe accettabile che la norma incriminatrice si limiti a descrivere i caratteri generali della professione oggetto della riserva.

Il problema, quindi, è quello di individuare il contenuto della professione tutelata dall'art. 348 c.p., la quale, con riferimento agli artt. 2229, 2230, 2231 c.c., può essere definita come l'attività autonoma e continuativa, di natura intellettuale, stabilmente organizzata e prestata dietro corrispettivo a chiunque chiedi di usufruirne e, come tale, implicante una serie di atti principali ed accessori non sempre preventivamente determinabili, ovvero, per utilizzare le parole di autorevole dottrina, come un'attività umana, caratterizzata da continuità,

¹⁸⁰ Così E. BONESSI, voce *Professione (esercizio abusivo di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 256.

svolta a fine lucrativo e con autonomia, da un soggetto ritenuto competente in quanto dotato di un corredo particolare di cognizioni tecnico-scientifiche ⁽¹⁸¹⁾.

Precisato che il Legislatore utilizza la locuzione “esercizio”, ci possiamo domandare, innanzitutto, se la fattispecie possa dirsi configurata nel caso di compimento di un solo atto o se, al contrario, sia necessario il compimento di una pluralità di atti.

L’orientamento dominante propende per la prima soluzione, ritenendo del tutto irrilevante che la prestazione sia gratuita o retribuita ⁽¹⁸²⁾.

A ben vedere, sebbene in alcuni casi possa essere sufficiente anche un atto isolato, in altre ipotesi, di regola, il delitto potrà dirsi integrato solo mediante il compimento di una pluralità di atti, posto che l’esercizio della professione potrebbe richiedere una sorta di continuità degli stessi ⁽¹⁸³⁾.

In questa prospettiva si è segnalato come le professioni, in relazione alle quali, con maggiore facilità, il singolo atto abusivo viene riportato a quelli tipici della professione siano quelle sanitarie mentre, in relazione ad altre professioni, per le quali è sempre richiesta l’abilitazione, diminuisce sensibilmente il novero degli atti esclusivi, ricorrendo al criterio della continuità. La ragione di una siffatta soluzione deve essere individuata nel valore assolutamente preminente del bene della salute nei confronti del quale anche il singolo atto, privo dell’abilitazione professionale, va ad incidere ⁽¹⁸⁴⁾.

¹⁸¹ G. DE VINCENTIIS – E. DURANTE, *Il delitto di esercizio abusivo della professione sanitaria dal punto di vista medico legale. Le norme e la giurisprudenza*, in *Giust. pen.*, 1972, I, p. 323.

¹⁸² Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2007, n. 42790, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3713; Cass. pen., Sez. VI, 8 ottobre 2002, n. 49, in *Dir. prat. lav.*, 2002, p. 507. Per la dottrina E. BONESSI, *Op. cit.*, Torino, 1995, p. 257.

¹⁸³ Cass. pen., Sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 7564, in *Ced* 2006.

¹⁸⁴ M. MANTOVANI, *Op. cit.*, Torino, 2003, p. 25.

Deve trattarsi, comunque, di atti di "esercizio" della professione, ovvero di atti commessi rispetto a terzi o che determinino rapporti con i terzi. Il contrassegno essenziale dell'atto è rappresentato dalla *esclusività*, nel senso di non competere ad altri che non abbia, per legge, il potere di compierlo. Come confermato dalla giurisprudenza di legittimità: *"Perché possa essere ritenuto sussistente il reato di abusivo esercizio di una professione, non è sufficiente che l'agente abbia provveduto alla iscrizione nell'albo professionale, né che egli abbia allestito uno studio, trattandosi di meri atti prodromici ed essendo viceversa necessario almeno un atto concreto in cui l'abusivo esercizio si sia manifestato"* (185).

Sebbene, indicativamente, solo il compimento dell'atto esclusivo integri la fattispecie in esame, di frequente accade che l'atto professionale sia preceduto, accompagnato o seguito dall'adempimento di altri atti necessari ma "atipici".

Le maggiori problematiche in ordine al rispetto del principio di determinatezza si rinvergono nella determinazione degli "atti tipici", propri di una determinata professione, che il soggetto non può compiere in difetto dell'abilitazione richiesta dalla legge o di iscrizione all'albo. Questo in quanto possono sorgere notevoli incertezze dovute all'esistenza di professioni dai confini molto incerti.

Secondo un primo orientamento, sostenuto dal prevalente filone interpretativo passato, gli atti rilevanti, ai fini della configurabilità del reato, sarebbero solo quelli tipici o *propri*, ovvero quelli riservati, in via esclusiva, al soggetto dotato di una speciale abilitazione, mentre si collocherebbero fuori dall'ambito di applicazione della norma incriminatrice gli atti c.d. *collaterali*, che, sebbene strumentalmente connessi all'esercizio

¹⁸⁵ Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2002, n. 12177, in *Cass. pen.*, 2003, p. 119.

professionale, non rientrano nella riserva di competenza e sono suscettibili di essere posti in essere da chiunque ⁽¹⁸⁶⁾.

Altra impostazione, più recente, distingue gli atti tipici da quelli *relativamente liberi* i quali, pur essendo caratteristici della professione tutelata, in quanto a questa connessi, possono essere compiuti da altri soggetti purché occasionalmente ed in forma gratuita ⁽¹⁸⁷⁾; di conseguenza, il loro espletamento integra esercizio della professione protetta solo in quanto sia provata l'abitudine o reiterazione della condotta e lo svolgimento dietro corresponsione di un compenso ⁽¹⁸⁸⁾.

Evidente che una simile interpretazione pone forti problematiche circa la compatibilità con il principio di determinatezza; non sempre, infatti, il richiamo ad una certa fonte normativa per la determinazione delle condotte

¹⁸⁶ Così si è ritenuto che “non integra l’elemento oggettivo del reato di esercizio abusivo di una professione, la compilazione delle denunce dei redditi e dell’i.v.a., atteso che queste attività non rientrano tra quelle riservate ai dottori commercialisti e ai ragionieri, ai sensi dell’art. 1, lett. a), legge 28 dicembre 1952, n. 3060 e dell’art. 1, D.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067, dovendo considerarsi vietate solo quelle che, in deroga al principio costituzionale della libera esplicazione del lavoro, sono riservate, da un’apposita norma, alla professione considerata”. Cass. pen., Sez. VI, 14 febbraio 2001, n. 385, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1388. V. anche Cass. pen., Sez. VI, 28 febbraio 1985, n. 6157, in *Foro it.*, 1986, II, p. 478 (con nota di INGROIA); Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 1993, n. 2685, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2126. Più recentemente: Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 17702, in *Studium Juris*, 2004, p. 1584; Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2001, n. 500, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1677.

¹⁸⁷ Cass. pen., Sez. VI, 5 luglio 2006, n. 26829, in *Ced* 2006.

¹⁸⁸ Cass. pen., Sez. VI, 8 ottobre 2002, n. 49, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1 (con nota di G. ARIOLLI e V. BELLINI). Aderendo a tale impostazione si deve ritenere che il reato in questione sia, al tempo stesso, eventualmente abituale e necessariamente abituale, bastando ad integrare la fattispecie tipica anche una sola condotta o richiedendosene una pluralità a seconda che l’agente ponga in essere attività riservate ovvero strumentali, con l’ulteriore verifica, in questo caso, circa l’onerosità delle prestazioni, indice necessario per ricondurre le seconde al concetto di esercizio della professione.

concretamente punibili vale a rispettare il suddetto principio, passibile di violazione quando la norma richiamata non permetta di individuare, per la vaghezza delle espressioni utilizzate, i connotati dell'attività da tutelare.

Come ha avuto modo di osservare la Corte Costituzionale *"il principio di tassatività [...] deve considerarsi rispettato anche se il legislatore, nel descrivere il fatto di reato, usi non già termini di significato rigorosamente determinato, ma anche espressioni meramente indicative o di rinvio alla pratica diffusa nella collettività in cui l'interprete opera, spettando a quest'ultimo determinarne il significato attraverso il procedimento ermeneutico di cui all'art. 12, primo comma, delle preleggi"* ⁽¹⁸⁹⁾.

Ragionando in tal senso, se la formula legislativa utilizza locuzioni che presentano uno spazio semantico aperto, il giudice sarà tenuto a verificare se la fattispecie sia suscettibile di essere tassativizzata mediante il ricorso a canoni interpretativi conosciuti.

Secondo parte della dottrina, in difetto di precise norme legislative o regolamentari, molto sarà rimesso al prudente apprezzamento del giudice, il quale dovrà considerare innanzitutto la *ratio legis*, ovvero i motivi che hanno determinato il Legislatore a prescrivere l'abilitazione per l'esercizio di quella determinata professione ⁽¹⁹⁰⁾.

¹⁸⁹ Corte Cost., ordinanza 13 giugno 1983, n. 169, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1927.

¹⁹⁰ F. ANTOLISEI, *Op. cit.*, Milano, 2003, p. 407. La violazione delle regole di competenza territoriale o funzionale non integra gli estremi dell'esercizio abusivo, come nell'ipotesi dell'avvocato che difenda in Cassazione senza essere iscritto nello speciale albo; si tratterà di responsabilità disciplinare in quanto condotta violativa di una regola di competenza.

Principio confermato anche dalla giurisprudenza, secondo la quale: "In tema di esercizio abusivo della professione, di cui all'art. 348 c.p., l'abusività consiste nell'essere sforniti di abilitazione statale; ove invece l'abilitazione sia stata conseguita e sia solo limitata nello spazio o preclusa nel tempo, non si

4. Figure problematiche: l'esercizio della professione forense.

Ciò precisato, è interessante vedere come la giurisprudenza e la dottrina abbiano affrontato la questione in merito ad alcune figure professionali particolarmente problematiche. Incominciando il nostro breve *excursus* dall'esercizio della professione forense, l'art. 21 del Codice di deontologia forense dispone che l'iscrizione all'albo costituisce presupposto per l'esercizio dell'attività giudiziale e stragiudiziale di assistenza e consulenza in materia legale e per l'utilizzo del relativo titolo.

L'atto di iscrizione all'albo professionale, conservato presso ogni Tribunale e soggetto a revisioni periodiche per verificare la sussistenza e la permanenza dei requisiti indispensabili per la permanenza all'interno di esso, può essere considerato come "atto di nascita" della professione di avvocato, senza il quale la professione non può essere esercitata ⁽¹⁹¹⁾.

Il possesso dei requisiti, quali, a) l'aver cittadinanza italiana; b) godere appieno dei diritti civili; c) essere di condotta specchiatissima ed illibata; d) essere in possesso di laurea in giurisprudenza conferita o confermata in una università della Repubblica; e) avere compiuto il periodo di pratica forense per il periodo di due anni; f) l'aver superato l'esame di Stato; g) avere la residenza o il domicilio nella circoscrizione del Tribunale nel cui albo si chiede l'iscrizione, consente l'iscrizione all'albo professionale.

può parlare di esercizio abusivo, e non si ha, quindi, illecito penale, fatte salve le eventuali sanzioni disciplinari". Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 1983, in *Giust. pen.*, 1984, II, p. 213.

¹⁹¹ A. BASTIANELLO, *La responsabilità penale dei professionisti*, Padova, 2012, p. 310.

Si è già avuto modo di approfondire la controversa questione se l'art. 348 c.p. tuteli esclusivamente gli atti tipici e propri, riservati ad una determinata professione, ovvero estenda il suo ambito di applicazione anche agli atti caratteristici, strumentalmente connessi con i primi.

A fronte di un primo orientamento, diretto ad escludere la rilevanza penale degli atti non esclusivi della professione, sostenuto da una parte della giurisprudenza, secondo la quale l'art. 348 c.p. non colpirebbe qualsiasi attività posta in essere che sia in relazione con l'esercizio della professione forense, ma solo quelle che sono "esclusivamente riservate", dalla legge, all'avvocato come, ad esempio, la redazione e la sottoscrizione di atti giudiziari ⁽¹⁹²⁾, si registra una diversa impostazione tendente ad estendere la portata applicativa della norma, ricomprendendo anche gli atti caratteristici, strumentalmente connessi a quelli tipici, purché compiuti in modo continuativo e professionale, in quanto anche in questo caso, si avrebbe esercizio abusivo della professione per la quale è richiesta, dalla legge, l'iscrizione all'albo. In tal senso, si è ritenuto configurabile il reato nel caso

¹⁹² Risponde del reato di cui all'art. 348 c.p. il praticante procuratore che compia atti tipici della professione legale ordinaria (come, ad esempio, la sottoscrizione della procura a margine della comparsa di costituzione per una citazione in tribunale), atteso che egli è agente e facultato solo in ambito ristretto e temporaneo all'esercizio della professione forense, laddove, per contro, lo svolgimento pieno dell'attività di patrocinio legale presuppone un'abilitazione che non è mera estensione operativa della facoltà in parola. Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre 2000, n. 13273, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2344.

Non commette il reato di abusivo esercizio della professione di avvocato il soggetto che rediga una relazione di consulenza, su carta intestata "Studio legale internazionale", in ordine ad un procedimento penale, in quanto la consulenza non rientra tra gli atti tipici per i quali occorre una speciale abilitazione, ma è un'attività relativamente libera, solo strumentalmente connessa con la professione forense. Cass. pen., Sez. VI, 11 marzo 2003, n. 17921, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4072.

di redazione di pareri legali, di compilazione di citazioni e di comparse conclusionali ⁽¹⁹³⁾.

5. (segue) il soggetto esercente la professione medica.

La questione si complica in materia di professione medica, a causa della pressoché assenza di norme extrapenali che definiscano compiutamente il concetto di “medicina” e di “professione medica”, e che elenchino, espressamente, quelli che possano definirsi come “atti tipici” di questa particolare categoria professionale ⁽¹⁹⁴⁾.

In particolare è necessario domandarsi se sia rispettosa del principio di determinatezza la carente descrizione ed elencazione degli atti medici c.d. “riservati”, come si evince nelle diverse normative sull’abilitazione alla professione medica, richiamate dall’art. 348 c.p., con riferimento ad ipotesi non espressamente vietate dalla legge ma nemmeno contemplate dagli insegnamenti universitari su cui si fonda l’abilitazione alla professione medica. Quanto maggiore sarà l’ambito della sfera professionale contemplata dall’art. 348 c.p., tanto più ristretti

¹⁹³ Cass. pen., Sez. VI, 28 luglio 1978, n. 10325, in *CPMA*, 1980, p. 346.

¹⁹⁴ Infatti, sebbene vi siano numerose fonti normative relative all’attività sanitaria, è incontestabile che in tali fonti difettino sia l’elencazione degli atti tipici, sia la stessa definizione di professione medica. Si vedano, ad esempio, il r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, recante il Testo Unico delle leggi sanitarie; il r.d.l. 5 maggio 1935, n. 184; il r.d. 30 settembre 1938, n. 1652, in tema di esami fondamentali e necessari per il conseguimento della laurea in medicina e chirurgia; il D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221, relativo ai requisiti per l’iscrizione agli albi degli ordini medico-chirurgici; la legge 21 febbraio 1963, n. 244 ed il D.P.R. 28 dicembre 1965, n. 1763, recante il tariffario delle prestazioni medico-chirurgiche; la legge 22 maggio 1978, n. 217, sul diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi da parte dei medici cittadini di Stati membri delle Comunità Europee; il d.m. 15 novembre 1980, sugli esami di Stato di abilitazione all’esercizio professionale.

saranno i margini per lo svolgimento libero delle pratiche terapeutiche alternative.

Riteniamo che l'individuazione degli atti tipici della professione medica possa avvenire in via deduttiva, dal complesso delle norme che regolano la materia; ogni professione, infatti, possiede una propria essenza, con la conseguenza che gli atti tipici non consisterebbero in altro se non nelle condotte capaci di estrinsecare, manifestare o attualizzare tale essenza. Limitatamente alla professione medica, quindi, per individuare gli atti tipici, sarà indispensabile ricercare l'ambito della competenza e il patrimonio di conoscenza in cui la professione medica essenzialmente consiste ⁽¹⁹⁵⁾.

E' la giurisprudenza a definire la professione medica come *"l'attività diretta ad individuare e diagnosticare le malattie, nel prescrivere la cura, nel somministrare i rimedi anche se diversi da quelli ordinariamente praticati: così ragionando commette il reato di esercizio abusivo della professione medica chiunque esprima giudizi diagnostici e consigli, ed appresti le cure al malato"* ⁽¹⁹⁶⁾.

Dobbiamo, quindi, ritenere atto di spettanza del medico qualsiasi atto di diagnosi e cura che sia caratterizzato da potenziali implicazioni pericolose per la salute: non si deve far riferimento alle diverse tecniche utilizzate, discriminando tra

¹⁹⁵ Questo è il pensiero di P. CIPOLLA, *La responsabilità dell'omeopata per il reato di cui all'art. 348 c.p., tra principi costituzionali, disciplina positiva e orientamenti della giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 2006, 11, p. 2547.

¹⁹⁶ Cass. pen, Sez. II, 9 febbraio 1995, n. 5838, in *Cass. pen.*, 1997, p. 394. Da tale condotta non è esclusa la psicoterapia, giacché la professione in parola è caratterizzata dal fine di guarire e non già dai mezzi scientifici adoperati: onde, qualunque intervento curativo, anche se si concreti nell'impiego di mezzi non tradizionali o non convenzionali da parte di chi non sia abilitato all'esercizio, integra il reato previsto dall'art. 348 c.p. Si veda anche Cass. pen., Sez. II, 17 dicembre 2010, n. 4641, in *D&G*, 2011. Per la dottrina si rimanda a G. CROCETTI – A. CUCINO – N. MAIORANO – P. STAMPA, *Manuale etico-giuridico della professione di psicologo*, Bologna, 2008, p. 9 e ss.

quelle inserite ufficialmente nei piani di studio universitari e le c.d. *pratiche non convenzionali*, potendo ritenersi "atti liberi" solo quelli relativi al corpo o alla mente che non abbiano finalità curative e non siano pericolosi per la salute ⁽¹⁹⁷⁾.

Applicando tale principio, la giurisprudenza di legittimità ha individuato ravvisato il reato in presenza di atti di agopuntura ⁽¹⁹⁸⁾, chiropratica o medicina non convenzionale ⁽¹⁹⁹⁾, pranoterapia ⁽²⁰⁰⁾ e omeopatia ⁽²⁰¹⁾, posti in essere da soggetti non

¹⁹⁷ M. MENEGHELLO, *Esercizio abusivo della professione sanitaria*, in (a cura di) A. BELVEDERE – S. RIONDATO, *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 1384. Cass. pen., Sez. VI, 29 maggio 1996, n. 2076, in *Riv. pen. ec.*, 1997, p. 277.

¹⁹⁸ L'agopuntura, al pari di altre terapie quali l'omeopatia, la omotossicologia, la fitoterapia ed altre terapie omologhe, "è annoverata tra le pratiche terapeutiche "non convenzionali", che richiedono la specifica conoscenza della scienza medica e che realizzano un'attività sanitaria consistente in una diagnosi di una alterazione organica o di un disturbo funzionale del corpo o della mente e nell'individuazione dei rimedi e nella somministrazione degli stessi da parte dello stesso medico o da personale paramedico sotto il controllo del medico". Per l'esercizio dell'agopuntura è richiesto il conseguimento della laurea in medicina, con la conseguenza che colui che la pratici, sprovvisto di tale titolo, commette il reato di cui all'art. 348 c.p. volto alla tutela della salute pubblica. Infatti, "sebbene l'agopuntura non costituisce materia d'insegnamento nelle università italiane, essa può essere esercitata solo da medici o chirurghi, essendo necessaria la conoscenza della medicina o della chirurgia per formulare l'esatta diagnosi, nonché per evitare conseguenze dannose al paziente". Cass. pen., Sez. VI, 27 marzo 2003, n. 22528, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 427.

¹⁹⁹ È configurabile il reato di esercizio abusivo della professione medica di cui all'art. 348 c.p. anche nell'esercizio di pratiche di medicina alternativa, quali la chiropratica, la naturopatia e l'iridologia, da parte di chi, senza essere in possesso di laurea in medicina, compia atti "propri" e "tipici" della professione medica, quali, ad esempio, il rilascio di ricette e la prescrizione di farmaci. Cass. pen., Sez. VI, 4 aprile 2005, n. 16626, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2005, p. 1213.

²⁰⁰ Costituisce esercizio abusivo della professione di psicologo l'attività del pranoterapeuta il quale non si limiti all'imposizione delle mani ma faccia

medici, ravvisando, all'intero di tali pratiche, la finalità della cura di malattie, mentre ha escluso l'assenza di "malattie" da curare, nonostante l'incidenza sul corpo umano delle condotte sottoposte al suo esame, nel caso di attività di tatuaggio ⁽²⁰²⁾, vendita di erbe ⁽²⁰³⁾.

precedere tale operazione da approfonditi colloqui su aspetti intimi della vita dei pazienti onde diagnosticare le problematiche di natura psicologica eventualmente all'origine dei disturbi da essi denunciati. Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 17702, in *Foro it.*, 2004, II, p. 618.

Si veda però anche Cass. pen., Sez. VI, 20 dicembre 1995, n. 3403, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3301, secondo la quale il reato di esercizio abusivo della professione medica può ritenersi sussistente solo nel caso in cui il soggetto abbia posto in essere comportamenti di esclusiva pertinenza e competenza del medico. La pranoterapia, consistendo in una mera imposizione delle mani senza alcun contatto diretto con il corpo del paziente, non integra gli estremi del reato previsto dall'art. 348 c.p. se non si accompagna al compimento di attività esclusive del medico.

²⁰¹ Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2007, n. 34200, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2414.

²⁰² Ai fini del delitto di cui all'art. 348 c.p. l'attività di tatuaggio, che consiste nell'introdurre pigmenti all'interno del derma mediante aghi elettrici, non persegue finalità terapeutiche, ossia di diagnosi, profilassi e cura degli eventi morbosi, bensì solo finalità estetiche e decorative. Conseguentemente, essa non rientra nell'ambito della professione sanitaria e delle relative arti ausiliare, per le quali si richiede la speciale abilitazione dello Stato. Così Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 1996, n. 524, in *Riv. giur. polizia*, 1997, p. 234

²⁰³ La semplice divulgazione di conoscenze o di tradizionali credenze circa il carattere benefico delle sostanze poste in vendita da un erborista non realizza, di per sé, il concetto di specialità farmaceutica in senso formale anche quando ciò sia accompagnato da spiegazioni sul modo di impiego alimentare del prodotto in relazione a sintomatologie di generale dominio; purché le informazioni fornite, sia pure sotto l'aspetto della terminologia adoperata siano prive del benché minimo requisito di rigore scientifico o di pretesa scientifica, per collocarsi invece sul piano del buon senso comune. Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 1997, n. 1557, in *Rass. dir. farm.*, 1998, p. 669. A meno che l'erborista non si limiti alla coltivazione ed alla raccolta delle piante officinali, nonché alla loro preparazione industriale, ma ponga in vendita al minuto il medicamento ottenuto, invadendo l'ambito di attività riservato dalla legge ai

Rimanendo nell'ambito della professione medica, è interessante verificare come, a differenza della professione dell'ottico, da considerare come un mero tecnico, per il quale si deve fare riferimento all'art. 12 del r.d. 13 maggio 1928, n. 1334 (Regolamento per l'esecuzione della legge 23 giugno 1927, n. 1264 sulla disciplina delle arti ausiliarie delle professioni sanitarie), laddove gli ottici possono confezionare, apprestare e vendere direttamente al pubblico occhiali e lenti, soltanto dietro prescrizione del medico, a meno che si tratti di occhiali protettivi o correttivi dei difetti semplici di miopia e presbiopia, esclusa l'ipermetropia, l'astigmatismo e l'afachia, ben più complessa è l'individuazione delle competenze dell'optometrista, la cui

farmacisti. Cass. pen., Sez. VI, 17 aprile 2003, n. 18358, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2806.

In merito alla professione di dentista, l'art. 7 della legge 24 luglio 1985, n. 409, istitutiva della professione sanitaria di odontoiatria, prevede, in attuazione del diritto di stabilimento di all'art. 52 del Trattato CE, in conformità alla direttiva del Consiglio CEE del 25 luglio 1978, n. 686, che i cittadini degli Stati membri delle Comunità europee che esercitano un'attività professionale nel campo delle odontoiatria e che siano in possesso dei prescritti diplomi, sia riconosciuto il titolo di odontoiatra, o di odontoiatra specialista. Per esercitare detta attività è necessario, ai sensi dell'art. 8 della stessa legge, che il soggetto interessato presenti domanda corredata al Ministero della sanità, che deve accertare la regolarità della domanda e della documentazione, e provvedere alla trasmissione della stessa all'ordine professionale competente per l'iscrizione. Cass. pen., Sez. VI, 13 giugno 1997, n. 5672, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1102.

Commette esercizio abusivo della professione di medico dentista, l'odontotecnico che non si limiti, come consentitogli dall'art. 11, r.d. 31 maggio 1928, n. 1334, a costruire apparecchi di protesi dentaria su modelli tratti dalle impronte fornite dai medici-chirurghi e dagli abilitati a norma della legge all'esercizio dell'odontoiatria, ma svolga attività riservata al medico nei confronti di pazienti che si rivolgono a lui, essendo, in particolare, vietati i rapporti diretti con il paziente ossia ogni manovra, cruenta o incruenta, nella bocca del paziente, foss'anche di sola ispezione del cavo orale o di mera rilevazione delle impronte. Cass. pen., Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 27741, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1046.

attività si sostanzia nella misurazione della vista. Tale attività non va giudicata, in negativo, in relazione all'attività consentita all'ottico, in quanto non è ad essa sovrapponibile, ma va ricondotta in positivo all'attività riservata al medico oculista per valutare se è stato invaso l'ambito strettamente curativo a questi riservato e solo se risulti attribuibile l'invasione di tale campo trova applicazione l'art. 348 c.p. ⁽²⁰⁴⁾.

La ricostruzione ora succintamente esposta evidenzia due ordini di problemi: dal punto di vista pratico, si è visto come nella letteratura non si rinvenga un criterio astratto ed univoco per determinare le attività riservate, in via esclusiva, al medico, con la conseguenza che la soluzione divergerebbe a seconda della nozione di "atto medico" preso in considerazione.

Sotto l'aspetto teorico, può far sorgere perplessità il fatto che la norma, per l'individuazione del precetto, rimandi ad una diversa fonte normativa, la quale per descrivere un dato essenziale della fattispecie, ovvero la nozione di atto medico "riservato", richiami dei parametri valutativi non giuridici, e non unanimemente accettati.

Riteniamo che un certo aiuto possa provenire dall'individuazione dell'interesse penalmente protetto dall'art. 348 c.p., il quale può fungere da faro ermeneutico per la comprensione del significato dell'elemento normativo di provenienza extrapenale: in altre parole, l'interesse tutelato

²⁰⁴ Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2001, n. 27853, in *Ragiufarm*, 2002, f. 71, p. 71. Così, l'optometrista potrà utilizzare metodologie dirette alla mera rieducazione dell'organo della vista. Cass. pen., Sez. VI, 25 agosto 1995, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 273. Oltre alla misurazione della vista, potrà apprestare, confezionare e vendere, senza previa ricetta medica, occhiali e lenti correttive non solo per i casi di miopia e presbiopia, ma anche nei casi di astigmatismo, ipermetropia e afachia. Cass. pen., Sez. VI, 24 giugno 2003, in *Riv. pen.*, 2004, p. 528.

assume una importanza non trascurabile per la determinazione del precetto ⁽²⁰⁵⁾.

Così, se la disposizione incriminatrice, applicata alle professioni sanitarie, deve essere interpretata, come crediamo, quale strumento di salvaguardia del bene interesse alla vita, integrità e salute dei componenti dell'ordinamento, mediante la minaccia di una sanzione nei confronti dei soggetti privi dell'esperienza e delle conoscenze idonee a delimitare la potenzialità lesiva degli atti medici, ne consegue che la riserva statale non consiste nelle differenti modalità attraverso le quali l'attività curativa si manifesta, ma nell'attività curativa in sé per sé considerata, in quanto pericolosa per la salute.

Di conseguenza, se è vero che la professione medica consiste in un insieme di condotte che implicano valutazioni diagnostiche e curative del corpo e della psiche dell'uomo, dovremmo considerare come "libero" qualsiasi atto che non possieda alcuna finalità curativa della malattia.

²⁰⁵ Nello stesso senso P. CIPOLLA, *Op. cit.*, 2006, 11, p. 2547. La previsione normativa di "riserve professionali", ovvero della necessità che una determinata professione sia esercitata solo previa acquisizione di un'abilitazione da parte dello Stato, la quale presupponga l'accertamento della idoneità tecnica del soggetto interessato ad esercitare quella professione, funge proprio da strumento primario di tutela di beni-interessi pubblici e privati su cui le professioni regolamentate vanno ad incidere.

CAPITOLO II

ABUSO DI UFFICIO

Sommario: 1. Profili generali. – 2. Gli atti normativi rilevanti: la violazione di legge o di regolamento. – 3. Ulteriori problemi di determinatezza. Le qualifiche soggettive. In particolare, la problematica della nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio. – 4. Riflessione conclusiva sulla natura dei rinvii normativi contenuti all'interno dell'art. 323 c.p.

1. Profili generali.

Il reato di abuso di ufficio, di cui all'art. 323 c.p., ha da sempre posto sul tappeto delicati problemi di "contatto" tra diritto penale, ed in particolare la funzione giudiziaria, e l'operato della pubblica amministrazione; da tempo gli studiosi hanno dimostrato una certa preoccupazione derivante dalla possibilità, per il giudice penale, di "penetrare", anche in maniera piuttosto rilevante, all'interno dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

E' evidente che tale "penetrazione" sarà più pressante nel momento in cui la norma incriminatrice che disciplina il reato, che vede il pubblico funzionario quale responsabile, sia costruita

in termini generici mentre, al contrario, una norma sufficientemente dettagliata e precisa delimita, forzatamente, l'intervento del potere punitivo all'interno dei pubblici poteri.

Prima della legge n. 26 del 1990, si parlava di "*abuso innominato*" e la norma puniva il **pubblico ufficiale** il quale, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, avesse commesso qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio ⁽²⁰⁶⁾.

I dubbi di costituzionalità nascevano dal fatto che il rinvio alle norme di diritto amministrativo era talmente ampio, come sottolineato da importante dottrina, che all'interno della condotta di abuso dei poteri inerenti alle funzioni non era inquadrabile un "tipo" di comportamento unitario, intendendo come tale "una classe di condotte umane dotate di una uniforme struttura o contenuto valutativo" ⁽²⁰⁷⁾.

L'art. 13 della legge del 1990, fondando un nuovo art. 323 c.p., incriminava, salvo che il fatto costituisse più grave reato, il pubblico ufficiale o l'**incaricato di un pubblico servizio**, che, **al fine** di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio **non**

²⁰⁶ Per ulteriori approfondimenti si rimanda a E. CONTIERI, voce *Abuso di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 187 e ss.; M. P. GIUSINO, voce *Abuso innominato di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 44; R. RAMPONI, *L'abuso di ufficio*, in (a cura di) F. COPPI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 118.

²⁰⁷ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 406. Dal punto di vista strettamente linguistico, tale classe di condotte era riconducibile ad una unità definitoria, che era quella assicurata dalla definizione di "condotta violatrice di norme giuridico-positive del diritto amministrativo". Anche sotto il profilo valutativo era individuabile un generico disvalore unitario presentato dalle condotte di tale classe, consistente nell'offesa che reca all'ordinamento qualunque azione inosservante delle sue regole. Tale contenuto di disvalore poteva essere considerato inadeguato a giustificare la creazione di un'unica fattispecie, che veniva così a racchiudere "tipi" di fatti socialmente valutati come diversi ed eterogenei.

patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, avesse abusato del suo ufficio. Era prevista una circostanza aggravante nel caso in cui il vantaggio avesse avuto **carattere patrimoniale**. Tale prima modifica legislativa trasformava il reato di abuso d'ufficio in una figura cardine del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, mediante un tentativo diretto a descrivere il fatto punibile con maggiore precisione. Tale riforma, però, non produsse gli effetti sperati della restrizione dell'area del penalmente rilevante; nella prassi, infatti, il concetto di abuso di ufficio era dilatato al punto da provocare "incursioni ancora maggiori del magistrato penale in sfere amministrative che dovrebbero rimanere sottratte alla sua competenza" ⁽²⁰⁸⁾.

Per tale motivo, a pochi anni dalla riforma del 1990, il legislatore è nuovamente intervenuto, con la legge n. 234 del 1997, nel tentativo di restringere il campo di intervento del giudice penale, allo scopo di liberare la pubblica amministrazione da ingerenze del potere giudiziario e dal pericolo di inerzia conseguente alla paura di una criminalizzazione del suo operato e di limitare il controllo penale sull'attività dei pubblici amministratori entro confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri.

La nuova formulazione dell'art. 323 c.p., a seguito delle modifiche introdotte dalla legge appena citata, dispone che *"Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, **nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione delle norme di legge o di regolamento**, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, **intenzionalmente** procura a sé o ad altri un **ingiusto vantaggio patrimoniale** ovvero arreca ad altri un **danno ingiusto**, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*

²⁰⁸ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna, 2002, p. 240.

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità”.

Gli obiettivi politico-criminali di cui sopra sono stati, quindi, legislativamente perseguiti: 1) innanzitutto, modificando la struttura oggettiva del reato. La fattispecie, da reato a consumazione anticipata ed a dolo specifico è stata trasformata in “reato di evento”, nel senso che, ai fini della consumazione, non è più sufficiente il fine di vantaggio o di danno, ma occorre l’effettiva produzione dell’uno o dell’altro. Inoltre, si è tentato di delimitare ulteriormente il fatto punibile sia circoscrivendo il vantaggio al solo vantaggio “patrimoniale”, sia prevedendo specifiche modalità di realizzazione del fatto produttivo del risultato: l’evento di vantaggio o di danno deve essere prodotto “in violazione di norme di legge o di regolamento ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti”; 2) in secondo luogo, intervenendo sull’elemento soggettivo: il legislatore ha ritenuto di precisare che, seppure non sia più richiesto il dolo specifico, il fatto sia punibile soltanto se commesso con dolo intenzionale, escludendo di conseguenza la rilevanza, ai fini della configurazione del reato, del c.d. “dolo eventuale” (e, apparentemente, anche del dolo cd. diretto, categoria intermedia che si configura tutte le volte in cui l’agente si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice e si rende conto che la sua condotta sicuramente la integrerà: in tale prospettiva non sarà punibile il pubblico funzionario che, pur agendo ad altro fine, si rappresenti tuttavia che la sua condotta irregolare è destinata a produrre con sicurezza vantaggi o danni ingiusti).

Il rispetto del principio di determinatezza sembrerebbe passare, per l’appunto, attraverso l’inserimento di alcuni elementi costitutivi del reato di abuso d’ufficio, che ora andremo succintamente ad esaminare, prima di passare alla tematica dei

soggetti attivi del reato, ovvero “lo svolgimento delle funzioni o del servizio” e “la violazione di norme di legge o di regolamento” ⁽²⁰⁹⁾.

Una prima considerazione non può essere contestata: affinché si abbia abuso di ufficio non è sufficiente una qualsiasi deviazione delle dinamiche dell'ufficio rispetto agli scopi tipici, se non si vuole correre il rischio di “appiattare” l'illecito penale su quello di carattere amministrativo o addirittura disciplinare, idoneo ad aprire le porte verso dannose intromissioni del giudice penale sulle valutazioni discrezionali o di merito della pubblica amministrazione.

Appare evidente, infatti, che un sindacato troppo esteso del giudice penale sul corretto uso della discrezionalità amministrativa rischia di danneggiare e non salvaguardare il buon andamento della pubblica amministrazione, “consigliando una amministrazione pavida, difensiva e burocraticamente ossessionata dal rispetto del cavillo” ⁽²¹⁰⁾.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha avuto modo di dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., per violazione degli art. 3, 25,

²⁰⁹ Il riferimento alla violazione di legge o di regolamento è destinato ad attribuire al fatto tipico una dimensione strettamente collegata non più alla discrezionalità dell'azione amministrativa, quanto, piuttosto, ad un tipo di condotta tesa ad infrangere un vincolo indefettibilmente prefissato. Come vedremo, la riforma della fattispecie in esame, chiaramente rivolta ad assicurare un più elevato coefficiente di tipicità del fatto, in tanto potrà risultare realmente idonea allo scopo, in quanto simili doveri possano desumersi quanto meno da una categoria di fonti normative univocamente predeterminabili e puntualmente identificate, sia sotto il profilo della loro tipologia, sia sotto quello della loro strutturazione interna, delle modalità descrittive, cioè, dei doveri che da esse discendono. Così G. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, 05, p. 1633.

²¹⁰ A. VALLINI, *L'abuso di ufficio*, in (a cura di) F. PALAZZO, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p. 288.

comma 2 e 97 Cost. Secondo i giudici delle leggi, poiché la condotta del reato di abuso d'ufficio si concreta in un uso illegittimo dell'ufficio e poiché detta illegittimità consiste in un atto (o più in generale in un comportamento) dell'agente viziato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere (secondo l'elaborazione giurisdizionale amministrativa di detta categoria) è manifestamente infondata, appunto, la sollevata questione di legittimità costituzionale sia per l'assunta violazione dell'art. 97 Cost., poiché appare all'evidenza che un uso illegittimo dell'ufficio nei termini suddetti integri l'offesa ai beni giuridici dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, sia per l'assunta violazione dell'art. 25 Cost., relativamente ai principi di legalità e di determinatezza.

Detti ultimi requisiti, già presenti nell'elemento materiale del reato, come sopra delineato, ricevono un ulteriore contributo dalla stessa formulazione relativa alla modalità del dolo specifico, poiché tanto il vantaggio che il danno devono essere "ingiusti" e tale requisito dell'ingiustizia, dotato di propria autonomia, va valutato in termini oggettivi ⁽²¹¹⁾.

2. Gli atti normativi rilevanti: la violazione di legge o di regolamento.

La delimitazione dell'ampiezza della condotta penalmente punibile si rinviene anche attraverso la chiarificazione dei requisiti di illiceità; come accennato, l'obiettivo fondamentale perseguito dal legislatore del 1990 è stato quello di raggiungere un migliore livello di determinatezza della condotta incriminabile come abuso di ufficio e del ridimensionamento

²¹¹ Cass. pen., Sez. VI, 6 giugno 1996, n. 7071, in *Riv. pen.*, 1996, p. 839. Meno recentemente Corte Cost., 19 febbraio 1965, n. 2, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 984.

dell'ambito di applicabilità della fattispecie contemplata dall'art. 323 c.p.

In tal senso la norma precisa che, oltre al fatto che l'abuso deve consistere in uno svolgimento di un'attività inerente all'ufficio o al servizio, la stessa venga posta in essere in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi nei casi in cui vi sia un obbligo in tal senso.

L'accento posto sulla violazione di legge o di regolamento dovrebbe tendere ad evitare che l'abuso punibile venga identificato con il mero *eccesso* o *sviamento di potere*, con il rischio di uno sconfinamento del controllo penale in forme di indebito sindacato sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione ⁽²¹²⁾.

Certa parte della dottrina ritiene che se questo fosse stato effettivamente l'obiettivo avuto di mira dal legislatore la giustizia ne avrebbe subito un serio danno, posto che le tipologie più gravi di sfruttamento dell'ufficio a fini privati consisterebbero proprio negli stravolgimenti dell'uso del potere discrezionale; l'unico modo per evitare l'applicazione della disposizione sull'abuso di ufficio ai casi di eccesso o sviamento di potere sarebbe stato quello di statuirlo espressamente, cosa che non è avvenuto all'interno del testo definitivo dell'art. 323 c.p. ⁽²¹³⁾.

²¹² G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna, 2002, p. 245. La scelta di circoscrivere alla legge ed al regolamento il carattere abusivo della condotta si spiega con il carattere di maggior valore formale che tali categorie di atti produttivi di regole presentano rispetto alla molteplicità delle altre possibili categorie. Infatti la legge ed il regolamento assicurano maggior certezza e una presunzione di conoscenza della regola violata per G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, I, Padova, 2001, p. 571.

²¹³ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000, p. 242. Del resto, secondo l'Autore, se si

Comunque sia, indipendentemente dalla teoria che si intende accogliere, l'obiettivo avuto di mira dal legislatore non sembra raggiunto appieno, se si considera come vi possa essere il concreto rischio di ricondurre all'interno della "violazione di legge" anche condotte c.d. *accessorie* all'ufficio o al servizio (basti pensare ad attività materiali commesse in violazione dei doveri e fonte di danno per il cittadino).

Con il termine **legge** il Legislatore ha inteso, ovviamente, non solo la fonte normativa di competenza del Parlamento, ovvero la legge ordinaria dello Stato, ma anche la Costituzione, la legge costituzionale, la legge regionale, la legge delle province autonome e, secondo un certo orientamento, qualsiasi fonte di diritto sovraordinata alla legge ordinaria (si pensi ai regolamenti comunitari, direttamente applicabili all'ordinamento italiano).

La norma non si riferisce solamente alle leggi che governano un procedimento amministrativo in senso stretto, ma qualunque legge indirizzata alla pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie attribuzioni, anche materiali ⁽²¹⁴⁾.

Maggiori problematiche di determinatezza pone il concetto di **regolamento**, a causa della mancanza di indicazioni costituzionali e di una univoca nomenclatura nella teoria delle fonti del diritto. Infatti, in senso lato, potrebbero dirsi come "regolamenti" diverse fonti subordinate alla legge ordinaria,

fosse voluto fare riferimento proprio al concetto tecnico di violazione di legge nel diritto amministrativo, si sarebbe dovuta usare nel testo di legge tale esatta espressione e non quella, tecnica, di "violazione di norme di legge o di regolamento", che richiama, piuttosto, il generale meccanismo delle fonti del diritto.

²¹⁴ Vi si ricomprendono le norme di legge penale o di procedura penale, che regolano in particolare le funzioni di specifici pubblici ufficiali, quali il pubblico ministero o gli agenti di polizia giudiziaria. Vi si ricomprendono pure le norme a contenuto disciplinare in quanto anche queste regolano aspetti peculiari all'esercizio di una pubblica funzione o di un pubblico servizio. Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Op. cit.*, Padova, 2001, p. 574.

generali e vincolanti per la pubblica amministrazione (es. decreti, regolamenti, ordinanze, circolari, bandi, ecc.).

Obiezioni si potrebbero avere, sotto il profilo di un rigoroso rispetto del principio di riserva di legge in materia penale, e, per quanto a noi interessa, del principio di determinatezza, nel senso che la fattispecie di abuso è costruita in modo tale da ammettere che una fonte normativa secondaria, come il regolamento, concorra alla descrizione dell'illecito penale per la determinazione di elementi significativi del fatto punibile.

Per stabilire la sussistenza del reato di abuso d'ufficio, sotto il profilo della violazione di regolamento, occorre avere riguardo all'attributo formale che viene impresso all'atto amministrativo dal legislatore; non è, quindi, sufficiente che l'atto medesimo abbia, nella sostanza, valore normativo, ma è necessario che esso sia stato emanato all'esito di un procedimento tipico imposto dal legislatore per il compimento di talune scelte da parte delle amministrazioni ⁽²¹⁵⁾.

Per "norme di legge o di regolamento", quindi, dobbiamo intendere quelle che abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico proprio della legge e del regolamento: in particolare, per quanto attiene a quest'ultimo, si deve fare riferimento alle norme emanate nell'esercizio della potestà regolamentare dal Governo (art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400) o dalle province e comuni (art. 5 della legge 8 giugno 1990, n. 142, ora art. 7 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), compresi quelli diretti all'ordinamento degli uffici e della dotazione organica e l'art. 25 della legge 20 marzo 1974, n. 70, per i regolamenti organizzativi, ad esclusione dei regolamenti emanati da soggetti privati ⁽²¹⁶⁾.

Un passato orientamento della giurisprudenza di legittimità, al contrario, affermava che, ai fini della

²¹⁵ Così M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, p. 205.

²¹⁶ Cass. pen. Sez. VI, 18 maggio 2001, in *Guid. dir.*, 2001, 30, p. 53.

configurabilità dell'abuso di ufficio, non rilevassero solo le norme che vietavano puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico funzionario, ma qualsiasi altra norma, anche di natura procedimentale, la cui violazione determinasse, comunque, un danno ingiusto a norma dell'art. 2043 c.c.; precetto, quest'ultimo, che, secondo il più recente orientamento delle Sezioni Unite Civili, deve essere considerato non come norma secondaria, volta a sanzionare una condotta vietata da altre disposizioni, ma come norma primaria diretta a apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui.

Il delitto di abuso d'ufficio è configurabile non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato "letterale", o "logico-sistematico" di una norma di legge o di regolamento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico "fine" perseguito dalla norma, concretandosi in uno "svolgimento della funzione o del servizio" che oltrepassa ogni possibile scelta discrezionale attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine ⁽²¹⁷⁾.

E' necessario, quindi, che la norma violata non sia solo strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti il comportamento del pubblico funzionario e che la stessa abbia i caratteri formali e sostanziali delle leggi o dei regolamenti. Per questo motivo la corrente di pensiero dominante è orientata nell'escludere la sufficienza della violazione dei **principi generali** di cui all'art. 97 Cost. (buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione), per affermare la violazione di legge ⁽²¹⁸⁾. Questo in quanto la violazione penalmente rilevante deve riguardare solo norme dotate di uno specifico contenuto prescrittivo: "*Nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p., con*

²¹⁷ A. VALLINI, *Op. cit.*, Napoli, 2011, p. 317.

²¹⁸ Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2009, n. 13097, in *www.dejure.giuffre.it.*; analogamente Cass. pen., Sez. VI, 26 agosto 2008, n. 34157, in *D&G*, 2008.

riferimento all'inciso "in violazione di norme di legge o di regolamento", si esclude che possano venire in rilievo norme puramente programmatiche quale quella prevista dall'art. 97 Cost., o altre di analogo contenuto" (219).

In altre parole, a seguito della riforma del 1997, l'art. 323 c.p. non punisce più tutti i comportamenti che comunque concretizzano un uso illegittimo dei poteri funzionali o un illegittimo esercizio dei compiti inerenti a un pubblico servizio, e di conseguenza ledono il buon funzionamento o l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma occorre, invece, la violazione di una norma, avente caratteri formali e il regime giuridico della legge o del regolamento, che vieti puntualmente il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio (220).

Sul punto, però, si segnala un'altra impostazione giurisprudenziale secondo la quale l'abuso di ufficio può essere integrato anche dall'inosservanza del principio costituzionale dell'imparzialità della pubblica amministrazione, per la parte in cui riguarda l'attività dei pubblici funzionari, poiché esprime il divieto di ingiustificate preferenze o favoritismi (221).

²¹⁹ Cass. pen., Sez. VI, 5 maggio 1999, n. 7581, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2240.

²²⁰ Si veda P. Pisa, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, 2, Padova, 2011, p. 352.

²²¹ Cass. pen., Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 25162, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1025.

Parimenti, per quanto riguarda le **norme interne al procedimento amministrativo**, secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 323 c.p. la violazione di legge rilevante è solo quella riferita a disposizioni dotate di uno specifico contenuto prescrittivo, con esclusione delle norme meramente procedurali, da intendersi rigorosamente come quelle destinate a svolgere la loro funzione all'interno del procedimento, senza incidere in modo diretto ed immediato sulla decisione amministrativa. Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149, in *Cass. pen.*, 2007, p. 178; Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 2003, n. 34049, in *Cass.*

pen., 2005, p. 808; Cass. *pen.*, Sez. VI, 1 marzo 1999, n. 5488, in *Cass. pen.*, 2000, p. 867.

Ad una diversa soluzione approda una impostazione minoritaria della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio, nell'ipotesi in cui all'agente sia contestato di avere arrecato un danno ingiusto, non rilevano solo le norme che vietano puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ma ogni altra norma, anche di natura procedimentale, la cui violazione determini comunque un danno ingiusto a norma dell'art. 2043 c.c.; precetto, questo, che va considerato non come norma secondaria volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme, ma come norma primaria volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. Cass. *pen.*, Sez. VI, 24 febbraio 2000, n. 4881, in *Cass. pen.*, 2003, p. 511.

E' stata ritenuta idonea ad integrare la violazione di legge, rilevante ai fini della sussistenza del reato di abuso di ufficio, l'inosservanza, da parte dell'amministratore pubblico, del dovere di compiere una adeguata istruttoria diretta ad accertare la sussistenza delle condizioni richieste per il rilascio di un'autorizzazione. Cass. *pen.*, Sez. VI, 4 novembre 2004, n. 69, in *Ced.*, rv. 230901.

Riteniamo che, in tema di abuso d'ufficio, la violazione di norme di leggi o di regolamenti contemplata dalla fattispecie, di cui all'art. 323 c.p., non possa essere integrata dall'inosservanza delle **disposizioni inserite nel bando di concorso**, il quale è atto amministrativo e, quindi, fonte normativa non riconducibile a quelle tassativamente indicate dal succitato art. 323 (*id est* legge o regolamento). Cass. *pen.*, Sez. III, 19 ottobre 1999, n. 13795, in *Cass. pen.*, 2001, p. 841. Sicché, nel caso di mancata valutazione obiettiva dei candidati, la norma, penalmente rilevante, risiede nella l. 29 marzo 1983, n. 93 (legge quadro sul pubblico impiego) che si applica a tutte le pubbliche amministrazioni (art. 1), che all'art. 20 stabilisce che il reclutamento dei pubblici dipendenti avviene mediante concorso e che questo consiste nella valutazione obiettiva del merito dei candidati, accertato mediante l'esame dei titoli e/o delle prove selettive.

Le disposizioni contenute nelle **circolari ministeriali** atte, ad esempio, a regolamentare l'uso delle auto di servizio, non assumono né il carattere formale e sostanziale di cogenza autonoma *uti universi*, tipizzante le norme di legge né quelle del regolamento, per difetto di contenuto di efficacia primaria o secondaria *erga omnes*, risolvendosi in disposizioni regolamentanti il funzionamento interno dell'ufficio e, come tali, correttamente qualificabili

Sicuramente la violazione di norme di legge o di regolamento potrà consistere anche nella violazione delle regole sulla **competenza**, anche se sarà necessaria la sussistenza di una certa competenza di fatto, senza la quale la condotta risulterebbe del tutto priva di carica offensiva: così, se il soggetto agente abusa dei propri poteri allo scopo di avvantaggiare altri o per recare a loro un danno, l'abuso non costituirà reato se comporta un distacco tale dalla competenza del pubblico funzionario che l'atto in questione non abbia alcuna idoneità a provocare il vantaggio o il danno ⁽²²²⁾.

Problematiche di rispetto del principio di determinatezza potrebbero emergere anche in relazione all'altra modalità tipica di realizzazione dell'abuso, che consiste nell'omettere di astenersi, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, **o negli "altri casi" prescritti**.

Resta dubbio a cosa voglia riferirsi il legislatore con il termine "altri casi prescritti", ovvero se tale locuzione sia riferita

come normativa ad efficacia interna che non può essere ricompresa nella sfera di tipica violazione di legge e regolamento di cui all'art. 323 c.p. Cass., pen. Sez. VI, 13 maggio 2003, n. 27007, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1605.

²²² Di grande rilievo è la tematica del rilascio di un permesso di costruire in **difformità rispetto agli strumenti urbanistici**, che costituiscono fonti sub-regolamentari. In tale situazione, la giurisprudenza ritiene che possa configurarsi abuso di ufficio e per fare ciò ricorre alla nozione di *violazione mediata*. Dato che sono le norme di legge statale o regionale ad imporre il rispetto degli strumenti urbanistici, il mancato rispetto costituirebbe violazione di legge per Cass. pen., Sez. III, 3 giugno 2008, n. 22134, in *Guid. dir.*, 2008, 40, p. 79. Analogamente Cass. pen., Sez. VI, 24 giugno 1999, in *Guid. dir.*, 1999, 32, p. 67.

Quanto detto si pone in contrasto con altra giurisprudenza la quale ritiene che nell'ipotesi accennata vi sia non solo una violazione del principio della riserva di legge, ma anche una violazione del principio di determinatezza, in quanto il riferimento ad una fonte mediata rimetterebbe la valutazione del fatto tipico a fonti delle quali non sarebbe predefinito dal legislatore il contenuto e l'ambito di applicazione. Così Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 6247, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1904.

ai soli casi di violazione del dovere di astenersi o a qualsiasi modalità attraverso le quali il soggetto attivo abbia provocato l'ingiusto danno o vantaggio.

Se si accoglie la prima soluzione, la dizione verrebbe ad alludere a casi nei quali al pubblico funzionario sia vietata una certa condotta per ragioni diverse dal concorrere di un proprio interesse personale, come nell'ipotesi di divieto di superamento dei limiti della competenza o il divieto di svolgere le funzioni o il servizio al solo scopo di avvantaggiare sé stesso o danneggiare altri.

E' preferibile ritenere che la dizione vada intesa nel senso da includere nel fatto tipico di abuso di ufficio non solo le condotte commesse in immediata violazione di legge o di regolamento, ma anche tutte le altre commesse violando una qualsiasi prescrizione giuridica ⁽²²³⁾.

A sostegno dell'assunto, l'art. 6 del d.m. 31 marzo 1994 (*Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*), norma non regolamentare, prescrive che il dipendente deve astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o di attività che possano coinvolgere interessi propri ovvero dei suoi parenti entro il quarto grado o conviventi, di individui od organizzazioni cui egli stesso o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito, di individui o organizzazioni di cui egli sia il tutore, curatore, procuratore o agente, nonché di enti, organizzazioni, comitati, società o stabilimenti di cui egli sia amministratore o gerente, e in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza.

²²³ A. PAGLIARO, *Op. cit.*, Milano, 2000, p. 247. La mera violazione del dovere di astenersi che non sia stata compiuta intenzionalmente per cagionare un danno o un vantaggio ingiusto, o che non sia stata idonea a cagionarlo, non costituisce, da sola, il delitto di abuso di ufficio, ma rimane un fatto moralmente riprovevole e un illecito amministrativo.

Il riferimento agli “altri casi” consentirebbe di attribuire un rilievo a doveri di astensione non necessariamente previsti da legge o da regolamento, anche quando non considerino un conflitto di interessi propri del pubblico funzionario con un prossimo congiunto in senso penalistico, bensì altre situazioni potenzialmente influenti sul buon andamento del procedimento⁽²²⁴⁾.

A ben vedere, omettere di astenersi, ovvero un non fare un non fare, significa fare qualcosa che non si doveva fare; la condotta è, quindi, attiva e non omissiva, ovvero causalmente orientata verso la produzione dell’evento tipico⁽²²⁵⁾.

Sono rilevanti, in tal senso, il divieto di un comportamento, o della partecipazione o all’emanazione di un provvedimento, nel caso in cui questi corrispondano ad un interesse personale dell’agente o di un prossimo congiunto. L’art. 323 c.p., sul punto, non effettua alcun rinvio a fonti esterne, posto che è la stessa norma incriminatrice a fondare una impostazione generica ma, al tempo stesso, rigorosa.

²²⁴ M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 2006, p. 206. Non è detto che le astensioni espressamente previste apportino sempre un maggiore livello di certezza, in quanto, accanto a norme dai contorni oggettivi e soggettivi ben definiti, se ne trovano anche di quelle che, per essere disponibili ad occupare un’area applicativa potenzialmente più ampia, impiegano termini dal significato non propriamente circoscritto, quando non volutamente elastico. Basti pensare, a titolo d’esempio, all’art. 51 c.p.c., richiamato dall’art. 39 del D.P.R. 636/1972 per i componenti delle commissioni tributarie e dall’art. 6 della legge 276/1997, per i giudici onorari aggregati, per il quale il giudice deve astenersi se abbia interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto, se egli stesso o la moglie sia parente sino al quarto grado o legato da *vincoli di affiliazione* o sia *convivente* o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori, e se egli stesso o la moglie abbia causa pendente o *grave inimicizia* o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori.

²²⁵ A. VALLINI, *Op. cit.*, 2011, p. 331.

Vi è comunque la necessità che dall'omessa astensione derivi un ingiusto danno o vantaggio patrimoniale, il che esclude che possa esservi abuso di ufficio nel caso di una mera disubbidienza ad un precetto di carattere deontologico, così come nel caso in cui, anche se l'agente si fosse astenuto, si sarebbe verificato il medesimo evento tipico.

Possiamo fare l'esempio di una deliberazione collegiale ove non siano note attività di persuasione tali da indurre altri componenti a prendere una certa decisione, se il singolo voto non può ritenersi decisivo.

Interessante sentenza della giurisprudenza di legittimità ha affermato che il consigliere comunale non ha il dovere di astenersi da deliberare di approvazione di piani regolatori generali, trattandosi di atto finale di un procedimento complesso in cui confluiscono e si compensano molteplici interessi, collettivi o individuali, sicché il voto espresso dal singolo amministratore non riguarda una specifica prescrizione ma il contenuto generale dell'atto.

Sussiste invece il dovere di astensione, ed è conseguentemente configurabile il reato in caso di mancata astensione, qualora si tratti di partecipazione a delibere su opposizioni al piano regolatore generale riconducibili a interessi personali sia propri dell'amministratore sia di un prossimo congiunto ⁽²²⁶⁾.

Un profilo di incontrollabile estensione potrebbe essere costituito dalla mancata specificazione del tipo di interesse; posto che sembrerebbe assumere rilievo anche un coinvolgimento solo morale, si è evidenziato come il coinvolgimento del terzo "non prossimo congiunto", nei confronti del quale l'agente intrattenga un rapporto amoroso o

²²⁶ Cass. pen., Sez. VI, 15 febbraio 2000, n. 11600, in *Cass. pen.*, 2003, p. 511.

amichevole possa essere considerato come in “interesse affettivo” del pubblico funzionario.

3. Ulteriori problemi di determinatezza. Le qualifiche soggettive. In particolare, la problematica della nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio.

L’art. 323 c.p. delinea un reato “proprio”, in quanto non può essere commesso da chiunque, ma solo da colui il quale possieda, al momento del fatto, una determinata qualifica che, nella fattispecie, è indicata come quella di “pubblico ufficiale” e di “incaricato di pubblico servizio” ⁽²²⁷⁾.

La nozione di pubblico ufficiale, così come quella di incaricato di un pubblico servizio, è sempre stata estremamente controversa, sia in dottrina che in giurisprudenza, a causa della vaghezza delle definizioni normative, soprattutto nella formulazione originaria degli artt. 357 e 358 c.p ⁽²²⁸⁾. In

²²⁷ Da un lato abbiamo il c.d. pubblico ufficiale: qualità che comporta maggiori responsabilità così come una maggiore protezione a fronte di offese estranee, che si estrinseca, di solito, in una più intensa risposta sanzionatoria. Dall’altro abbiamo l’incaricato di un pubblico servizio, che si colloca in una posizione non altrettanto qualificata ispirando interventi penali meno incisivi. Tale considerazione è sottoposta a critica in quanto, a seguito della riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, attuata con la l. 26 aprile 1990, n. 86, le due tipologie di pubblico agente risultano essere in gran parte parificate, nel senso che i reati che una volta erano propri solo del pubblico ufficiale sono oggi riferibili anche all’incaricato di un pubblico servizio. A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in (a cura di) F. PALAZZO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p. 730.

²²⁸ Le disposizioni in commento, anche nell’originaria formulazione del codice penale, si presentavano come migliorative rispetto a quanto disciplinato all’interno dell’art. 207 il quale, muovendo da una definizione generale e sintetica, indicava come pubblico ufficiale colui il quale rivestisse pubbliche funzioni a servizio dello Stato, della Provincia, dei Comuni o di un

particolare, a differenza della funzione legislativa e di quella giudiziaria, il cui ambito è facilmente caratterizzabile, la funzione amministrativa non è agevolmente inquadrabile all'interno di uno schema tipico, in grado di caratterizzarla sia all'esterno che nei confronti di un pubblico servizio ⁽²²⁹⁾.

Prima dell'intervento riformatore del 1990, diverse furono le teorie dirette ad individuare i parametri mediante i quali tentare una differenziazione tra le due qualifiche in esame: così, in estrema sintesi, i sostenitori della teoria c.d. "autonomista", argomentando dalla clausola "agli effetti della legge penale", proponevano di desumere le caratteristiche delle qualifiche immediatamente dalla disciplina penale di riferimento, giungendo a ritenere significativa la titolarità di poteri di coazione e di certificazione, proprio questi ultimi considerati

istituto sottoposto per legge alla tutela di tali enti, sviluppando una casistica in parte deviante rispetto a quella generale.

L'art. 284 estendeva la qualifica a soggetti autorizzati a formare atti ai quali la legge attribuiva pubblica fede.

Le definizioni codicistiche di cui agli artt. 357 e 358 c.p. risultano vaghe e criptiche ad un tempo, dunque inadatte a delimitare alcunché; l'elaborazione di queste nozioni da parte degli interpreti talora ripete formule tratte, poco indulgiando in una verifica circa la loro attinenza alle attuali dinamiche amministrative, in specie al fenomeno sempre più cospicuo, variegato e complesso della "ibridazione" tra profili pubblicistici e privatistici di funzioni e servizi. Così A. VALLINI, *La nozione di incaricato di pubblico servizio e l'odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, p. 4294.

²²⁹ L'indeterminatezza delle definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio fece emergere quanto mal riposta fosse la fiducia nell'univocità delle nozioni di diritto amministrativo alle quali acriticamente si rinviava, con il risultato di una sostanziale libertà del giudice che finiva con il risolversi in un'applicazione particolarmente estensiva, animata dalla naturale entropia di dinamiche casistiche. V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, p. 23 e ss.

come elemento distintivo tra pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio ⁽²³⁰⁾.

Altra impostazione privilegiava porre le medesime qualifiche in un rapporto da *genus* a *species*, essendo, la qualifica di pubblico ufficio, dotata di tutti i requisiti di quella di pubblico servizio, ma connotata dalla dotazione di certi poteri, quindi speciale ⁽²³¹⁾.

Con l'entrata in vigore del Codice Rocco, si svilupparono due filoni interpretativi diametralmente opposti: secondo la c.d. "concezione oggettiva", quello che rilevava era non tanto il rapporto di impiego con l'ente pubblico, quanto la natura pubblica della funzione esercitata, così come l'effettivo esercizio della funzione stessa ⁽²³²⁾, mentre la concezione "soggettiva" valorizzava proprio il riferimento ad un pubblico impiego, con la conseguenza che veniva considerato come incaricato di un pubblico servizio il soggetto inserito in un rapporto di impiego pubblico o legato ad un ente pubblico per effetto di una "concessione", senza esercizio di una funzione ma solo di un servizio ⁽²³³⁾.

L'emersione e l'accoglimento dell'impostazione oggettiva porta alla luce la necessità di distinguere tra esercizio di una pubblica funzione ed esercizio di un pubblico servizio. Certa

²³⁰ F. GRISPIGNI, *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova, 1954, p. 570 e ss. La teoria venne criticata in quanto esistono disposizioni che mostrano come anche chi non sia un pubblico agente possa essere titolare di poteri certificativi ed autoritativi, senza considerare come esistano soggetti che svolgono funzioni essenziali all'interno dei poteri decisionali della pubblica amministrazione, senza essere muniti di poteri certificativi o autoritativi. Così A. VALLINI, *Op. cit.*, Napoli, 2011, p. 733.

²³¹ M. CORRADINO, *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1316.

²³² G. MARINI, *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli artt. 357 – 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 568.

²³³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, V, Torino, 1981, p. 6 e ss.

corrente di pensiero propose di distinguere tra attività diretta al “conseguimento di fini essenziali dello Stato” e attività orientata alla produzione di utilità tali solo per la “collettività”, non essenziali per la sopravvivenza dello Stato ⁽²³⁴⁾. Altri commentatori ritenevano che la distinzione attenesse al possesso di determinati requisiti, quali, il potere di imperio e di supremazia come, ad esempio, il potere coercitivo, di certificazione, di rappresentanza o deliberativo delle decisioni della Pubblica Amministrazione ⁽²³⁵⁾.

Sotto il vigore del codice Rocco “ante riforma”, quindi, permangono forti dubbi di determinatezza, amplificati nel momento in cui l’evoluzione economica comporta un “trasferimento” di attività a rilievo collettivo in capo a soggetti privati e ad un intervento pubblico in attività private, sotto forma di controllo, indirizzo e diretta partecipazione ⁽²³⁶⁾.

Ai sensi dell’art. 357 c.p., così come modificato dalla legge 86/1990 e dalla legge 181/1992, è **pubblico ufficiale** anche chi esercita una “*pubblica funzione amministrativa*”, funzione che viene definita dal comma successivo come quella “*disciplinata da norme di diritto pubblico e da altri atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi*”.

²³⁴ M. GALLO, *Nozione del pubblico ufficiale, dell’incaricato di un pubblico servizio e dell’esercente un servizio di pubblica utilità nel nuovo codice penale*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, p. 1066.

²³⁵ P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983, p. 129.

²³⁶ Gli artt. 357 e 358 c.p. erano norme che intenzionalmente rinunziavano a definire, perché contavano sulla intrinseca determinatezza delle categorie utilizzate, senza considerare l’intrinseca opinabilità di qualificazioni meramente dogmatiche, né la loro necessaria mutabilità nel tempo, a fronte degli inevitabili cambiamenti circa i fini ed i mezzi dell’azione amministrativa. A. VALLINI, *Op. cit.*, Napoli, 2011, p. 743.

Si assiste ad un superamento della concezione soggettiva, oltre che alla tecnica del rinvio in bianco ad elaborazioni pubblicistiche, per privilegiare la concezione oggettiva ⁽²³⁷⁾: all'ordinamento interessa, infatti, la Pubblica Amministrazione come "attività", improntata a criteri di imparzialità, buon andamento ed orientamento verso una finalità pubblicistica, secondo i parametri offerti dalla legge. Il funzionario pubblico, in altre parole, interessa per quello che fa e non per quello che è, assumendo rilievo qualsiasi agire amministrativo anche se non immediatamente imputabile ad un pubblico ente ⁽²³⁸⁾.

Quello che viene preso in considerazione, quindi, non è il rapporto tra il soggetto e la funzione, ma il rapporto tra la condotta tipica e l'esercizio di una specifica mansione di qualità pubblica ⁽²³⁹⁾. Come recentemente sottolineato anche dalla giurisprudenza di legittimità "*ai fini dell'individuazione della qualifica di pubblico ufficiale occorre avere riguardo non tanto al rapporto di dipendenza tra il soggetto e la Pubblica Amministrazione,*

²³⁷ V. MANES, *Op. cit.*, Torino, 2010, p. 65 e ss. Sebbene il disegno riformatore sia da salutare con estremo favore, introducendo una disciplina ispirata alla maggiore chiarezza e autosufficienza, le nuove definizioni non appaiono meglio determinate, in quanto i dettagli sono fatti di termini astratti ed allusivi.

²³⁸ E' pacifico che anche un privato possa considerarsi come pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, come nel caso in cui il soggetto sia legato ad un ente pubblico da un rapporto di lavoro autonomo.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, si è ritenuto individuabile un pubblico ufficiale a prescindere da qualsiasi rapporto di impiego da pubbliche amministrazioni, anche nel caso di attività di volontariato. Così Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2006, Brini, in *Ced*, rv. 235134.

²³⁹ Quello che assume rilievo sarebbe il rapporto di tipo *temporale*, ovvero la contestualità tra l'esercizio di mansioni connesse ad una qualità soggettiva e il fatto, oppure il rapporto *finalistico* o *strumentale* tra la condotta penalmente tipica e le mansioni svolte. In tal senso si veda Cass. pen., Sez. VI, 24 aprile 1998, Grande, in *Ced*, rv. 213895.

ma ai caratteri propri dell'attività in concreto esercitata dal soggetto ed oggettivamente considerata" (240).

La scelta di definire la sola funzione amministrativa, e non anche la funzione legislativa e giudiziaria, appare giustificata dalla considerazione che queste ultime categorie sono, già sul piano definitorio, caratterizzate da connotazioni interne tipicizzate ed omogenee, tali da comportare una immediata individuazione degli elementi oggettivi della funzione e dei soggetti che ne sono titolari.

La "funzione amministrativa", quindi, viene definita sulla base di **parametri esterni ed interni**. I parametri "esterni" consistono nella regolamentazione di essa da parte di norme di "diritto pubblico" e di "atti autoritativi", mentre gli elementi di riconoscimento interno consistono nello svolgimento di funzioni relative all'attività di formazione e manifestazione della volontà dell'amministrazione pubblica e nell'esercizio di poteri autoritativi o certificativi (241).

In merito ai parametri esterni, la funzione amministrativa risulta limitata, in negativo, escludendone l'esistenza tutte le volte in cui ci si trovi di fronte a istituti sicuramente riconducibili alla regolamentazione privatistica, come nel caso in cui l'attività sia disciplinata nelle forme di un contratto tipico o ricalchi gli schemi ordinari del procedimento di formazione di un negozio giuridico privato (242).

²⁴⁰ Cass. pen., Sez. V, 16 dicembre 2008, n. 46310, in *Ced*, rv. 242589; Cass. pen., Sez. VI, 11 marzo 2003, n. 11417, in *Ced*, rv. 224050. Meno recentemente Cass. pen., Sez. VI, 17 giugno 1995, n. 6980, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3324.

²⁴¹ F. RAMACCI, *Norme interpretative e definizioni: la nozione di "pubblico ufficiale"*, in (a cura di) F. COPPI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 335.

²⁴² P. S. DI BENEDETTO, *Le nuove definizioni delle figure di pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357 e 358 c.p.*, in (a cura di) F. COPPI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 347.

Sul punto è bene segnalare un certo orientamento giurisprudenziale diretto a desumere la qualifica di pubblico ufficiale direttamente dalla presenza di poteri autoritativi, certificativi o decisionali, ritenendo come la regolamentazione che attribuisca poteri di quel genere non possa che essere pubblicistica ⁽²⁴³⁾. Tale affermazione è sottoposta a critica nel momento in cui si ricorda che anche in relazione ad attività di carattere privatistico possono sussistere potestà certificative o autoritative (come nel caso del potere del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti).

La funzione amministrativa, dunque, è quella disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi. Già in tal senso si registra una vaghezza del parametro fornito dal legislatore che ha determinato notevoli incertezze nella giurisprudenza la quale è orientata nella ricerca di elementi "sintomatici" di una disciplina che difficilmente possa essere qualificabile come di diritto privato.

Una certa impostazione, non condivisibile, in quanto si pone in contrasto con il *favor* legislativo per una nozione di carattere oggettivo, tende a distinguere il diritto pubblico da quello privato a seconda del soggetto coinvolto ⁽²⁴⁴⁾. Altra corrente di pensiero sembra cogliere il tratto qualificante del rapporto di diritto pubblico nella supremazia di una delle parti coinvolte nel rapporto ⁽²⁴⁵⁾. Anche questa teoria urta con il nuovo testo degli artt. 357 e 358 c.p., in quanto il potere di supremazia non caratterizza tutti i funzionari pubblici, ma solo il pubblico ufficiale, considerando, inoltre, che anche il pubblico ufficiale

²⁴³ Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2007, Tardiola, in *Ced*, rv. 237668; Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2007, Maccagno, in *Ced*, rv. 237419; Cass. pen., Sez. VI, 16 aprile 2007, Villa, in *Ced*, rv. 237604.

²⁴⁴ M. CORRADINO, *Op. cit.*, p. 1333.

²⁴⁵ G. ZANOBINI, voce *Diritto pubblico (diritto moderno)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1968, p. 1022.

può caratterizzarsi da poteri di carattere non autoritativo, ma decisionale o certificativo.

Non mancano Autori che individuano la caratteristica comune dell'attività del pubblico agente nella natura vincolata del soggetto, con la conseguenza che sarebbero norme di diritto pubblico quelle che attribuiscono prerogative e poteri solo a soggetti specificamente individuati dall'ordinamento ⁽²⁴⁶⁾. Anche questo criterio è insoddisfacente posto che esistono norme che sebbene si riferiscano a chiunque, sono in grado di individuare il pubblico ufficiale (basti pensare alle norme del codice di procedura penale che attribuiscono al soggetto privato la facoltà di arresto).

Preferibile, dunque, l'impostazione che vede la normativa pubblica come quella che vincola una determinata attività per indirizzarla, autoritativamente, verso una pubblica utilità, postulando delle scelte vincolate ed ispirate ai criteri del buon andamento e dell'imparzialità, soluzione che appare appagante anche in relazione alla *ratio* che sta alla base del dettato costituzionale di cui agli artt. 97 e 98 Cost. ⁽²⁴⁷⁾.

²⁴⁶ G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio (a proposito dei dirigenti e dei dipendenti delle banche di diritto pubblico che esercitano il credito ordinario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 10 e ss. Altri Autori valorizzano i meccanismi di applicazione della sanzione a fronte di inottemperanze alla disciplina, con la conseguenza che sarebbe di diritto pubblico la disciplina che prospetti l'attivazione di ufficio da parte di un soggetto titolare di un diritto-dovere di procedere. Così P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Op. cit.*, Milano, 1983, p. 58 e ss.

²⁴⁷ Si delinea un criterio distintivo fondato su parametri sufficientemente determinati, che impongono all'interprete una valutazione della disciplina legale dell'attività di riferimento, alla ricerca di norme chiaramente ispirate alle logiche dell'uguaglianza e della continuità verso il perseguimento di un interesse pubblico, tanto da sottrarre il fenomeno regolamentato alle regole del mercato. Per opportuni approfondimenti si rimanda a F. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi*

Problematiche di determinatezza sembrerebbero coinvolgere anche gli “atti autoritativi”, essendo dubbio se questi debbano essere presi in considerazione come “fonte regolamentatrice” o come “strumento di estrinsecazione della funzione” (248).

Il pubblico ufficiale deve contribuire alla formazione della volontà della Pubblica Amministrazione, ovvero di una volontà che si manifesta in atti che esprimono e presuppongono un potere di carattere deliberativo (249). Il problema è dato dalla mancanza della precisazione della qualità e della consistenza del contributo tipico; a fronte di chi ritenga che, in tal senso, rilevino solo gli apporti destinati a riflettersi nel contenuto dell’atto che formalizza la volontà della Pubblica Amministrazione (250), si contrappone l’orientamento che, in una prospettiva “estensiva”, considera pubblico ufficiale chiunque dia un contributo di carattere anche preparatorio o istruttorio, consultivo o di cooperazione indiretta alla elaborazione di atti e provvedimenti

costituzionali, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, p. 2387.

²⁴⁸ Secondo autorevole dottrina, soggezione all’atto autoritativo significherebbe la possibilità di una incidenza unilaterale, da parte di soggetti pubblici, nei confronti della quale appaiono irrilevanti le preferenze individuali da parte del soggetto esercente la funzione medesima. In altre parole, l’atto autoritativo esprime la mancanza di un monopolio del titolare della mansione rispetto alla mansione stessa. A. VALLINI, *Op. cit.*, Napoli, 2011, p. 775.

²⁴⁹ Nella nozione di “formazione” rientra qualsiasi apporto ad un meccanismo di elaborazione della volontà della Pubblica Amministrazione che coinvolga una pluralità di soggetti. A. SEGRETO – G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 22.

²⁵⁰ R. BERTONI, *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio. La nuova disciplina*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 884.

anche di mera natura tecnica o addirittura di carattere prettamente materiale ⁽²⁵¹⁾.

Il punto è che, come sottolineato da accorta dottrina, ciò che interessa è dato dalla verifica se l'autore della condotta sia titolare del potere-dovere di gestire la mansione secondo criteri di imparzialità, buon andamento e interesse pubblico, con la conseguenza che non potrà attribuirsi la qualifica pubblicistica in capo a chi sia impossibilitato a orientare o contribuire ad orientare, secondo la propria discrezionalità, la funzione ai suddetti parametri ⁽²⁵²⁾.

Ad una lettura più approfondita dell'art. 358 c.p. appare come la nuova formulazione abbia manifestato una propria inadeguatezza a qualificare il processo di "privatizzazione" e "liberalizzazione" dei servizi di pubblico interesse in quanto, come delineato da accorta dottrina, la sottrazione alla logica del "monopolio" evidenzia il venir meno di qualsiasi profilo pubblicistico per difetto di una regolamentazione che possa definirsi effettivamente di diritto pubblico ⁽²⁵³⁾.

Per quanto attiene ai parametri "interni", nel novero dei **poteri autoritativi** non rientrano solo i poteri coercitivi, ma anche tutte le attività che sono esplicitazione di un potere pubblico discrezionale nei confronti del cittadino, ovvero di un

²⁵¹ Cass. pen., Sez. VI, 5 maggio 2004, n. 21088, in *Ced*, rv. 228871; Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 1998, n. 5575, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2849. In senso sostanzialmente analogo Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 4102, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1447.

²⁵² M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 2008, p. 274. Il concetto di manifestazione della volontà della Pubblica Amministrazione si presta, in linea di principio, ad una interpretazione vuoi estensiva, vuoi restrittiva, per cui conterebbe solo l'attività di rappresentanza in senso stretto, vale a dire il compito istituzionale di manifestare, nei rapporti coi terzi, deliberazioni prese all'interno dell'istituzione. A. VALLINI, *Op. cit.*, Napoli, 2011, p. 788.

²⁵³ V. MANES, *Op. cit.*, Torino, 2010, p. 85.

soggetto che non si trova su un piano di sostanziale parità rispetto all'autorità ⁽²⁵⁴⁾.

Rientrano all'interno dei **poteri certificativi** tutte le attività di documentazione cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria. Il potere certificativo è il potere di "rendere certa" una determinata situazione il quale ricomprende, in sé, sia il potere di documentare qualificazioni o situazioni giuridiche *erga omnes*, sia la possibilità di acclarare qualificazioni o situazioni giuridiche in termini che non possono esplicitare i loro effetti oltre i soggetti del rapporto.

Il punto è che tra la forma di potere certificativo pubblico e la forma del potere documentativo dei privati esiste una "zona grigia" costituita dal potere certificativo non fidefacente. Proprio per tale motivo risulta preferibile, ai fini di delineare la funzione amministrativa, limitare la portata applicativa dell'art. 357 c.p. ai soli poteri certificativi fidefacenti ⁽²⁵⁵⁾.

L'art. 358 c.p. definisce l'**incaricato di un pubblico servizio** come colui che presta un servizio pubblico, inteso quale attività disciplinata nelle medesime forme della pubblica funzione, ma in assenza dei *poteri tipici* di quest'ultima che sono, come sottolineato, la formazione o la manifestazione della volontà della pubblica amministrazione, nonché lo svolgimento dei

²⁵⁴ M. ROMANO, *Op. cit.*, Milano, 2008, 271. Per la giurisprudenza Cass. pen., 6 giugno 1991, Toso, in *Cass. pen.*, 1992, p. 69.

²⁵⁵ Il concetto di certificato non può estendersi a qualsiasi documentazione che non abbia la funzione di testimoniare, attestare, dichiarare la veridicità o le caratteristiche di determinate situazioni di fatto o di diritto. Assumono rilievo, quindi, non solo gli atti che fanno piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal redigente e delle dichiarazioni e dei fatti che egli attesta essere stati da lui compiuti o avvenuti in sua presenza, ma anche accertamenti che documentano l'attività di funzionario, vincolata o connotata da requisiti di discrezionalità tecnica. A. BONDI, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI – P. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, p. 59.

poteri posti in essere per mezzo di poteri certificativi o autoritativi.

A prima vista, potrebbe sembrare che gli unici elementi distintivi tra pubblica funzione e pubblico servizio siano costituiti dalla presenza o assenza dei poteri certificativi ed autoritativi, mentre il criterio della "manifestazione della volontà della pubblica amministrazione" potrebbe essere considerato come un tratto qualificante entrambe le nozioni.

A ben vedere, però, se si vuole ricondurre il potere di manifestazione della volontà della pubblica amministrazione all'interno dei requisiti comuni al pubblico servizio ed alla pubblica funzione, anziché individuarlo come requisito esclusivo di quest'ultima, si correrebbe il rischio di restringere, fino ad annullare, la figura del pubblico servizio, limitandola a rarissime ed eccezionali ipotesi come quella, ad esempio, del concessionario che agisce, per espressa deroga di regime, in nome e per conto della pubblica amministrazione.

L'opinione dominante considera quella di pubblico servizio come attività a carattere intellettuale, caratterizzata, quanto al contenuto, dalla mancanza dei poteri propri della pubblica funzione, con la quale è solo in rapporto di accessoria o complementarietà ⁽²⁵⁶⁾.

Riteniamo, concordemente con la dottrina più recente, che, al fine di identificare l'incarico di un pubblico servizio, non si possa fare riferimento ad una nozione strettamente soggettiva, per la quale assumerebbe tale qualifica solo chi possa gestire un

²⁵⁶ Certa parte della dottrina, poi, sottolinea l'anacronismo del parametro tradizionalmente utilizzato come presupposto per l'individuazione della figura dell'incarico di un pubblico servizio, ovvero la "concessione", provvedimento idoneo ad attribuire una condizione privilegiata a soggetti operanti nel mercato; secondo tale impostazione, lo strumento che attualmente si predilige, per il raggiungimento di tali scopi, all'interno dei settori "liberalizzati", dovrebbe essere costituito dall'"autorizzazione". V. MANES, *Op. cit.*, Torino, 2010, p. 129 e ss.

servizio pubblico in senso stretto, o meramente oggettiva, secondo la quale sarebbe servizio pubblico solo l'attività che risponda intrinsecamente ad un qualche interesse pubblico.

Preferibile appare una nozione c.d. oggettivo-soggettiva, a detta della quale un servizio pubblico, anche se attuato da un soggetto privato, rimane quale sempre che l'attività risulti imputabile ad un soggetto pubblico ⁽²⁵⁷⁾.

Di particolare importanza, relativa alla delimitazione della nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio, è la figura dell'assistente sociale, sia per la delicatezza dell'attività da questo svolta, sia per la sussistenza di un eterogeneo *corpus* normativo a questo dedicato (codice penale, codice deontologico, legislazione speciale in tema di adozione ed interruzione volontaria della gravidanza, solo per citarne alcuni).

L'**assistente sociale**, ai sensi della legge n. 84 del 23 marzo 1993, viene definito come un professionista che opera con autonomia tecnico-professionale e di giudizio, in tutte le fasi dell'intervento per la prevenzione, il sostegno ed il recupero di persone, famiglie, gruppi e comunità in situazione di bisogno e di disagio, potendo anche svolgere, a tal proposito, attività formativa o didattica ⁽²⁵⁸⁾.

In tal senso l'operatore sociale svolge compiti di gestione, concorrendo all'organizzazione ed alla programmazione e esercitando, all'occorrenza, attività di coordinamento e direzione dei Servizi Sociali.

²⁵⁷ Costituirebbero disciplina di diritto pubblico, ex artt. 357 e 358 c.p., le norme volte a vincolare una data attività al perseguimento di un fine non disponibile, per così dire, dal gestore dell'attività stessa, dettando criteri di imparzialità e buon andamento ed escludendo la possibilità di orientare le proprie scelte a mere predilezioni personali o a calcoli di convenienza economica. A. VALLINI, *Op. cit.*, 2012, p. 4304 e ss.

²⁵⁸ Per approfondimenti si rimanda a G. NEPPI MODONA – D. PETRINI – L. SCOMPARIN, *Giustizia penale e servizi sociali*, Bari, 2009, p. 135 e ss.

La domanda che ci dobbiamo porre è la seguente: *quando si può ritenere che un assistente sociale eserciti una funzione disciplinata da norme di diritto pubblico, in modo da rivestire la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio?*

Abbiamo visto come, a seguito della riforma del 1990, ciò che rileva per quanto attiene all'assunzione di dette qualifiche, sia esclusivamente la natura delle funzioni esercitate in concreto, ovvero delle mansioni specificamente svolte (si parla, infatti, di "funzione-oggettiva"); la funzione è pubblica in tutti i casi in cui questa è disciplinata da norme di diritto pubblico o che siano espressione di potestà pubbliche.

Così ragionando, ad esempio, potrà ritenersi pubblica la funzione svolta da un operatore sociale alle dipendenze dello Stato (prefettura) o di un ente pubblico territoriale (una ASL, provincia, comune, comunità montana), mentre non potrà assumere tale caratteristica l'attività esercitata da un assistente sociale che operi quale libero professionista, ad esempio svolgendo attività di consulenza per una ditta privata.

In realtà, però, come altrove sottolineato, non è tanto il rapporto di dipendenza con l'ente pubblico ad assumere rilievo, quanto la funzione concretamente esercitata. Infatti, anche il soggetto privato dovrà essere ritenuto pubblico ufficiale o incaricato di pubblico esercizio nel caso in cui svolga un servizio pubblico, come nel caso dell'assistente sociale il quale, fuori da qualsiasi rapporto di lavoro subordinato con un ente pubblico, venga chiamato a far parte di una commissione giudicatrice per il superamento dell'esame di Stato per l'iscrizione ad un albo professionale.

Quanto detto riguarda la c.d. **delimitazione esterna** della pubblica funzione, ovvero quella che la distingue dall'attività privata.

Per quanto attiene alla **delimitazione interna**, diretta a verificare quando un soggetto, nell'esercizio di tale attività,

assuma la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, bisogna fare riferimento, ancora una volta, agli artt. 357 e 358 c.p. Da tali norme evinciamo che la funzione è pubblica quando il soggetto concorre a formare o a manifestare la volontà della pubblica amministrazione, oppure svolge le proprie mansioni per mezzo di poteri autoritativi (ad esempio emettendo ordini che pongono il soggetto privato in una posizione di subordinazione) o certificativi (quando una determinata situazione viene definita come certa dall'operatore).

La giurisprudenza di legittimità, nelle rare volte in cui si è interessata della problematica ⁽²⁵⁹⁾, ha ritenuto pubblico ufficiale **l'assistente sociale dell'amministrazione penitenziaria**, dal momento che egli concorre, con le proprie relazioni al direttore del carcere o al giudice di sorveglianza, a formare la volontà della pubblica amministrazione, come nel caso in cui costui emani un provvedimento di trasferimento di un detenuto da un istituto penitenziario ad un altro, oppure conceda una misura alternativa alla detenzione, e ciò anche negli interventi che costituiscono un presupposto non vincolante del provvedimento del giudice.

Cosa accade nel caso in cui l'assistente sociale operi all'apice dell'organizzazione del Servizio Sociale? Non è raro, infatti, che l'operatore sociale sia impiegato a livello medio-alto presso gli Enti locali (si pensi alla dirigenza nel settore amministrativo o contabile, al settore socio-sanitario, ad incarichi di alta professionalità) oppure in organismi di controllo (Revisori del Conto, Uffici di controllo interno di gestione, Commissioni mediche di verifica riguardo agli invalidi civili).

Si è sostenuto, ad esempio, che il **dirigente di un servizio sociale** che predispone i turni di lavoro dei colleghi e firma i fogli per la concessione delle ferie deve essere considerato, in relazione a questi atti, come pubblico ufficiale. Si parlerà di

²⁵⁹ Cass. pen., Sez. VI, 19 ottobre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, p. 557.

incaricato di pubblico servizio nel caso in cui la funzione pubblica sia esercitata al di fuori dei poteri autoritativi o certificativi, sempre che il soggetto non eserciti mere mansioni di ordine, o esecutive, o materiali, come il centralinista o un usciere.

Recentemente il giudice nomofilattico ha affermato che **l'amministratore, anche di fatto, di un'associazione che svolge attività di recupero di soggetti tossicodipendenti**, che sia beneficiaria di erogazioni finanziarie pubbliche vincolate, assume la qualifica di incaricato di pubblico servizio, in relazione all'attività di gestione della suddetta comunità ⁽²⁶⁰⁾.

4. Riflessione conclusiva sulla natura dei rinvii normativi contenuti all'interno dell'art. 323 c.p.

La riforma del 1990 ha tentato, come visto, di valorizzare e potenziare la tipizzazione legislativa del fatto di abuso di ufficio per contenere il sindacato del giudice penale in materie riservate alla discrezionalità politica della Pubblica Amministrazione.

Propositi che, però, sebbene perseguiti dal legislatore non appaiono del tutto soddisfacenti, none essendo riusciti ad offrire una maggiore tipizzazione della norma, al fine di realizzare una fattispecie effettivamente determinata ⁽²⁶¹⁾.

²⁶⁰ Cass. pen., Sez. VI, 19 novembre 2009, n. 44501, in *Ced*, rv. 245007.

²⁶¹ Rimane irrisolto, secondo certa dottrina, il problema della c.d. "supplenza giudiziaria", fenomeno che ha costituito l'effetto della indeterminatezza, vaghezza delle numerose fattispecie ora confluite nell'attuale delitto di abuso di ufficio. R. RAMPIONI, *Op. cit.*, Torino, 1993, p. 110. La condotta criminosa dell'abuso di ufficio consta di una formula sufficientemente ampia tale da ricomprendere, oltre alla figura dell'abuso generico di potere, anche le vecchie condotte di "distrazione" e di "presa di privato interesse"; formula ancora più estesa rispetto al passato in quanto facente riferimento a tutte quelle condotte che si concretizzano in un uso

Per quanto a noi interessa appare, altresì, problematica l'individuazione della esatta natura dei rinvii operati dall'art. 323 c.p., ovvero se si sia in presenza di una norma penale in bianco oppure di una norma integrata da elementi normativi (giuridici), soluzione che prende le mosse dalla corretta qualificazione in termini di elemento attinente al precetto o al fatto, nelle forme, appunto, di elemento normativo.

In estrema sintesi, secondo un criterio autorevolmente proposto, inerisce al "precetto" la norma che individua gli elementi del fatto in ragione del loro significato basilare, mentre completa il "fatto" la disposizione che contribuisce alla selezione dei dati fattuali rispondenti a quel significato, senza arricchire di ulteriori elementi la regola comportamentale sanzionata ⁽²⁶²⁾.

Sulla base di tale considerazione, conformemente alla corrente dottrinale che riteniamo di accogliere ⁽²⁶³⁾, preferiamo considerare gli elementi in commento come elementi attinenti al "fatto", alla stregua di elementi normativi. Cosa sia abuso di ufficio e quale sia la regola di condotta la cui trasgressione risulta sanzionata lo si evince dalla lettura dell'art. 323 c.p., disposizione che appare, già alla lettera, perfettamente dotata di senso ⁽²⁶⁴⁾.

deviato o distorto dei poteri funzionali e che pongono in pericolo il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

²⁶² Se la disposizione mutasse, cambierebbero le situazioni di fatto alle quali si applica la norma incriminatrice, ma non il "senso" della disposizione incriminatrice. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 241 e ss.

²⁶³ O. DI GIOVINE, *Concessione edilizia illegittima e abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 2000, p. 148.

²⁶⁴ Le leggi o i regolamenti non dicono cosa sia il reato di abuso di ufficio ma aiutano alla comprensione di quando il reato possa dirsi integrato. Per approfondimenti si veda G. LICCI, *Abuso di ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in *Scritti in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 483. Nello stesso senso E. INFANTE, *Abuso d'ufficio*, in (a cura di) A. CADOPPI –

Da ciò il problema della eventuale indeterminatezza della legge o del regolamento richiamato dalla fattispecie incriminatrice. Ci siamo già interrogati (v. *retro* Capitolo 2, § 6) sulla problematica relativa alla necessità di assoggettare gli elementi normativi al principio costituzionale di determinatezza, avendo evidenziato, in tale frangente, come il più recente orientamento giurisprudenziale del giudice delle leggi ⁽²⁶⁵⁾ abbia ritenuto irrealizzabile solo il sindacato diretto delle disposizioni normative di origine amministrativa, lasciando “libero” il controllo di legittimità, anche in relazione a queste ultime, quando siano oggetto di richiamo a completamento del contenuto precettivo della norma primaria.

In tal modo si evita che solo una parte dell’art. 323 c.p. sia coperta dalla garanzia costituzionale e che la restante parte sia lasciato alle regole in vigore nei diversi rami del diritto cui fa parte la disposizione richiamata.

Potremmo essere indotti a credere che la fattispecie di cui all’art. 323 c.p. sia precisa per il solo fatto di pretendere che vi sia una violazione di legge o di regolamento, a prescindere dalla precisione delle fonti richiamate. Il che non è; posto che la norma incriminatrice richiede la violazione della norma richiamata è necessario che quest’ultima stabilisca “precise” direttive di condotta.

L’abuso di ufficio, presentandosi come una figura “residuale” e di “chiusura”, posta al confine con fenomeni di illiceità meramente amministrativa, comporta che spetti al legislatore, in definitiva, tracciare nettamente il confine incerto con l’area destinata alla discrezionalità della pubblica amministrazione mediante quello che potremmo definire come “eccesso di dettaglio” o “eccesso di tipizzazione” non in grado,

S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, II, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, p. 317.

²⁶⁵ Corte Cost., 30 dicembre 1994, n. 456, in *Giur. cost.*, p. 3953.

ancora oggi, di risolvere tutte le problematiche connesse al rispetto del principio di determinatezza.

Un'apertura verso un sindacato di discrezionalità, limitato da un riferimento a puntuali disposizioni normative, con la dovuta attenzione a non creare irragionevoli disparità tra le fonti appare, comunque, auspicabile, ⁽²⁶⁶⁾.

Si dovrebbe allora ritenere che il richiamo alla violazione di norme di legge o di regolamento postuli un giudizio fondato su regole di condotta che siano almeno relativamente determinate, con la conseguenza che i processi di abuso d'ufficio dovrebbero disputarsi spesso sul contenuto delle regole.

Si tratta di una prospettiva gravida di potenziali difformità sistematiche, essendo chiaro che il grado di tassatività delle prescrizioni normative, nei diversi settori dell'attività amministrativa, può risultare variabile per ragioni del tutto occasionali. Così, potrebbe capitare che in alcuni settori la "vetustà" della disciplina ignori il richiamo a regole elastiche, mentre in altri settori, coinvolti in recenti opere di riforma legislativa, si profilino parametri normativi elastici sulla cui base precaria, proprio in quanto in continua evoluzione, si pongono forti problematiche di determinatezza.

²⁶⁶ Risultato che potrebbe ottenersi, ad esempio, utilizzando una formula che riproponga il concetto di abuso nei seguenti termini: "il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, abusa dei propri poteri, in violazione di specifiche disposizioni di legge o di regolamento o che attuano norme di legge o di regolamento. A. VALLINI, *Op. cit.*, Napoli, 2011, p. 375.

CAPITOLO III

INOSSERVANZA DEI PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITÀ

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'art. 650 c.p. e la determinatezza: le ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico e di igiene.

1. Considerazioni introduttive.

Risponde della contravvenzione contemplata dall'art. 650 c.p., salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, *"chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene"*.

L'obiettivo della norma è quello della tutela dell'ordine pubblico, riconducibile all'interno dell'ordine pubblico generale, ma specificamente attinente al buon assetto e regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono, nella collettività, l'opinione ed il senso della tranquillità e della sicurezza ⁽²⁶⁷⁾.

²⁶⁷ L'ordine pubblico può essere tutelato in rapporto a due momenti diversi: in quanto l'attività del colpevole si svolge ad esautorare e a paralizzare l'imperativo delle norme preordinate all'osservanza dell'ordine

Con l'entrata in vigore della nuova Costituzione, e con l'emergere del principio di legalità, di cui all'art. 25, secondo comma, emerge e si rafforza la problematica della compatibilità dell'art. 650 c.p. con il principio di determinatezza se, come si ritiene, il principio di legalità, nella sua dimensione di garanzia per il cittadino, si concretizza ad un rinvio alla sola legge formale, la quale deve stabilire i contenuti della fattispecie e della sanzione in modo "sufficientemente determinato".

La tutela penale dell'osservanza degli ordini amministrativi è stata realizzata, all'interno del nostro ordinamento, sia mediante la previsione di fattispecie *specifiche* (si veda, ad esempio, l'art. 651 c.p., in tema di rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale e l'art. 652 c.p., relativo al rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto), laddove le norme contengono direttamente la descrizione della condotta doverosa, che attraverso la previsione di fattispecie *generiche*, nelle quali la norma penale non presenta alcun contenuto

pubblico; ovvero in quanto essa, con attentati diretti concretamente a quella somma di beni che realizzano l'ordine pubblico, compromette tali beni, ossia la pace, la quiete e la tranquillità pubblica. Così M. SINISCALCO, voce *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 665. Secondo la giurisprudenza l'interesse all'ordine pubblico inteso come buon assetto e regolare andamento della convivenza civile – che il legislatore, mediante la norma incriminatrice di cui all'art. 650 c.p., intende proteggere contro l'inosservanza individuale dei provvedimenti emessi dalla pubblica autorità – deve essere bilanciato con quello – anch'esso di natura pubblica, in quanto attiene alla libertà del singolo costituzionalmente garantita – di cui è portatore il destinatario del provvedimento, di conoscerne con chiarezza i motivi per essere in grado di esercitare il suo diritto di sindacare la legalità. Ne consegue che deve ritenersi illegittimo un invito a presentarsi all'autorità di polizia nel quale, per giustificare la convocazione, si faccia un generico riferimento a "questioni che la riguardano"; per cui, nel caso di inottemperanza ad un invito così formulato, deve escludersi la configurabilità del reato previsto e punito dall'art. 650 c.p. Cass. pen., Sez. I, 29 settembre 1997, n. 9914, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2613

descrittivo: l'art. 650 c.p. costituisce proprio un esempio di questo secondo tipo di norme.

Come ovvio, il Legislatore non può specificare in una sola norma tutti i divieti, dovendo lasciare all'autorità amministrativa la facoltà di prevedere divieti specifici a seconda delle esigenze specifiche emergenti in concreto. L'ordinamento, quindi, deve operare alcune scelte fondamentali, capaci di fornire, già a livello di fattispecie legale, un'immagine sufficientemente compiuta dell'oggetto del divieto, specificando, già all'interno del precetto, che il provvedimento deve essere "legalmente dato" e dettato da specifiche "ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, di ordine pubblico o d'igiene".

2. L'art. 650 c.p. e la determinatezza: le ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico e di igiene.

Come accennato, la norma in commento pone in essere delicate problematiche in ordine al rispetto del principio di determinatezza, in quanto contiene diversi elementi "valutativi in senso stretto", ovvero elementi nei quali il segno linguistico non esprime immediatamente una realtà naturalistica, ma indica solo il parametro valutativo alla cui stregua va qualificato il caso concreto, costituiti dalle ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico e di igiene ⁽²⁶⁸⁾.

Si tratta di elementi fondamentali per quanto riguarda la fattispecie in commento, in quanto solo questi che permettono di fare emergere l'oggettività generica della norma; l'inosservanza del provvedimento legalmente dato dall'autorità costituisce reato solo se il provvedimento sia stato emanato a causa di una di queste ragioni tassativamente elencate dall'art. 650 c.p. Ecco

²⁶⁸ Così G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, p. 289.

allora che dobbiamo domandarci se gli astratti parametri contenuti nella norma siano in grado di esprimere, in maniera univoca, la regola per il caso concreto o non evocino, in contrario, un parametro indeterminato che impedisce l'individuazione della regola nel caso concreto e faccia dubitare della stessa possibilità di una sia corretta connotazione.

Prima dell'avvento della costituzione italiana del 1948, la dottrina nell'esaminare la fattispecie in esame, in ordine al problema delle fonti, sosteneva essere in presenza di una norma penale in bianco, la cui incompletezza si spiegava per l'esigenza di rafforzare con sanzione penale prescrizioni da emanarsi in contingenze future ⁽²⁶⁹⁾.

A sostegno della tesi della incompletezza della fattispecie in commento si affermava come l'art. 650 c.p. avrebbe acquisito la propria completezza normativa solo nel momento in cui si fossero potuti individuare i destinatari del precetto, il che poteva avvenire solo quando fosse stato emesso il provvedimento amministrativo che precisasse l'obbligo a cui adempiere ⁽²⁷⁰⁾.

²⁶⁹ A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, p. 505. Anche se l'Autore definiva le norme penali in bianco come "norme imperfette", ovvero prive di precetto e munite solo di sanzione, in contrasto con gli orientamenti più recenti diretti ad escludere che la norma penale in bianco sia priva di precetto, considerandola piuttosto, come visto, come una norma avente un precetto solo indeterminato.

L'art. 650 c.p. è stato costruito dal legislatore secondo lo schema delle norme penali in bianco, secondo l'unico schema, cioè, idoneo a tutelare penalmente il potere discrezionale dell'autorità. Così G. CARBONI, *Op. cit.*, Milano, 1970, p. 145.

²⁷⁰ L'art. 650 c.p. era stato costruito dal legislatore secondo lo schema delle norme penali in bianco, secondo l'unico schema, cioè, idoneo a tutelare penalmente il potere discrezionale dell'autorità. I destinatari della norma potevano individuarsi nella misura in cui i precetti delle medesime fossero completi, sicché la formula in bianco contenuta nell'art. 650 c.p. era inadatta a determinare i propri destinatari così come era inadatta a fare emergere un

Significativa della compatibilità della norma in commento con il principio di determinatezza è stata la sentenza della Corte Costituzionale n. 168 dell'8 luglio 1971, con la quale si è affermata la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p., ritenuto in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. Il giudice delle leggi si esprime affermando come il principio di legalità non poteva dirsi violato quando fosse una legge dello Stato ad indicare con "sufficiente specificazione" i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla cui trasgressione deve seguire la pena.

Nell'ambito dell'art. 650 c.p., secondo la Corte Costituzionale, la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi e si pone in essere con il rifiuto di osservare un provvedimento dato nelle forme legali dall'autorità competente per le ragioni indicate dalla norma stessa. Spetta al giudice, secondo i giudici costituzionali, indagare, volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini, con sufficiente specificazione, le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento ⁽²⁷¹⁾.

precetto che costituisse una regola precisa di condotta riferibile al caso concreto. Così G. CARBONI, *Op. cit.*, Milano, 1970, p. 187.

²⁷¹ Corte Cost., 8 luglio 1971, n. 168, in *Giur. it.*, 1972, I, I, p. 13. La pronuncia si riallaccia alla concezione che richiede la sufficiente specificazione dei caratteri, presupposti, contenuto e limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, che abbiamo visto nella prima parte del presente studio. La Corte Costituzionale salva la costituzionalità della norma in questione, in quanto non considera il rinvio all'Autorità come un'attribuzione di potestà legislativa, non consentita ex art. 25, secondo comma, Cost., dato che l'autorità amministrativa potrebbe emanare solo provvedimenti che abbiano il requisito della legalità, siano, cioè, tassativamente previsti da una legge proprio per i motivi indicati dall'art. 650 c.p. che esamineremo a breve.

La pronuncia può essere oggetto di una duplice interpretazione: da un lato, potremmo pensare che l'art. 650 c.p. costituisca una disposizione contenente la descrizione tassativa di una fattispecie penale, sufficiente, di per sé, ad assicurare la costituzionalità della norma, indipendentemente dal suo collegamento con altre disposizioni di legge che debbono essere prese in esame per verificare se un dato provvedimento sia legalmente dato per le ragioni tassativamente indicate dalla norma; sotto un diverso angolo di visuale, il fatto che i giudici di legittimità affermino che "spetti al giudice" indagare se una legge dello Stato determini con sufficiente specificazione le condizioni di applicabilità del provvedimento, potrebbe indurre a ritenere che la legge regolatrice del provvedimenti sia stata considerata come "fonte" della legge penale ⁽²⁷²⁾.

La distinzione appare di particolare importanza; se consideriamo che la fattispecie incriminatrice risulti dalla combinazione tra l'art. 650 c.p. e le disposizioni di legge che regolano il provvedimento amministrativo, non esisterebbe una sola fattispecie astratta, ma tante fattispecie astratte quante sono le leggi amministrative che prevedono provvedimenti per ragioni di giustizia, di sicurezza, di ordine pubblico o di igiene, con le quali l'art. 650 c.p. può integrarsi. In tal caso è ben difficile affermare che il nucleo precettivo sia dotato di sufficiente determinatezza, da solo in grado di assicurare la legittimità dei reati, in quanto le leggi amministrative richiamate dalla norma penale risultano essenziali e anche nei loro confronti deve trovare applicazione la garanzia di determinatezza sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost.

²⁷² G. CERQUETTI, *Teoria degli atti giuridici previsti dalla norma incriminatrice*, Napoli, 1973, p. 90. Se si sceglie di seguire tale seconda impostazione, ne consegue che, al fine di accertare la violazione al principio di determinatezza, occorre prendere in esame il combinato disposto dell'art. 650 c.p. e della legge regolatrice del provvedimento amministrativo.

L'orientamento dominante continua a considerare la disposizione di cui all'art. 650 c.p., come una **norma penale in bianco**, la cui applicabilità dipende da un elemento "futuro" destinato a conferirle concretezza ed attualità, rappresentato dal provvedimento legalmente dato dall'Autorità, per ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico o di igiene⁽²⁷³⁾.

La norma penale in bianco che tutela penalmente l'osservanza dei provvedimenti dell'autorità viene anche definita come norma a *contenuto multiplo* e *variabile*, laddove si ha una variazione nel contenuto della norma ogniqualvolta vari il contenuto del provvedimento; tale variazione, secondo tale orientamento, reagirà non solo sul precetto ma su tutta la fattispecie, e quindi anche sull'interesse tutelato⁽²⁷⁴⁾.

Non tutta la dottrina è, però, concorde con simile impostazione: secondo un altro orientamento, infatti, la norma richiamata dalla norma penale in bianco dovrebbe possedere immancabilmente il carattere della generalità e dell'astrattezza, proprio della legge, ovvero della fonte che contiene la norma da completare. Di conseguenza, un atto individuale o concreto

²⁷³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 2003, p. 422. Come confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, l'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 650 c.p., in quanto norma penale "in bianco" di carattere sussidiario, è utilmente richiamabile solo nelle ipotesi in cui la violazione di un obbligo imposto da un ordine autorizzato da una norma giuridica ovvero da un provvedimento dell'autorità non trovi in una norma di legge una sua specifica sanzione, la quale, propriamente intesa come reazione apprestata dall'ordinamento giuridico ad un comportamento inosservante, non deve necessariamente rivestire il carattere dell'obbligatorietà né quello penale, ben potendo essere di natura amministrativa o processuale. Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 1996, n. 8529, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 590.

²⁷⁴ Per opportuni approfondimenti si rimanda a P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 1271.

dell'esecutivo o del potere giudiziario, non potrebbe mai integrare una norma penale in bianco ⁽²⁷⁵⁾.

A sostegno della tesi ora richiamata si è evidenziato come si debba escludere che si possa parlare di norma penale in bianco nel caso in cui l'integrazione provenga da un atto insuscettibile di divenire "norma giuridica". In questi casi, si è detto, non si ha un rapporto di completamento con la norma giuridica, ma solo il verificarsi di una "condizione di fatto" necessaria affinché la norma possa essere applicata al caso concreto. L'ordine dell'autorità, secondo tale corrente di pensiero, non è un atto legislativo capace di porre un precetto giuridico ⁽²⁷⁶⁾, ma un presupposto di fatto del reato, estraneo al precetto normativo ⁽²⁷⁷⁾.

Come precedentemente anticipato, affinché la disposizione sia applicabile occorre, innanzitutto, l'esistenza di un provvedimento **legalmente dato** dall'Autorità.

Il "provvedimento" costituisce la categoria più importante degli atti amministrativi, la quale presenta una dimensione così ampia da non poter ricevere limitazioni tali da restringere effettivamente l'ambito di tale categoria. Appare evidente che proprio tale ampiezza di contenuti pone in essere problemi di compatibilità con il principio di determinatezza, soprattutto se si considera che il legislatore non delimita in alcun modo il contenuto del provvedimento, richiedendo solamente che questo sia emesso per "ragioni di...".

²⁷⁵ G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici. Teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 77.

²⁷⁶ R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, I, Torino, 1967, p. 101 e s.

²⁷⁷ Principio confermato dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza del 19 maggio 1964, n. 36, in *Giust. cost.*, 1964, p. 483. Per gli opportuni approfondimenti si rimanda a M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 234.

Per provvedimento dell'autorità, ai sensi dell'art. 650 c.p., deve intendersi ogni atto con il quale l'autorità impone, ad una o a più persone determinate, una particolare condotta, omissiva o commissiva, ispirata da una contingenza presente e transeunte⁽²⁷⁸⁾; pertanto, poiché l'art. 650 c.p. contiene una norma esclusivamente sanzionatoria della inosservanza dei provvedimenti individuali esso non è applicabile alla inosservanza di leggi, regolamenti o ordinanza dell'autorità concernenti la generalità dei cittadini⁽²⁷⁹⁾.

Come ulteriormente confermato dalla Suprema Corte *"La contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. non è configurabile in caso di violazione di norme giuridiche generali ed astratte, essendo la sua sfera di operatività limitata ai provvedimenti impositivi di un determinato comportamento attivo od omissivo, i quali vengano rivolti ad un soggetto o ad una cerchia di soggetti ben determinati o determinabili (anche se non individuati), al fine di garantire esigenze di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene"*⁽²⁸⁰⁾.

E' necessario che il provvedimento sia stato emesso esclusivamente, per le ragioni indicate nell'art. 650 c.p., nell'interesse della collettività; pertanto non sussiste detta contravvenzione in caso di inosservanza di provvedimento adottato nell'interesse di privati⁽²⁸¹⁾.

A conferma della natura di norma penale in bianco dell'art. 650 c.p., si è autorevolmente sostenuto che, se le norme penali in

²⁷⁸ F. ANTOLISEI, *Op. cit.*, Milano, 2003, p. 423. Deve trattarsi di un provvedimento a carattere obbligatorio, e non di un semplice invito, proveniente indipendentemente dall'autorità amministrativa o da quella giudiziaria. Per la giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. I, 18 gennaio 1996, n. 570, in *Riv. giur. polizia* 1997, p. 484.

²⁷⁹ Si veda ancora Cass. pen., Sez. I, 18 gennaio 1996, n. 570, in *Riv. giur. polizia*, 1997, p. 484.

²⁸⁰ Cass. pen., Sez. I, 27 settembre 1996, n. 9490, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2711.

²⁸¹ Cass. pen., Sez. I, 4 dicembre 2007, n. 237, in *Ced*, 2008.

bianco, come visto nella prima parte del presente studio, si contraddistinguono per la loro incompletezza, allora l'art. 650 c.p. deve essere ricondotto all'interno di tale categoria, in quanto destinato ad acquistare la propria completezza normativa solo nel momento in cui possano essere individuati dei *destinatari* determinati del precetto, ovvero quando è pubblicato il provvedimento amministrativo che precisa l'obbligo cui adempiere. ⁽²⁸²⁾.

Teoria che sembra essere confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale *“La contravvenzione prevista dall'art. 650 c.p. prevede che l'inosservanza riguardi un ordine specifico, impartito ad un soggetto determinato per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico o di igiene o di giustizia, in relazione a situazioni non prefigurate da alcuna specifica previsione normativa, che comporti una autonoma sanzione. Non ha queste caratteristiche – e quindi la sua inosservanza non può integrare il reato indicato – una disposizione regolamentare data in via preventiva ad una generalità di soggetti ed avente il suo risvolto sanzionatorio nella eventuale revoca della concessione, come l'ordinanza della Capitaneria di porto che imponga a tutti, indistintamente, i titolari di concessioni di stabilimenti balneari di dotare gli stabilimenti stessi di un bagnino e di assicurarne la presenza”* ⁽²⁸³⁾.

Secondo tale orientamento, quindi, ai fini della configurabilità del reato è necessario che: a) l'inosservanza riguardi un ordine specifico impartito ad un soggetto

²⁸² P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 1271. Tali destinatari possono individuarsi nella misura in cui i precetti siano completi, con la conseguenza che la norma penale in bianco contenuta nella norma sarebbe inidonea a determinare i propri destinatari e a fare emergere un precetto che costituisca una regola precisa di condotta riferibile al caso concreto.

²⁸³ Cass. pen., Sez. I, 15 ottobre 1998, n. 13048, in *Cass. pen.*, 2000, p. 72; si veda anche Cass. pen., Sez. I, 25 marzo 1999, n. 3755, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3012

determinato, in occasione di eventi o circostanze tali da far ritenere necessario che proprio quel soggetto ponga in essere (ovvero si astenga da) una certa condotta; e ciò per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, o di igiene o di giustizia; b) che l'inosservanza riguardi un provvedimento adottato in relazione a situazioni non prefigurate da alcuna specifica previsione normativa che comporti una specifica ed autonoma sanzione.

A ben vedere, però, tale soluzione non convince, almeno nella sua prima parte; i destinatari delle norme penali risultanti dal combinato disposto dell'art. 650 c.p. e delle diverse leggi regolatrici dei provvedimenti amministrativi che vengono in esame di volta in volta, sono, in realtà, individuabili astrattamente in tutti coloro che non osservano un determinato provvedimento che abbia il suo schema tipico nella legge ⁽²⁸⁴⁾

Il provvedimento amministrativo deve possedere il crisma della "legalità", ovvero deve essere emesso dall'Autorità competente nelle forme richieste (*legalità formale*) e in esecuzione di una norma giuridica ovvero entro i limiti di un potere discrezionale conferito dalla legge (*legalità sostanziale*) ⁽²⁸⁵⁾.

Per la sussistenza della fattispecie il provvedimento dell'Autorità, oltre che ad essere legale, nel senso sopra precisato, deve essere stato emesso per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, di ordine pubblico o di igiene.

²⁸⁴ G. CERQUETTI, *Op. cit.*, Napoli, 1973, p. 161. Il soggetto attivo del reato è, quindi, perfettamente individuabile, sebbene solo in astratto, sulla sola base della previsione legale.

²⁸⁵ La legittimità del provvedimento si presenta come l'elemento su cui operare per fondare un giudizio positivo di costituzionalità della norma. Il requisito della legalità dell'ordine, nell'esprimere il collegamento della disposizione sanzionatoria con la norma amministrativa primaria, non si pone in contrasto con l'art. 25 Cost. e, per quanto noi interessa, con il principio di determinatezza, a condizione che la disposizione citata presenti una sufficiente descrizione della fattispecie. M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980, p. 65.

La tendenza ad evitare una interpretazione in senso eccessivamente generico delle diverse ragioni dei provvedimenti della pubblica autorità menzionate dalla norma, sembrerebbe trovare una prima conferma proprio in relazione alle **ragioni di giustizia**, la cui interpretazione letterale potrebbe indurre a farvi ricomprendere tutti gli atti propri mediante i quali si esplica la funzione giurisdizionale, ovvero ogni sorta di sentenza, decreto o ordinanza ⁽²⁸⁶⁾.

Possiamo sin d'ora anticipare come, sul tema, siano prospettabili almeno tre diverse soluzioni: una prima che possiamo chiamare "estensiva", fondata sulla genericità della norma in esame, potrebbe far sì che i provvedimenti legalmente dati dall'autorità per ragioni di giustizia siano sia quelli emessi dal giudice civile, sia quelli pronunciati dal giudice penale, così come quelli emanati dall'autorità amministrativa, per l'attuazione del diritto obiettivo. Una seconda soluzione, che potremmo definire "intermedia", potrebbe ritenere tutelabili, ex art. 650 c.p., i soli provvedimenti emessi a tutela di interessi collettivi, provenienti dall'autorità giudiziaria e dalla polizia. Infine, sotto un terzo angolo di visuale, "restrittivo", potremmo ritenere che rientrino nell'oggetto della norma i provvedimenti della pubblica amministrazione finalizzati all'attuazione del diritto obiettivo e i soli provvedimenti giudiziari "sostanzialmente" amministrativi.

L'impostazione dominante, soprattutto in giurisprudenza, nell'accogliere quello che abbiamo denominato come orientamento "intermedio", sostiene che, per ragioni di giustizia, non si debbano intendere solo le ragioni che si riferiscono all'attività giurisdizionale in senso stretto, ma anche quelle che attengono all'attuazione di un diritto obiettivo, sia da parte del giudice che del pubblico ministero e degli uffici di polizia

²⁸⁶ G. DE VERO, voce *Inosservanza di sanzioni penali e di misure di sicurezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 77.

giudiziaria, con il solo limite costituito dall'interesse pubblico. Secondo giurisprudenza non remota: *"L'art. 650 c.p. sanziona l'inosservanza di provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa per i motivi specificati dalla norma. Le ragioni di giustizia, indicate dalla stessa, non postulano la natura necessariamente giurisdizionale dei provvedimenti violati"* ⁽²⁸⁷⁾.

Ai fini della sussistenza della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., è necessario, in altre parole, che il provvedimento, emesso per ragioni di giustizia e di sicurezza, di ordine pubblico o di igiene, sia adottato nell'interesse della collettività e non di privati individui; sicché i provvedimenti del giudice, salvo i casi eccezionali in cui la loro inosservanza sia espressamente prevista come reato da una specifica norma penale, non possono rientrare nella previsione del citato articolo, che ha come oggetto specifico la tutela di interessi di carattere generale ⁽²⁸⁸⁾.

Principio ulteriormente confermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale i provvedimenti caratteristici del giudice (sentenze, ordinanze, decreti) riguardano sempre un interesse particolare e non possono trovare sanzione nell'art. 650 c.p., che ha come oggetto specifico della tutela penale l'interesse generale concernente la polizia di sicurezza. *"E invero costituiscono un'eccezione i casi in cui l'inosservanza dei provvedimenti del giudice è considerata come reato, e sono quelli espressamente previsti da una norma penale, mentre, per solito, i provvedimenti del giudice sono eseguibili coattivamente o sono accompagnati da una sanzione particolare, di modo che non entrano nella sfera di applicazione dell'art. 650 c.p."* ⁽²⁸⁹⁾.

²⁸⁷ Cass. pen., Sez. I, 16 giugno 1998, n. 3544, in *Studium Juris*, 1999, p. 574.

²⁸⁸ Cass. pen., Sez. I, 26 gennaio 2001, n. 12924, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3413.

²⁸⁹ Cass. pen., Sez. I, 4 dicembre 1996, n. 724, in *Cass. pen.*, 1998, p. 111. In senso sostanzialmente analogo si veda Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 2001, n. 29436, in *Ced*, rv. 219582, secondo la quale la contravvenzione riguardante

L'accoglimento dell'impostazione "intermedia" consente che tra le ragioni di giustizia, che rendono legittimo l'ordine impartito dall'autorità e rendono configurabile la contravvenzione prevista dall'art. 650 c.p., rientrino anche le attività di polizia dirette, mediante accertamenti mirati, al controllo della regolarità di situazioni soggettive ovvero alla scoperta di possibili illeciti ⁽²⁹⁰⁾.

La facoltà dell'autorità di polizia di impartire, per motivi di giustizia, ordini, la cui inosservanza è sanzionata penalmente dall'art. 650 c.p., trova, però, un preciso limite nei diritti dei cittadini, che non possono essere conculcati anche quando l'imposizione abbia come unico fine quello di rendere più agevole per gli organi di polizia l'adempimento dei loro compiti istituzionali ⁽²⁹¹⁾.

l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità dati per ragioni di giustizia di cui all'art. 650 c.p., può avere a presupposto solo quelli oggettivamente amministrativi che, pur se emanati per motivi inerenti ad attività dirette a scopi di giustizia, hanno come contenuto un esercizio della potestà amministrativa destinata a operare nei rapporti esterni all'attività propria del giudice; di conseguenza, fra tali provvedimenti non rientrano quelli tipici della funzione giurisdizionale (sentenza, ordinanza e decreto)

²⁹⁰ Peraltro, tali accertamenti, come vedremo a breve, rispondono anche a ragioni di "sicurezza pubblica", pure menzionate nell'art. 650 c.p., essendo evidente che il possesso e la regolarità dei documenti di circolazione, che il conducente deve portare con sé ed esibire a richiesta dei funzionari, ufficiali ed agenti ai quali spetta la prevenzione e l'accertamento dei reati in materia di circolazione stradale, sono necessari per la sicurezza della circolazione.

La giurisprudenza di legittimità ha, in proposito, affermato che l'inosservanza dell'ordine, dato dalla polizia stradale, di presentarsi per esibire in visione presso un comando la carta di circolazione di un veicolo entro un determinato termine, integra gli estremi della contravvenzione prevista dall'art. 650 c.p. Cass. pen., Sez. I, 12 settembre 1992, in *Giust. pen.*, 1993, II, p. 356.

²⁹¹ Ne consegue che non integra la contravvenzione di cui alla citata norma l'inottemperanza a una convocazione di polizia avente come unico fine la notifica di un invito a comparire e a nominare un difensore, ben potendo

Appare evidente, come evidenziato da certi commentatori, che una indiscriminata applicazione dell'art. 650 c.p. a tutti i provvedimenti emanati dall'autorità di polizia giudiziaria si porrebbe in aperto contrasto con il principio di determinatezza, in quanto, in tal modo, si metterebbe il cittadino nell'impossibilità pratica di distinguere il lecito dall'illecito, correndo il rischio di considerare come reati, fatti che il legislatore, nel momento in cui ha emanato le specifiche disposizioni di legge, non intendeva colpire con una sanzione penale, dimostrando, anzi, di volersene disinteressare ⁽²⁹²⁾.

Ma vi è di più: la norma in commento, inserita nel Capo I del Titolo I, del Libro III, del codice penale, relativo alle "contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica", nel paragrafo I, attinente alle contravvenzioni "concernenti l'inosservanza di provvedimenti di polizia e le manifestazioni sediziose e pericolose", rende evidente come non tutte le inosservanze dei provvedimenti del giudice possano integrare il reato di cui si discute, ma le violazioni dei soli provvedimenti del giudice posti a tutela della tranquillità pubblica o strumentali all'accertamento dei fatti per esigenze coinvolgenti la collettività, ad esclusione dei provvedimenti finalizzati alla tutela delle ragioni dei privati ⁽²⁹³⁾.

tali atti preliminari all'interrogatorio essere compiuti con consegna personale all'interessato o a persona con lui convivente, senza l'imposizione dell'obbligo, per il destinatario della convocazione, di recarsi negli uffici di polizia Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 2000, n. 8859, in *Ced*, rv. 216903.

²⁹² G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, p. 312.

²⁹³ A tal proposito non manca chi, in adesione ad una interpretazione maggiormente restrittiva dell'art. 650 c.p., afferma come l'ambito della tutela offerta dalla norma stessa debba essere limitata ai provvedimenti giurisdizionali che siano anche provvedimenti di polizia. Il paragrafo all'interno del quale la norma è inserita, infatti, non opera alcun richiamo ai provvedimenti giurisdizionali o giudiziari in genere, né questi, anche nel caso in cui siano emessi da magistrati penali, possono dirsi di per sé

Per quanto attiene alle ragioni di **sicurezza pubblica**, la dottrina meno recente le individuava come quelle derivanti dalla legge di pubblica sicurezza ⁽²⁹⁴⁾, con la conseguenza che i provvedimenti e gli ordini dati per tali ragioni dovevano ritenersi solo quelli interessanti la polizia di sicurezza, mediante i quali si cercava di prevenire i reati diretti a pregiudicare l'ordine pubblico. Si trattava di una definizione piuttosto ampia, che oggi si porrebbe in aperto contrasto con il rispetto del principio di determinatezza, che veniva sostanzialmente a coincidere con quella di "ordine pubblico", che vedremo a breve, ritenuta, da parte di certa dottrina, come attinente alla polizia amministrativa in senso ampio, diretta alla prevenzione della violazione o della messa in pericolo dei beni tutelati ⁽²⁹⁵⁾.

Preferibile individuare una nozione "ristretta" di sicurezza pubblica che fornisca un parametro determinato in grado di garantire il destinatario del precetto penale in termini di certezza.

Per tale motivo, una prima corrente di pensiero ha limitato la nozione di sicurezza pubblica come quella afferente alla attività di polizia amministrativa in *sensu stretto*, comprendente non qualsiasi attività di prevenzione, ma solo quella che si riferisce non alle leggi penali in generale, ma alle leggi amministrative sanzionate penalmente ovvero, in ultima analisi, alle leggi di "polizia di sicurezza" ⁽²⁹⁶⁾.

Anche questa nozione, però, appare quanto mai indeterminata ed elastica, se si considera che anche l'attività di polizia di sicurezza è diretta a tutelare i beni dell'ordine

"provvedimenti di polizia", data la tecnicità del significato insito in quest'ultima espressione. Così P. CIPOLLA, *Brevi note in tema di tutela penale ex art. 650 c.p. per inosservanza di provvedimenti dati per ragioni di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2001, 12, p. 3414.

²⁹⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, X, Torino, 1986, p. 25 e s.

²⁹⁵ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1958, p. 74.

²⁹⁶ G. ZANOBINI, *Op ult. cit.*, V, Milano, 1958, p. 74.

pubblico, della sicurezza generale e della pace e della tranquillità sociale. Di conseguenza, non solo si corre il rischio di confondere la nozione di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ma anche di ampliare eccessivamente quest'ultima facendovi rientrare i concetti di pubblica moralità e di pubblica incolumità ⁽²⁹⁷⁾.

In realtà, una linea distintiva tra ordine pubblico e sicurezza pubblica può essere individuata nel fatto che la nozione di sicurezza pubblica appare collegata all'aspetto soggettivo della collettività, in quanto interessa più propriamente i beni e la sicurezza dei singoli cittadini. Mentre il concetto di ordine pubblico sarebbe generale ed astratto, la sicurezza pubblica ha un raggio di azione più limitato in quanto si tratta di un interesse concreto di pertinenza dello Stato e dei cittadini, questi ultimi sempre considerati come collettività indeterminata ⁽²⁹⁸⁾.

²⁹⁷ G. CARBONI, *Op. cit.*, Milano, 1970, p. 307. Secondo l'Autore è innegabile che tra le due nozioni possa rilevarsi più di un punto di contatto posto che tra di esse, in via generale, corre quasi un rapporto di genere a specie, il medesimo rapporto che intercorre tra le nozioni di polizia amministrativa in senso ampio ed in senso stretto.

²⁹⁸ G. SABATINI, voce *Sicurezza pubblica*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XII, Torino, 1940, p. 273. Secondo la giurisprudenza il concetto di sicurezza pubblica cui fa riferimento l'art. 650 c.p. va desunto dal dettato dell'art. 1 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, che prevede la tutela della sicurezza dei cittadini e la loro incolumità. Pertanto, l'ordine di sgombero di un edificio e di locali pericolanti, emesso in situazione di contingibilità e urgenza, rientra sicuramente tra quelli la cui inosservanza è sanzionata dall'art. 650 c.p. Cass. pen., Sez. I, 1 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 563.

Rientra tra i provvedimenti legalmente dati per ragioni di giustizia e di sicurezza pubblica, la cui inosservanza integra il reato previsto dall'art. 650 c.p., anche l'invito rivolto a un soggetto ricercato da un'autorità di polizia a recarsi presso i propri uffici per adempimenti dettati da motivi di giustizia. Cass. pen., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 20308, in *Ced*, 2008.

L'inosservanza dell'ordine impartito dall'autorità di pubblica sicurezza allo straniero di presentarsi "per dare contezza di sé" circa le ragioni del proprio soggiorno in Italia, già previsto dall'art. 144 r.d. 18 giugno 1931 n. 773

A ben vedere, la nozione di sicurezza pubblica, nonostante i tentativi della dottrina volti a limitarne l'ambito di applicazione, continua a possedere un carattere vago ed indeterminato, non riuscendo ad evocare un parametro valutativo chiaro e determinato, ponendosi, in definitiva, in contrasto, secondo alcuni Autori, con il principio costituzionale di determinatezza e tassatività ⁽²⁹⁹⁾.

Venendo alle ragioni di **ordine pubblico**, queste, così come quelle di "igiene", sono state introdotte all'interno della fattispecie di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, solo dal legislatore del 1930, che le aggiunse a quelle precedentemente esistenti di "pubblica sicurezza" e di "giustizia".

Secondo la definizione tradizionale, si definiva come parametro di ordine pubblico "il buon assetto ed il regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono, nella collettività, la opinione ed il senso della tranquillità e della sicurezza" ⁽³⁰⁰⁾.

La manualistica ha dettato altre definizioni di ordine pubblico, quanto mai vaghe ed indeterminate: così, l'ordine

– norma connotata di specialità, con riguardo agli stranieri, rispetto al più generale invito a comparire di cui all'art. 15 stesso r.d., depenalizzato dall'art. 1 d.lg. 13 luglio 1994 n. 480 – risulta tuttora penalmente sanzionata, nonostante che l'art. 144 cit. sia stato abrogato dall'art. 47 d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, facendo richiamo all'art. 650 c.p. Trattasi, infatti, di un ordine legalmente dato dall'autorità per ragioni di sicurezza pubblica, quale è quella attinente al controllo della regolarità dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato. Cass. pen., Sez. I, 10 maggio 2001, n. 23049, in *Riv. giur. polizia*, 2002, p. 207.

²⁹⁹ G. CARBONI, *Op. cit.*, Milano, 1970, p. 309.

³⁰⁰ *Relazione del Guardasigilli sul Libro II del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale*, V, II, Roma, 1929, p. 203. Anche la prima giurisprudenza di legittimità considerava l'ordine pubblico come quello diretto ad assicurare il regolare andamento per il buon assetto del vivere civile. Così Cass. pen., 22 maggio 1940, in *Foro it.*, 1940, II, p. 12120.

pubblico è stato definito da alcuni come “l’insieme dei principi fondamentali sui quali poggia lo Stato nella sua organizzazione”⁽³⁰¹⁾.

Al fine di restringere la portata delle definizioni tradizionali di ordine pubblico, la dottrina più recente ha elaborato le c.d. nozioni *amministrativa* e *penale* di ordine pubblico, le quali si riferiscono al regolare andamento del vivere civile, piuttosto che all’integrità del sistema normativo.

Nell’ambito del diritto amministrativo sostanziale costituiscono ragioni di ordine pubblico quelle “attinenti alla tranquillità pubblica ed alla pace sociale”. Sono note le critiche che, in dottrina, sono state mosse in relazione al concetto di ordine pubblico, a causa della sua amplissima portata e del suo mancato inserimento nel testo costituzionale, critiche che appaiono fondate nel momento in cui la nozione viene tradotta legislativamente in elemento della fattispecie penalmente rilevante⁽³⁰²⁾.

³⁰¹ Per gli opportuni approfondimenti bibliografici si rimanda a O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, (a cura di) V. E. ORLANDO, IV, Milano, 1912, p. 424.

³⁰² Non a caso considerato tra i più elastici, generici e contraddittori del nostro diritto positivo da G. CARBONI, *Op. cit.*, Milano, 1970, p. 293. Il termine assume una varietà di contenuti vicendevolmente irriducibili, contro la regola per cui le espressioni normative ricorrenti in un certo ordinamento debbono conservare un significato comune e costante. La nozione di ordine pubblico, infatti, muta, secondo le ipotesi, il proprio ambito di applicazione, il proprio fondamento giuridico e politico, la propria stessa natura. Così L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 130. Sul concetto di ordine pubblico in generale si rimanda a: A. LEVI, *Ordine giuridico e ordine pubblico*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, Padova, 1957, p. 237 e ss; A. GROPPALI, *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Scritti Romano*, I, Padova, 1940, p. 71 e ss; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, ff. 1 e 2.; A. SESSA, *Tutela penale dell’ordine pubblico e neologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in S. MOCCIA (a cura di), *Delitti contro l’ordine pubblico*, Napoli, 2007.

La nozione propriamente più penalistica individua l'ordine pubblico come coincidente con "gli interessi della prevenzione della delinquenza, individuale e organizzata" e, più in generale, della "salvaguardia dell'incolumità e della quiete collettiva" ⁽³⁰³⁾.

Ad esempio, in tema di applicazione dell'art. 2 del Testo unico di pubblica sicurezza, la giurisprudenza ha affermato che deve intendersi dettato da motivi di ordine pubblico il provvedimento che impone prescrizioni dirette ad evitare intralci alla circolazione ed alle normali occupazioni delle persone ⁽³⁰⁴⁾.

Nemmeno queste definizioni, però, sono in grado di offrire parametri precisi e chiari capaci di porre il cittadino in grado di comprendere l'oggetto del divieto e, di conseguenza, di conoscere anticipatamente i provvedimenti garantiti penalmente dall'art. 650 c.p., posto che anche all'interno di queste nozioni la discrezionalità amministrativa gioca un ruolo importante per la precisazione delle attività da sanzionare penalmente ⁽³⁰⁵⁾.

Sebbene intesa in senso restrittivo, la nozione penalistica di ordine pubblico non appare in grado di fornire all'interprete un parametro preciso e determinato, facendo venire meno l'esigenza di certezza garantita dalla nostra carta costituzionale a ciascun cittadino.

³⁰³ L. PALADIN, *Op. cit.*, Torino, 1965, p. 131. Si tratta di una attività coincidente con quella propria della polizia amministrativa in senso ampio, comprensiva di ogni attività di prevenzione nei riguardi di qualsiasi normativa imitatrice della libertà e sanzionata penalmente. Per approfondimenti si rimanda a G. ZANOBINI, *Op. cit.*, V, Milano, 1958, p. 54.

³⁰⁴ Ne consegue che l'ordinanza di un prefetto, la quale disciplini la circolazione, sul territorio di sua competenza, dei veicoli a targhe alterne, qualora presenti i caratteri della provvisorietà, della pubblicazione, della indispensabilità, della urgenza in presenza di una effettiva turbativa dell'ordine pubblico è pienamente legittima e la sua violazione configura il reato di cui all'art. 650 c.p. Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1985, in *Cass. pen.*, 1988, p. 147.

³⁰⁵ G. CARBONI, *Op. cit.*, Milano, 1970, p. 299.

Venendo alle ragioni di **igiene**, possono essere così considerate quelle che concernono la sanità pubblica.

La materia sanitaria è sicuramente quella che, più di ogni altra, risulta essere tutelata penalmente attraverso una specifica previsione di dettagliate fattispecie criminose; da ciò l'interrogativo sulla funzione svolta dall'art. 650 c.p. in relazione alle ragioni di igiene. Riteniamo che il ruolo svolto dalla disposizione sia quello di sanzionare penalmente l'aggressione a determinati beni che non dispongano di una autonoma e specifica tutela, anche se vi è il rischio di ampliare notevolmente l'ambito di applicazione della norma, con conseguente contrasto con il principio di determinatezza.

Se poi si volesse far coincidere le ragioni di igiene con l'attività della polizia sanitaria, diretta a prevenire la violazione delle norme amministrative poste a tutela della materia sanitaria, il contrasto con il principio di determinatezza sarebbe ancora più evidente, dal momento che l'attività di polizia sanitaria possiede un carattere necessariamente atipico e che la determinazione dei limiti sarebbe sempre demandata alla discrezionalità della pubblica amministrazione, mentre il cittadino, ancora una volta, non avrebbe alcun parametro certo per distinguere il lecito dall'illecito ⁽³⁰⁶⁾.

³⁰⁶ G. CARBONI, *Op. cit.*, Milano, 1970, p. 314. In tema di violazione dei precetti di un'ordinanza sindacale in materia di igiene, secondo l'orientamento monoliticamente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 650 c.p., occorre che la violazione sia relativa a provvedimenti contingibili ed urgenti, adottati dal Sindaco quale ufficiale di Governo, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini derivanti, ad esempio, da pubbliche calamità o gravi epidemie. Cass. pen., Sez. I, 10 marzo 2004, n. 11367, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3868.

L'ordinanza contingibile ed urgente che il sindaco può emanare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica o a tutela dell'ambiente, a carattere esclusivamente locale, deve comunque avere, come requisito di legittimità formale, una motivazione che dia conto della sussistenza concreta dei

CAPITOLO IV

CENNI AD UN CASO DAVVERO PECULIARE: LA COLPA PENALE

Sommario: 1. Regole cautelari e principio di determinatezza. – 2. Il problema della concretizzazione della colpa. – 3. Brevissime considerazioni in tema di responsabilità da prodotto.

1. Regole cautelari e principio di determinatezza.

L'ultima parte del presente lavoro è dedicata ad una tematica che raramente viene approfondita, dalla manualistica, sotto l'aspetto dell'osservanza del principio di legalità e, per quanto a noi interessa, del principio di determinatezza, ovvero il rapporto intercorrente tra il suddetto principio costituzionale e la colpa penale.

Proprio con riferimento al grado di determinatezza della fattispecie colposa, siamo in presenza, anche in questo caso, di situazioni che necessitano di una eterointegrazione, mediante il rinvio a regole di comportamento esterne, che prendono il nome

presupposti previsti dalla legge. Cass. pen., Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 39830, in *Ced*, 2010.

di **regole cautelari** ⁽³⁰⁷⁾, intendendo, con tale terminologia, le regole precauzionali di condotta predisposte dall'esperienza umana affinché siano evitate lesioni involontarie a beni socialmente rilevanti ⁽³⁰⁸⁾.

Che le fattispecie colpose presentino una misura di incompletezza sicuramente maggiore rispetto alle corrispondenti fattispecie dolose è cosa nota ⁽³⁰⁹⁾: l'art. 43 c.p. indica, tra i requisiti che deve possedere il reato colposo, che l'evento si verifichi a causa di negligenza (ravvisabile nel difetto di attenzione o nella trascuratezza di protocolli di comportamento), imprudenza (insufficiente ponderazione degli interessi altrui) o imperizia (consistente nell'inosservanza di regole tecniche per insufficiente preparazione culturale o inettitudine personale), ipotesi integranti la c.d. *colpa generica*, o sia conseguenza di inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ipotesi riconducibili nell'ambito della c.d. *colpa specifica* ⁽³¹⁰⁾.

In quanto destinata ad integrare la fattispecie colposa, l'individuazione della regola cautelare non può essere rimessa totalmente all'interprete, ma deve risultare definita e

³⁰⁷ Per approfondimenti sulla problematica delle regole di condotta si rimanda a G. MARINI, voce *Colpa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, 3.2.

³⁰⁸ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2003, p. 300.

³⁰⁹ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 163. La tendenziale scarsa determinatezza della fattispecie colposa è per lo più stata trattata come una di quelle "difficoltà connaturali" del discorso sulla colpa, ovvero una di quelle zone d'ombra persistenti all'interno delle concezioni teoriche più diffuse, in misura tale da poter essere addirittura accettate, in quanto ineliminabili.

³¹⁰ Tralasciando il concetto di legge e di regolamenti, con il termine "ordini" e "discipline" si fa riferimento alle norme, emanate sia da Autorità pubbliche che private, indirizzate ad una cerchia ristretta di destinatari, come nel caso di ordini emessi al fine di regolare l'attività lavorativa all'interno di una fabbrica.

riconoscibile *ex ante* dal soggetto agente, quale regola comportamentale "astratta".

Le regole cautelari richiamate dalla fattispecie colposa possono avere una fonte *giuridica* o *sociale*: in relazione ai casi di colpa specifica, la determinazione di un elemento essenziale del delitto colposo viene demandata a fonti non legislative o legislative non contemplanti reati a sé stanti, che possono presentare un innegabile *deficit* di determinatezza ⁽³¹¹⁾, comunque minore rispetto alle ipotesi di negligenza, imprudenza o imperizia, laddove il rinvio operato dalla norma incriminatrice è diretto a regole di comportamento sociali o formali ⁽³¹²⁾.

Laddove la fonte delle regole cautelari sia giuridica, o scritta, si assiste ad una crescente "positivizzazione" delle regole di prudenza, intesa a disciplinare in maniera dettagliata le situazioni di pericolo più tipiche e rilevanti (come, ad esempio, il

³¹¹ Limitatamente al rispetto del principio di legalità, generalmente la problematica viene elusa affermando come, nei casi di colpa generica, si tratterebbe comunque sempre di violazioni di precauzioni sempre doverose di regole di condotta, non importa se derivanti da usi sociali o da prescrizioni espresse, sempre che siano dirette ad evitare eventi dannosi. Nei casi di colpa specifica non mancano voci dirette a proporre di restringere il concetto di "ordini" e di "discipline" alle norme poste in essere da organi pubblici, secondo i procedimenti e con i limiti fissati per la produzione delle norme secondarie, lasciando alle discipline di origine privatistica solo lo spazio che compete agli indirizzi in esse contenute secondo le norme di condotta generica. Così G. MARINI, *Op. cit.*, VI, Roma, 1988, n. 3.2. *Contra* A. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 313.

³¹² La colpa generica è stata definita come una delle numerose ipotesi di "vaghezza socialmente tipica o da rinvio" da C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 299 e ss.

settore della circolazione stradale o della prevenzione degli infortuni sul lavoro) ⁽³¹³⁾.

In relazione alla colpa generica, invece, ci troviamo di fronte ad una sorta di "clausola generale" di responsabilità per causazione non volontaria dell'evento, dovuta alla violazione di una regola cautelare indeterminata anche se determinabile in relazione al caso concreto ⁽³¹⁴⁾.

³¹³ La positivizzazione della regola cautelare, ossia il passaggio da un regime di prevalente colpa generica ad un regime di prevalente colpa specifica rappresenta, nel nostro Paese, una evoluzione significativamente segnalata dalla dottrina ed oggetto di crescente interesse. Fenomeno osservato, per l'appunto, soprattutto nel settore del diritto del lavoro, laddove l'imponente sistema di disposizioni speciali stratificatesi negli ultimi decenni, e recentemente accorpate nel D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, offre una nutrita serie di reati di pericolo puniti non solo come autonome fattispecie contravvenzionali, ma che fungono, al tempo stesso, da codificazione di regole cautelari. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 6.

Con la dovuta precisazione che una norma "specificata" non è sinonimo di norma "precisa". Per gli opportuni approfondimenti si rimanda a M. GROTTI, *Principio di colpevolezza. Responsabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, p. 67. Anticipando ora quanto sarà oggetto di un successivo approfondimento, la formulazione di una regola oggettiva di diligenza, che può fondare un rimprovero di imprudenza a titolo di colpa generica come a titolo di colpa specifica, presuppone la presenza di due elementi: a) una generalizzazione che non sia arbitraria e che si fondi su specifici standard di comportamento rintracciabili in classi di individui che svolgono attività utili agli scopi della vita sociale; b) la possibilità degli appartenenti a questo determinato gruppo di riconoscere ed evitare il pericolo non più consentito.

³¹⁴ In linea teorica un dovere di diligenza che promani dagli usi appare meno determinato di un dovere di diligenza promanante da un regolamento, potendosi intuitivamente sostenere che la colpa generica possieda margini di indeterminatezza maggiori rispetto alla colpa specifica. Ciò è stato, però, messo in discussione da parte di un certo orientamento il quale, con riferimento all'art. 49-*quinquies* del D.Lgs. 626/1994 (oggi abrogato), introdotto dall'art. 2 del D.Lgs. 195/2006, norma che aveva la funzione di indirizzare il datore di lavoro nella valutazione del rumore. Il datore di lavoro era onerato a

Ciò che caratterizza le regole cautelari è il loro carattere necessariamente “impersonale”, in quanto rivolte a tutti i cittadini che svolgano, anche solo a titolo occasionale, determinate attività. Tale carattere consente, per un verso, di arricchire il contenuto di disvalore della condotta colposa e, sotto un diverso angolo di visuale, di pretendere un livello minimo di irrinunciabile attenzione da parte dei consociati, mediante l’elaborazione di una misura oggettiva di diligenza.

Le regole cautelari che, come abbiamo visto, non hanno necessariamente una natura giuridica, ma si fondano anche sull’esperienza, sull’*id quod plerumque accidit*, non sono richiamate né individuate direttamente dalla norma incriminatrice. Tale norma si limita a prevedere la punibilità “per colpa”, lasciando all’interprete l’individuazione delle regole comportamentali violate, in relazione alla particolare attività pericolosa posta in essere ed alle circostanze del caso concreto nelle quali il soggetto ha agito ⁽³¹⁵⁾.

Una regola cautelare sufficientemente determinata permette, come avremo modo di approfondire nel prosieguo dello studio, non solo una maggiore “predeterminabilità” *ex ante*

prendere in considerazione fattori quali “gli effetti sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori particolarmente sensibili al rumore”, ovvero un concetto dotato di particolare elasticità e necessitante di integrazione per il tramite dei tradizionali criteri della colpa generica. Così M. GROTTO, *Op. cit.*, Torino, 2012, p. 48.

³¹⁵ A fianco a regole cautelari sufficientemente determinate, quale l’obbligo dell’automobilista di fermarsi al semaforo rosso, vi sono regole comportamentali di fonte giuridica che rimandano di fatto a regole di comune esperienza, per la determinazione del comportamento diligente o per l’individuazione delle condizioni che permettano alla regola di operare. Ma vi sono ipotesi nelle quali la regola prudenziale giuridica appare indeterminata sotto tutti i punti di vista, come nel caso di generico obbligo di comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione”, gravante su tutti gli utenti della strada. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 89.

della fattispecie, ma anche una tendenziale “controllabilità” *ex post* del complessivo procedimento ricostruttivo, mentre, laddove si registri una maggiore indeterminatezza della fattispecie colposa, ne deriverebbe una peggiore (o incompleta) conoscibilità da parte del destinatario della norma ⁽³¹⁶⁾.

Preliminarmente è bene sottolineare come la regola cautelare debba preesistere al compimento dell’azione, o comunque essere contemporanea a questa, non essendo legittimo muovere un rimprovero ad un cittadino se, al momento della condotta, la regola modale non esisteva. La regola cautelare si atteggia, infatti, come paradigma cui l’agente si ispira e, quindi, deve essere conoscibile e disponibile nel momento in cui egli si trova ad agire ⁽³¹⁷⁾.

Il punto di partenza è dato dalla individuazione di “quando” una norma penale presenti un autentico contenuto cautelare: evidentemente, il problema non si pone in relazione alle norme penali incriminatrici che tipizzano espressamente la violazione di un dato comportamento prudenziale (come nel caso di cui all’art. 437 c.p., laddove si punisce l’omessa collocazione di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, o alla contravvenzione

³¹⁶ Conoscibilità *ex ante* e ripetibilità debbono essere le caratteristiche del criterio di individuazione della prescrizione comportamentale da applicare al caso di specie. In assenza di conoscibilità *ex ante*, la regola modale non può svolgere quella funzione di orientamento che le è demandata dall’ordinamento. In presenza di una valutazione non ripetibile vi è il concreto rischio che la ricostruzione della regola cautelare operata dall’agente al momento dell’azione differisca dalla ricostruzione della regola cautelare operata dal giudice al momento del giudizio. M. GROTTI, *Op. cit.*, Torino, 2012, p. 51.

³¹⁷ Sulla distinzione tra regole cautelari “proprie” ed “improprie” si rimanda a P. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie. Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 15 e ss.

prevista dall'art. 672 c.p., relativa all'omessa custodia o malgoverno di animali).

L'individuazione della norma penale avente contenuto cautelare si complica in merito a quella tipologia di norme che non vietano l'esercizio di una determinata attività, ma solo di alcune modalità esecutive di questa. Sul punto, la dottrina distingue tra il "dovere di astensione" e "obbligo di diligenza", come entità alternative: in pratica, il dovere di astensione, concretizzandosi in un divieto di svolgere l'attività pericolosa, non potrebbe essere ricondotto nel novero delle regole cautelari propriamente intese, queste ultime atteggiandosi come regole modali, che indicano il modo in cui un certo comportamento debba essere realizzato per risultare diligente. Mentre le regole cautelari sono funzionali all'esercizio dell'attività pericolosa, il dovere di astensione interdice l'attività stessa. Ciononostante, l'obbligo di astensione ad una determinata attività può essere ritenuto come "modale" rispetto ad una attività più ampia, all'interno della quale la prima si inserisce: ad esempio, se si ritiene necessario effettuare dei lavori di coibentazione di un edificio, occorre astenersi ad utilizzare amianto, potendo svolgere l'opera utilizzando materiale non nocivo per la salute. ⁽³¹⁸⁾.

La linea di confine tra le due tipologie è da rinvenire nella *ratio* di tutela che sta alla base della fattispecie; la portata del divieto deve essere individuata sulla base di una interpretazione

³¹⁸ In tal senso, il dovere di astensione viene posto nel novero delle regole cautelari c.d. "proprie", idonee ad azzerare il rischio anche se a fronte di una limitazione della libertà di azione. Sulla distinzione tra regole cautelari "proprie", tali essendo quelle basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento di sicura evitabilità mediante un comportamento alternativo lecito, ed "improprie", intendendo quelle che, a fronte della prevedibilità dell'evento, impongono di adottare precauzioni che non garantiscono un azzeramento del rischio, ma solo una riduzione del medesimo, si rimanda a P. VENEZIANI, *Op. cit.*, Padova, 2003, p. 15 e ss.

fondata su tutti gli aspetti della fattispecie, come quelli che riguardano la struttura dell'incriminazione, la sua collocazione sistematica, al rapporto con altri reati e all'entità della sanzione comminata, ovvero, in definitiva, alla luce dell'intero sistema⁽³¹⁹⁾.

Di particolare importanza, rispetto allo scopo che di proponiamo è, inoltre, l'individuazione dell'essenza della colpa, rispetto alla quale si sono contese il campo soluzioni assai diverse, riconducibili alle teorie soggettive e oggettive.

Risultano ormai nettamente superate le **teorie soggettive** della colpa, a volte fondate sulla mancata previsione del risultato prevedibile (teoria della *prevedibilità*)⁽³²⁰⁾, basata sulla previsione dell'evento non voluto, altre volte sulla evitabilità (teoria della *evitabilità*), in forza della quale la colpa consisterebbe nel non aver evitato l'evento evitabile o prevenibile⁽³²¹⁾.

La teoria della prevedibilità è sottoposta a critica nel momento in cui non consente di ricomprendere, all'interno della colpa, la c.d. "colpa cosciente", ovvero quella particolare tipologia di colpa che si caratterizza dal fatto che l'agente ha previsto il risultato, pur non avendolo voluto e, in secondo luogo, perché, nei casi di colpa specifica, la mancata previsione

³¹⁹ F. GIUNTA, *Op. cit.*, 1999, p. 96. Per fare un esempio, una corretta interpretazione dell'art. 674 c.p. porta ad escludere che il getto pericoloso di cose venga vietato allo scopo di tutelare le persone che possono essere offese dalla condotta tipizzata.

³²⁰ Scriveva il Carrara che la colpa si definiva come la volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Generale*, I, 1897, § 80.

³²¹ Si è anche sostenuto che l'essenza della colpa dovesse essere ravvisata nella pericolosità della condotta, ma anche tale teoria non supera l'ostacolo rappresentato dalle attività giuridicamente autorizzate anche se pericolose, sottratte alla sfera colposa entro rigidi parametri. Così E. JANNITTI PIROMALLO, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, Milano, 1913, p. 158 e ss.

dell'evento dannoso non ha un valore decisivo, in quanto la responsabilità dell'agente è esclusa anche se costui ha previsto il risultato stesso, sempre che, ovviamente, egli abbia osservato le precauzioni imposte ⁽³²²⁾.

Secondo l'orientamento ancora oggi dominante (c.d. **teoria normativa**), la colpa si presenta come un'inosservanza di un dovere oggettivo di diligenza, ovvero in una trasgressione alle *regole cautelari*; la fattispecie colposa, quindi, rinviando a regole di comportamento esterne alla fattispecie incriminatrice, si caratterizza come una norma che richiede un inevitabile procedimento di integrazione normativa. In altre parole, per utilizzare le parole di autorevole dottrina "la fattispecie si completa solo a mezzo di regole preventive che si assumono violate nel caso concreto" ⁽³²³⁾.

Una conseguenza della concezione normativa della colpa attiene al carattere necessariamente "modale" della regola cautelare, intendendosi come una prescrizione che indichi, con precisione, i comportamenti ed i mezzi necessari a evitare la lesione del bene giuridico tutelato ⁽³²⁴⁾.

³²² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 371.

³²³ D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, Milano, 2002, p. 514 e ss. Quello che caratterizza in defettibilmente il reato colposo è il contrasto tra la condotta realizzata dal soggetto e un sistema di regole giuridiche o sociali, distinte dalla norma incriminatrice e da questa richiamate. Tale contrasto modella la tipicità del fatto colposo, a partire dalla condotta: la misura oggettiva della colpa si determina in base alle regole cautelari cui dovrebbe uniformarsi il comportamento umano per risultare diligente. Si veda P. VENEZIANI, *Op. cit.*, Padova, 2001, p. 8.

³²⁴ Per tale ragione, la regola cautelare non può consistere *sic et simpliciter* in un dovere di astensione: ragionando diversamente, infatti, finirebbe per operare come un divieto. Questo non significa negare che anche un divieto possa svolgere una funzione cautelare, ma solo sottolineare che l'istanza di tipicità è soddisfatta solo dalla posizione di un divieto espresso, ovvero "dalla positivizzazione dell'esigenza prudenziale in forma di

Anche la teoria normativa non appare esaustiva, in quanto in grado di cogliere l'essenza normativa della colpa ma non la sua dimensione soggettiva. Una inosservanza, infatti, può essere comune anche al dolo e, isolatamente considerata, non dà luogo a colpa se non nei casi in cui si possa pretendere l'osservanza della regola, ovvero nei casi di inosservanza inescusabile ⁽³²⁵⁾.

Preferibile, quindi, è la moderna concezione della **duplice dimensione dell'imputazione colposa**, secondo la quale essa è oggettiva, in quanto consiste nella violazione di una regola cautelare di condotta diretta alla salvaguardia di determinati beni giuridici, e al tempo stesso soggettiva, in quanto richiede

inibizione dell'attività pericolosa". F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 153.

³²⁵ F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 303.

Un esempio può chiarire la differenza tra la concezione psicologica e quella normativa della colpa: si pensi al caso del decesso di un paziente causato da una patologia derivante da un corpo esterno dimenticato nelle sue viscere al termine di una operazione chirurgica. La teoria psicologica della colpa portava a ritenere automaticamente responsabile il medico che avesse lasciato l'oggetto nel corpo del paziente o dell'èquipe incorsa nella dimenticanza. L'accoglimento della teoria normativa della colpa, che presuppone l'individuazione di una regola comportamentale che si suppone essere stata trasgredita, comporta che la dimenticanza dell'oggetto da parte del chirurgo sia un rischio temporaneamente tollerato durante la fase operatoria, per fronteggiare il quale è stata escogitata una prassi cautelare (c.d. conta dei ferri), da osservarsi al termine della operazione e diretta alla ricognizione dei tutti gli strumenti impiegati durante l'intervento. Di conseguenza, l'addebito per omicidio colposo non riguarderebbe più il soggetto che ha innescato l'iter causale che ha cagionato la morte del paziente, ma il soggetto che abbia ommesso di conteggiare i ferri. D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, p. 177.

l'esigibilità dell'osservanza della condotta da parte del soggetto agente ⁽³²⁶⁾.

Mediante l'elemento psicologico ma, come visto, anche normativo, della colpa, una parte consistente della fattispecie è definita dall'esterno: quella colposa si presenta, quindi, come una "fattispecie aperta" (*offene Tatbestände*), che necessita di integrazione o di completamento ⁽³²⁷⁾.

Soprattutto in relazione alle fattispecie colpose d'evento causalmente orientate, l'assetto di tutela penale offerta dalle norme incriminatrici di parte speciale risulta essere condizionato in maniera inevitabile dal contenuto delle regole extrapenali, siano esse codificate o meno, che si ritrovano all'interno dei singoli settori di riferimento.

Sotto questo punto di vista vi è chi ha osservato come la fattispecie del reato colposo dia luogo ad una "caduta della legalità", non solo per il fatto che il richiamo espresso o implicito alle norme cautelari abbraccia anche regole di fonte non legislativa, ma anche in quanto il processo di "concretizzazione" presenta evidenti margini di incertezza entro i quali si muove l'operato dell'interprete ⁽³²⁸⁾.

³²⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 345. L'essenza unitaria della responsabilità colposa può ravvisarsi nel rimprovero al soggetto per aver realizzato involontariamente, ma sempre attraverso la violazione di regole cautelari di condotta, un fatto di reato che ben poteva evitare mediante l'osservanza, esigibile, di tali regole.

³²⁷ Secondo l'ancora attuale definizione data da H. WEZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, p. 14 e s.

³²⁸ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte Generale*, Torino, 2011, p. 331. Secondo l'autore non è possibile dubitare della legalità del reato colposo in quanto la nozione di colpa, pur avendo una componente normativa caratterizzata dall'indeterminatezza, possiede un significato sociale sufficientemente definito dagli elementi concettuali che definiscono il perimetro logico di tale categoria giuridico-culturale.

Il rischio più evidente, infatti, è quello che l'opera di "integrazione" del precetto colposo venga effettuata dal giudice a posteriori, in base al mero convincimento soggettivo che, nella situazione concreta, l'imputato avrebbe dovuto uniformarsi ad un certo modello di comportamento, che in realtà non è stato osservato ⁽³²⁹⁾.

2. Il problema della concretizzazione della colpa.

La concezione normativa della colpa ha portato in auge il problema fondamentale della predeterminabilità della condotta criminosa, problematica che emerge, in particolare, laddove si voglia definire quella colposa, come abbiamo visto, quale *fattispecie aperta* bisognosa di integrazione.

L'incompletezza della fattispecie colposa implica quella che tradizionalmente viene chiamata "concretizzazione" della colpa, consistente in un particolare procedimento di ricostruzione del contenuto normativo del precetto cautelare, affidato al giudice ⁽³³⁰⁾.

³²⁹ Mentre nelle fattispecie "chiuse", ovvero esaurientemente descritte dal legislatore, il giudice è in sostanza chiamato a verificare che, nel caso concreto del suo esame, abbiano trovato realizzazione gli elementi della fattispecie penale, nella prospettiva delle fattispecie aperte dei delitti colposi, il giudice dovrebbe farsi carico di una parte di quelle funzioni che spettano al legislatore, ovvero la predeterminazione della condotta conforme al tipo che la fattispecie legale lascia indeterminata. Così P. VENEZIANI, *Op. cit.*, Padova, 2003, p. 55.

³³⁰ L'argomento della necessaria concretizzazione della colpa ha rappresentato un notevole passo in avanti nel modo di intendere questo criterio di imputazione: nella misura in cui tale argomento implica la necessaria dipendenza contenutistica della colpa dai singoli *crimina culposa*, si è così potuta svincolare la colpa medesima da una nozione generale o ontologica che la rendeva rintracciabile in un unico ed indifferenziato *crimen culpae*, a dispetto di ogni esigenza di tipicizzazione, quindi tassatività e

Affinché una regola cautelare sia esaustiva dovrebbe, innanzitutto, porre il dovere di diligenza, individuare i presupposti fattuali in presenza dei quali scatti l'obbligo di rispettare il dovere di diligenza, e, nei casi di maggior dubbio, rendere chiaro quale sia l'evento o la lesione al bene giuridico che si vuole prevenire ⁽³³¹⁾. Il problema principale, quindi, è quello di individuare i passaggi intermedi che si celano dietro la locuzione "concretizzazione" della colpa, ovvero i "meccanismi di concretizzazione" mediante i quali si producono, all'interno dell'ordinamento giuridico, le regole cautelari che poi andranno ad integrarsi nella fattispecie colposa.

Il punto di partenza è costituito dalla norma di parte speciale la quale, attraverso il riferimento all'elemento normativo della colpa, rinvia ad un testo esterno all'interno del quale è contenuta una definizione legale di colpa o di reato colposo. Molte fattispecie delittuose di rilevanza primaria del nostro codice penale, infatti, sono contraddistinte da un denominatore comune, consistente, per l'appunto, nel cagionare "per colpa" un determinato evento (per esempio le fattispecie di cui agli artt. 449, 589 e 590 c.p.), rappresentando, tale riferimento alla "colpa", un elemento normativo della fattispecie ⁽³³²⁾.

In seconda battuta, è necessario individuare le regole comportamentali richiamate nella definizione legale di colpa, mediante un ulteriore rinvio alle varie tipologie di fonti sociali e formali.

determinatezza, nonché di tutela frammentaria e sussidiaria. Così D. CASTRONUOVO, *Op. cit.*, Milano, 2009, p. 138.

³³¹ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Padova, 1993, p. 221.

³³² Per tutti P. VENEZIANI, *Op. cit.*, Padova, 2003, p. 11. L'interprete, per valutare se una condotta sia colposa o meno, deve integrare il contenuto del precetto penale promanante dalla singola fattispecie incriminatrice con le regole cautelari che presidiano il singolo settore, in cui si esplica l'attività che di volta in volta viene in considerazione.

L'individuazione della regola cautelare deve passare attraverso tre fasi fondamentali. In primo luogo l'individuazione della regola cautelare dipende dalla pericolosità della situazione concreta, variando con il variare di questa. Secondariamente, la formulazione di una regola cautelare presuppone, come vedremo meglio, la riconoscibilità e l'evitabilità del pericolo: non essendo riconoscibile il pericolo inerente ad una determinata attività è evidente che non saranno individuabili le regole cautelari idonee ad eliminare o attenuare il rischio conseguente all'esercizio delle medesime.

Infine, il terzo fattore, di carattere normo-valutativo, condizionante l'individuazione della regola modale e del suo contenuto è rappresentato dal bilanciamento delle opposte esigenze dirette, da un lato, a contenere la pericolosità di una determinata attività e, dall'altro, a trarre un vantaggio dalla utilità sociale della stessa ⁽³³³⁾.

Precisati brevemente i fattori che condizionano l'individuazione del contenuto delle regole cautelari è necessario soffermarsi, ora, sul processo normativo mediante il quale gli strumenti di eliminazione o attenuazione del pericolo assumano il carattere della giuridicità, diventando veri e propri obblighi giuridici attraverso fonti autorizzate e compatibili con il principio di legalità e, per quanto a noi interessa, con quello di determinatezza.

Ancora una volta dobbiamo distinguere a seconda che la regola cautelare sia formalizzata all'interno di un testo scritto o meno, ovvero differenziare i casi di colpa specifica da quelli di colpa generica.

³³³ Quanto maggiore è la velocità consentita sulle autostrade, tanto più spediti risulteranno i trasporti, ma anche più elevato il rischio di incidenti stradali. Per approfondimenti si rimanda a F. PALAZZO, *Op. cit.*, Torino, 2011, p. 333.

Nella colpa specifica, infatti, giova ricordarlo, le regole cautelari sono "positivizzate", ovvero espresse formalmente all'interno di testi scritti, emanati da soggetti pubblici o privati ai quali l'ordinamento giuridico riconosce il potere di emanare regole modali⁽³³⁴⁾. Non tutte le norme giuridiche possono essere fonte di responsabilità colposa, ma solo quelle che mirano a prevenire un evento vietato dal diritto: darà luogo a responsabilità colposa solo la trasgressione di quelle norme giuridiche che prescrivano o vietino comportamenti, astenendosi dai quali o commettendo i quali è prevedibile il verificarsi di un evento dannoso come conseguenza della propria azione od omissione.

Nella colpa generica le regole cautelari, sebbene non positivizzate, sono comunque dotate di efficacia obbligatoria e consentono una maggiore duttilità, dipendente non solo dal fatto che essa è capace di adattarsi alle molteplici situazioni in cui si svolge una determinata attività pericolosa, ma anche dal fatto che la regola è capace di adattarsi diversamente alle differenti caratteristiche e condizioni del soggetto agente.

L'impostazione che evidenzia la natura normativa della colpa, individua il contrassegno fondamentale della colpa nella violazione di un dovere di *diligenza*, concetto rimasto piuttosto oscuro, anche se posto alla base della tipizzazione della fattispecie colposa⁽³³⁵⁾.

Per completezza di esposizione è necessario, in realtà, distinguere il "dovere di diligenza", per il quale si ritiene che valgano sempre i principi costituzionali in materia penale, tra i

³³⁴ Il "positivizzare" le regole di condotta è una tendenza sempre più marcata dell'era tecnologica, per contenere le situazioni di pericolo più tipiche e quantitativamente rilevanti. La loro predeterminazione soddisfa il principio di tassatività ben più delle regole non scritte, proprie di epoche tecnologicamente più tranquille e riposanti. F. MANTOVANI, *Op. cit.*, Torino, 1988, p. 306.

³³⁵ F. GIUNTA, *Op. cit.*, I, Padova, 1993, p. 35.

quali anche quello di determinatezza, dalla “diligenza”, intesa come contenuto del dovere (c.d. *diligenza doverosa*), rappresentata da “regole”, non necessariamente giuridiche, dirette alla eliminazione del rischio di verificazione di un determinato evento.

Infatti, sebbene sovente si utilizzino le espressioni “regola cautelare” e “dovere di diligenza” in senso sostanzialmente equivalente, è importante focalizzare l’attenzione su tale distinzione: sia la regola cautelare che il dovere di diligenza svolgerebbero un ruolo complementare ma distinto nella individuazione della pretesa comportamentale.

Il dovere di diligenza esprime, in termini generali ed astratti, l’obbligatorietà di un certo comportamento, che va poi specificato dalla regola cautelare. Ragionando in tal modo, la diligenza dovrebbe essere ricondotta al più generale principio dell’*alterum non ledere* (artt. 2043 e 2050 c.c.), mentre la regola cautelare rappresenterebbe il necessario contenuto del dovere di diligenza in grado di determinare il contenuto della pretesa comportamentale imposta dall’ordinamento.

La distinzione in esame, però, non conferisce utili indicazioni per la ricostruzione del reato colposo; in particolare, non sembra che possieda una reale autonomia sistematica un generale obbligo di diligenza riconducibile al generale principio del *neminem ledere*, inidoneo, da solo, a garantire un sufficiente grado di determinatezza della pretesa ⁽³³⁶⁾.

In merito al rapporto tra fattispecie penale e dovere di diligenza, certa parte della dottrina distingue a seconda: a) che la regola cautelare sia posta da ordini o discipline; b) che la regola cautelare sia posta da una fonte sublegislativa generale ed

³³⁶ V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 128 e s. Il principio del *neminem ledere* potrebbe, al massimo, individuare la *ratio* della singola disposizione cautelare, mediante la quale l’ordinamento mira ad eliminare o a contenere i rischi connessi allo svolgimento di certe attività.

astratta, preesistente alla fattispecie penale, nel qual caso il principio di riserva di legge sarebbe rispettato dalla tecnica del rinvio; c) che la regola cautelare sia posta da regolamenti successivamente alla formulazione della fattispecie penale, nel qual caso la legittimazione della delega trova giustificazione con l'esigenza di aggiornamento tecnico; d) che la regola cautelare sia posta dalla consuetudine ⁽³³⁷⁾.

Prendendo a riferimento, in particolare, le regole *generiche* di diligenza, destinate ad essere specificate mediante il riferimento ad un testo normativo, regole che sono sempre applicabili indipendentemente dalle sorti della fonte che le recepisce formalmente, il problema è dato dal fatto che l'utilizzo dei criteri dell'imprudenza, negligenza o imperizia, non porta necessariamente ad un risultato uniforme, non individuando un'unica regola cautelare, ma conduce a risultati diversi a seconda dei parametri di riconoscibilità ed evitabilità che si assumono.

Una prima soluzione, elaborata soprattutto a livello giurisprudenziale ⁽³³⁸⁾, fa leva sulla **prevedibilità**, quale criterio di formazione della regola cautelare; si tratta di una teoria che possiede il merito di cogliere il *modus procedendi* attraverso il quale la regola cautelare viene concepita sotto il profilo della sua efficacia preventiva, ma che è stata criticata da autorevole dottrina, in quanto inidonea a descrivere, in modo determinato, regole cautelari consolidate e valide *erga omnes* ⁽³³⁹⁾.

³³⁷ F. GIUNTA, *Op. cit.*, Padova, 1993, p. 270. In relazione all'ipotesi *sub a)*, se si decide di accogliere la tesi della riserva assoluta di legge, come sembra fare l'Autore, non si potrebbe parlare di "integrazione della fattispecie", in quanto si fa riferimento a provvedimenti che, non essendo fonti del diritto, non determinerebbero alcuna integrazione.

³³⁸ Per tutte si vedano Cass. pen., Sez. IV, 1 luglio 1992, in *Mass. cass. pen.*, 1993, p. 95; Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, II, p. 36.

³³⁹ F. GIUNTA, *Op. cit.*, 1999, p. 92. La teoria della prevedibilità rischia di amplificare l'indeterminatezza della tipicità della colpa generica, sebbene

A tal proposito si giustifica l'espedito escogitato dalla dottrina dell'**agente modello** (*homo eiudsem condicionis et professionis*) per creare un parametro di riferimento che sia idoneo a tenere in considerazione le caratteristiche personali e professionali del soggetto agente e, al tempo stesso, consenta di addivenire ad una standardizzazione della regola cautelare, determinando una maggiore compatibilità con il principio di determinatezza: per individuare il comportamento diligente doveroso, l'interprete deve chiedersi come si sarebbe comportato, nella situazione concreta, l'agente modello di riferimento.

Anche questa impostazione ha ricevuto critiche da parte della dottrina in quanto tale parametro non terrebbe nella dovuta considerazione la differenza intercorrente tra agente "reale" ed agente "sociale" preso come modello: in altre parole, il carattere astratto dell'agente modello favorirebbe una semplificazione eccessiva dell'accertamento della colpa generica, risultando inidoneo a tracciare, in modo non preconcepito, il discrimine tra fatti colposi tipici e fatti penalmente irrilevanti.

Il parametro dell'agente modello, si è detto, non propone, in realtà, autentiche norme cautelari, capaci di integrare e delimitare la tipicità colposa, né sottende una figura sociologica di riferimento, dato che, per individuarla, l'interprete dovrebbe procedere ad una impraticabile osservazione di intere classi di individui ed all'enucleazione di una media comportamentale⁽³⁴⁰⁾.

abbia avuto un indubbio successo in giurisprudenza, in quanto l'interprete può agevolmente costruire *ex post* una regola cautelare che, considerata *ex ante*, avrebbe potuto impedire la verifica dell'evento.

³⁴⁰ G. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urb.*, 1977-1978, p. 291. Il catalogo delle *condiciones* e delle *professiones* è potenzialmente infinito e, paradossalmente, per applicare in maniera predeterminabile e controllabile il criterio, sarebbe necessario rintracciare altri criteri, che dicano come selezionare, tra tutte le *condiciones* e le *professiones*

La crisi della prevedibilità, derivante dall'utilizzo della figura dell'agente modello, ha finito per evidenziare l'esistenza di un "vuoto diagnostico" che dottrina e giurisprudenza tardano a colmare, non indicando con sufficiente certezza quale possa essere l'alternativo ed univoco parametro tecnico in grado di stabilire la regola comportamentale di cui si addebiti la trasgressione ⁽³⁴¹⁾. Le insufficienze che attengono alle impostazioni sopra brevemente accennate ci inducono, quindi, a ricercare un differente criterio di identificazione delle regole cautelari sociali che ne assicuri la funzione tipizzante e rispetti la loro natura di regole tecniche.

Al fine di superare i limiti sottesi a tale metodica, alcuni commentatori suggeriscono di fare riferimento alla "massima partecipazione sociale" alla formazione delle regole cautelari doverose, così evitando di rimettere interamente al giudice la valutazione postuma del rischio consentito ⁽³⁴²⁾.

Le regole cautelari di fonte sociale rappresenterebbero la cristallizzazione dell'esperienza collettiva all'interno di regole comportamentali, il cui valore non è universale, ma relativo a determinati ambienti sociali: in altre parole, le regole sociali fondate su "usi derivanti dall'esperienza collettiva" vengono, in definitiva, ricondotte all'interno della fonte consuetudinaria, quale fatto normativo spontaneo ed anonimo ⁽³⁴³⁾.

In realtà riteniamo che non sia possibile ricondurre alla categoria della consuetudine le regole cautelari diverse da quelle

possibili, quelle che interessano al caso oggetto del giudizio. M. GROTTI, *Op. cit.*, Torino, 2012, p. 50.

³⁴¹ D. MICHELETTI, *Op. cit.*, in *Criminalia*, 2008, p. 173.

³⁴² F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2008, p. 244.

³⁴³ F. GIUNTA, *Op. cit.*, Padova, 1993, p. 242. Il soggetto, sulla base degli usi sociali sarebbe indotto a conformarsi al comportamento della maggioranza, creando l'aspettativa di una condotta e una posizione di affidamento.

presenti in fonti formali come la legge, il regolamento, l'ordine o la disciplina, se non per quanto attenga al procedimento genetico, trattandosi, in entrambe le ipotesi, di casi di *normazione spontanea*. Come affermato da recente dottrina, nel caso di regole di diligenza, prudenza e perizia, il riferimento alla consuetudine è corretto solo nella misura in cui serve, in via descrittiva, a richiamare il meccanismo genetico di formazione degli standard cautelari; non più se intende, normativamente, individuare la regola cautelare doverosa mediante il parametro conformativo del "così fan tutti". La funzione ed il modo di operare delle regole cautelari, in quanto standard strumentali a specifiche finalità preventive, non dipende dal dato sociologico della ripetizione o da quello psicologico della credenza circa la doverosità, ma dalla congruenza allo scopo, ovvero dal fatto di rappresentare o meno lo schema di comportamento appropriato nella situazione concreta ⁽³⁴⁴⁾.

Stante la fumosità del concetto di diligenza, ci possiamo, allora, domandare se non siano proprio i momenti della *prevedibilità* e della *evitabilità*, secondo *la migliore scienza ed esperienza nel momento storico* in quello specifico settore, quelli fondamentali al fine di individuare con maggiore precisione il contenuto del dovere di diligenza, ovvero quali giudizi dai quali dipenda il procedimento di formazione della regola cautelare.

Al quesito deve darsi una risposta positiva: se è vero che le regole di diligenza, vigenti all'interno dei vari contesti sociali di riferimento, rappresentano la cristallizzazione di giudizi di prevedibilità e di evitabilità ripetuti nel tempo, allora proprio la prevedibilità *ex ante* e l'evitabilità *ex post* dell'evento costituiscono i criteri di individuazione delle misure precauzionali da adottare nelle diverse situazioni concrete, una

³⁴⁴ V. D. CASTRONUOVO, *Op. cit.*, Milano, 2009, p. 294 e s.

volta che stia per insorgere, o sia insorta, una situazione di pericolo ⁽³⁴⁵⁾.

A sostegno di tale assunto si pensi alla distinzione tra le ipotesi nelle quali le regole cautelari si siano consolidate da quelle nelle quali l'uso sociale non si sia ancora pronunciato. Mentre, nelle situazioni di pericolo già sperimentate, infatti, il soggetto può ricorrere all'adozione di regole di condotta socialmente diffuse che possano suggerire, sulla base

³⁴⁵ In questo senso G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 2001, p. 502. Si veda anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 363. L'Autore ritiene che, nelle regole cautelari scritte, la prevedibilità e l'evitabilità non abbiano bisogno di accertamento, in quanto sarebbero già incorporate all'interno delle regole medesime, in quanto queste, essendo rivolte a specifiche categorie di soggetti esercenti determinati tipi di attività, sarebbero già concepite e costruite in rapporto alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento da parte dell'uomo giudizioso della stessa professione o condizione.

Da ciò emerge un interrogativo di fondo: nel caso in cui, in base ad una valutazione successiva dell'intera vicenda, sia possibile ricostruire il tipo di condotta che sarebbe stata più adeguata ad evitare l'evento, si è proprio sicuri che essa fosse, altresì, suscettibile di essere identificata da parte del soggetto agente sulla base degli elementi disponibili al momento in cui esso si era trovato ad agire? Un tentativo di risposta, oltre che di critica alla teoria sopra accennata si trova in G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 347 e ss. L'Autore parte dalla premessa secondo la quale il giudizio della colpa è destinato sempre più a dipendere dal mutevole modo di atteggiarsi delle circostanze nel cui ambito la condotta dell'autore è venuta di volta in volta a manifestarsi. L'insieme di tali circostanze che, ad una valutazione *ex post*, ovvero successiva della vicenda da cui è scaturito l'evento, potrebbe far emergere con sufficiente chiarezza la condotta che sarebbe stata idonea ad evitarlo, una volta che ci si ponga, *ex ante*, dal punto di vista del soggetto agente al momento della condotta, potrebbe rivelarsi molto difficile, quanto al suo significato "sintomatico" della scelta più opportuna. In altre parole, tra il dovere di verificare la presenza di pericoli e il poterli effettivamente fronteggiare, si apre uno spazio problematico tale da porre in essere seri dubbi sul rispetto della tradizionale dimensione personalistica, propria del rimprovero per colpa.

dell'esperienza, gli strumenti da adottare per ridurre o prevenire determinate conseguenze dannose, nelle situazioni nelle quali l'uso sociale non si è ancora pronunciato il richiamo alle regole cautelari consolidate nella prassi è da ritenersi escluso.

Proprio per questo motivo dobbiamo ritenere che quello della "conoscenza consolidata e diffusa" non possa essere assunto quale criterio determinante, ben potendosi parlare di responsabilità a titolo di colpa anche in relazione a condotte rispetto alle quali l'uso sociale non si è ancora potuto pronunciare ⁽³⁴⁶⁾.

Al contrario, utilizzando i criteri della prevedibilità e della evitabilità, viene potenziata la funzione di orientamento dei comportamenti umani, in quanto permette di ricomprendere all'interno delle regole di condotta non solo le regole già entrate nell'esperienza comune, negli "usi sociali", ma anche quelle che non essendo ancora divenute tali, vanno individuate *ex novo*, secondo la superiore scienza ed esperienza degli operatori specifici.

Non solo, operando in tal modo si realizza una sorta di automatico adeguamento degli *standards* di sicurezza al continuo progredire della ricerca scientifica e tecnologica, permettendo, di fronte a vuoti di positivizzazione, di meglio soddisfare le esigenze di determinatezza e certezza, imposte dal principio di legalità, anche nel reato colposo.

In definitiva, riteniamo che l'individuazione della regola modale che si assume violata richieda precisi criteri di delimitazione, che possono essere così riassunti: a) che il fatto sia

³⁴⁶ In dottrina viene fatto l'esempio del ricercatore che, lavorando su un prodotto le cui proprietà sono solo a lui note, e la cui tecnica di lavorazione sia da lui soltanto conosciuta, si comporti negligenemente o imprudentemente. Non vi sono dubbi che anche in questo caso dovrà ammettersi la colpa sebbene all'interno degli usi sociali non sia rinvenibile alcuna regola di condotta. Per approfondimenti si veda M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 638.

prevedibile ed evitabile seguendo la regola di condotta cautelare; b) che il parametro dell'agente modello sia corrispondente all'agente concreto; c) che il fatto concretamente verificatosi sia realizzazione del rischio preso in considerazione dalla regola cautelare ⁽³⁴⁷⁾.

Altra questione, sempre ricollegata alla prevedibilità ed evitabilità, sulla quale dobbiamo soffermarci, è se sia sufficiente la prevedibilità di eventi appartenenti al genere di risultato indesiderato (per esempio la morte derivante da patologia dell'apparato respiratorio) o se sia necessario la prevedibilità di eventi specifici, caratterizzati da un particolare processo eziologico (come nel caso di morte derivante da un tumore polmonare).

La giurisprudenza di legittimità, così come parte della dottrina, è orientata nel primo senso, ritenendo sufficiente la prevedibilità del risultato appartenente al genere di evento da evitare, senza chiedere una prevedibilità dello specifico evento dannoso. Ad esempio, in un caso di omicidio colposo, consistito in un tumore polmonare o in un mesotelioma occorso a lavoratore esposto ad amianto, secondo la Suprema Corte, non v'è ragione di escludere il rapporto di causalità con l'evento né il requisito della prevedibilità dell'evento medesimo, per il fatto che il rischio cancerogeno sia stato conosciuto solo successivamente, in quanto le misure di prevenzione da adottare per evitare l'insorgenza di una malattia invece da tempo nota come l'asbestosi erano identiche a quelle richieste per eliminare o ridurre gli altri rischi non conosciuti. ⁽³⁴⁸⁾.

Il carattere "aperto" della fattispecie colposa, nonché l'incapacità della clausola generale della diligenza a selezionare

³⁴⁷ D. CASTRONUOVO, *Op. cit.*, Milano, 2009, p. 283.

³⁴⁸ Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, in *Riv. pen.*, 2003, p. 203. Per la dottrina: C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1997, 4, p. 1473.

con esattezza i confini della colpa penale, contiene in sé un altro pericolo, costituito dal tendenziale *regresso all'infinito* nell'individuazione della negligenza penalmente rilevante, fino a giungere ad una cautela "estrema" rappresentata dall'astensione, in ogni caso, dal comportamento intrapreso, soluzione inammissibile se non si vuole paralizzare l'attività sociale, economica e produttiva dell'uomo ⁽³⁴⁹⁾.

Un notevole passo in avanti, diretto a conferire alla fattispecie colposa una maggiore determinatezza, si è registrato in tema di "colpa medica", laddove il legislatore, attraverso il l'art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute" (c.d. decreto *Balduzzi*), individua, nello strumento delle c.d. *linee guida ospedaliere*, i criteri che il giudice deve utilizzare al fine di sindacare l'attività professionale svolta dal sanitario, spinto dalla necessità di una più incisiva tipizzazione dell'illecito colposo e dando rilievo alle regole prasseologiche di esperienza generalmente riconosciute e condivise dalle società scientifiche di prestigio internazionale ⁽³⁵⁰⁾.

Le c.d. linee guida, secondo la definizione data dall'*Institute of Medicine* statunitense, possono essere considerate, infatti, come raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate

³⁴⁹ E' noto il classico esempio dell'automobilista che, a causa di un difetto nell'impianto frenante, investe un pedone; in questo caso la condotta tipica potrebbe essere individuata nel momento, anche molto lontano nel tempo, in cui il soggetto ha intrapreso il viaggio senza verificare le condizioni della vettura. Così F. GIUNTA, *Op. cit.*, Padova, 1993, p. 76 e ss.

³⁵⁰ Ai sensi del citato art. 3 "il giudice, ai sensi dell'art. 1176 c.c., tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalle comunità scientifiche nazionale ed internazionale". Per gli opportuni approfondimenti si rimanda all'interessante lavoro di A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche ⁽³⁵¹⁾.

Il vantaggio offerto dalle linee guida è quello di dare determinatezza alla fattispecie colposa, la cui condotta tipica è racchiusa integralmente all'interno della regola cautelare. Come ha sottolineato la dottrina ⁽³⁵²⁾ le linee guida recuperano quella determinatezza che risulta essere sacrificata individuando la regola cautelare con il criterio, alquanto vago, che abbiamo visto in precedenza dell'agente modello.

Grazie alle linee guida è dato conoscere, anticipatamente rispetto alla commissione del fatto, ciò che può essere penalmente sanzionato, qualificando colposo non ciò che è negligente, imprudente o imperito, ma l'inosservanza delle "discipline", ex art. 43 c.p., ben potendo le linee guida essere ricondotte all'interno di tale termine normativo ⁽³⁵³⁾.

³⁵¹ Le linee guida si differenziano dai "protocolli", i quali prevedono rigidi schemi di comportamento diagnostico e terapeutico, tipici di un programma di ricerca clinica sperimentale, elaborato per assicurarne la riproducibilità. A loro volta, i "percorsi" si differenziano dalle linee guida e dai protocolli per una loro maggiore caratterizzazione multidisciplinare, definendosi come un approccio integrato alla soluzione dei problemi del paziente, accompagnato da una valutazione dei costi sostenuti. Si veda A.R. DI LANDRO, *Op. cit.*, Torino, 2012, p. 10.

³⁵² P. PIRAS, *La colpa medica: non solo linee guida*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254, in www.penalecontemporaneo.it, con la quale si è affermato come non esima da colpa del medico il rispetto delle linee guida che antepongano ragioni economiche a ragioni di tutela della salute e che siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente.

³⁵³ In altra importante sentenza si è affermato che l'esercente la professione medica, che si attiene a linee guida di buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. Così Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, in www.penalecontemporaneo.it (con nota di G.L. GATTA). La nuova disposizione contenuta all'interno dell'art. 3, primo comma, del d.l. 158/2012, combinata con l'art. 43 c.p., concorre a definire il concetto di colpa penalmente rilevante, risultando che, nell'ambito della responsabilità medica, "colpa" non significa "colpa medica". Si tratterebbe,

In tal modo il giudice può disporre di una regola cautelare certa, formata anteriormente al giudizio da società scientifiche di riconosciuta fama ed affidabilità, da tale regola di condotta l'interprete deve prendere le mosse nel processo di identificazione della colpa, valutando gli eventuali scostamenti che possono verificarsi nel caso concreto ⁽³⁵⁴⁾.

Le linee guida presentano, però, anche svantaggi dati, in primo luogo, dal fatto che la loro elaborazione tiene conto anche di esigenze di contenimento di spesa estranee alla salute del paziente, come nel caso in cui si ricorra ad un parto cesareo dettato solo da esigenze pratiche o economiche ⁽³⁵⁵⁾ e, secondariamente, dal fatto che tali linee possono fungere da scudo di medicina "difensiva", posto che il sanitario sarebbe indotto a seguirle sempre e comunque, anche in presenza di casi del tutto particolari che impongano un diverso trattamento terapeutico rispetto a quello contemplato dalle stesse ⁽³⁵⁶⁾.

quindi, di una vera e propria norma integratrice della legge penale che contribuisce a descrivere la fattispecie legale astratta.

³⁵⁴ P. PIRAS – A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in (a cura di) S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI, *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 288.

³⁵⁵ Sarebbe fuorviante credere che la qualità della cura, il miglioramento dell'assistenza e la salute del paziente siano il fine esclusivo delle linee guida. Occorre ricordare come la *ratio* cautelare sottesa alle linee guida, ovvero la loro vocazione a preservare la salute del paziente, non sia affatto esclusiva, in quanto coesistente con altre *rationes* di marca organizzativa ed economica che "premono" per assicurare una efficiente allocazione delle risorse sanitarie allo scopo di consentire risparmi di spesa. Così M. CAPUTO, "Filo d'Arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁵⁶ In realtà, in merito alla questione del rapporto tra autonomia professionale e adesione alle linee guida il medico non solo può, ma deve discostarsi da esse quando ne colga la necessità, non essendo pensabile che la singolarità di ogni condizione clinica sia sempre riconducibile alle generalità delle linee guida di riferimento. M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2006, p. 744; in senso sostanzialmente analogo G.

E', inoltre, opportuno distinguere le linee guida di nuovo conio da quelle consolidate posto che, com'è intuibile, solo rispetto a queste ultime è possibile attribuire un ruolo più importante nel fondare l'addebito per colpa ⁽³⁵⁷⁾.

Tale considerazione ci consente di fare il punto, altresì, sui limiti intrinseci connessi al processo di standardizzazione delle regole cautelari. Le *leges artis*, infatti, non possono essere considerate come punti di riferimento immutabili, in quanto si evolvono costantemente in relazione al progresso scientifico, con la conseguenza di non poter eliminare un residuale margine di genericità anche all'interno della colpa medica.

Non solo: la compresenza di obiettivi a volte confliggenti sottesi alle linee guida impedisce sia al sanitario quanto al giudice di fare riferimento sulle linee guida stesse nell'identificazione della regola di diligenza, senza introdurre degli accorgimenti in grado di riequilibrare il temperamento tra i vari interessi in gioco.

Quanto appena esposto ci consente di ritenere come, nell'ambito dei reati colposi, almeno per quanto riguarda i reati causali puri, il rispetto del principio di determinatezza non imponga un modello di criminalizzazione incentrato esclusivamente su regole di condotta a contenuto cautelare

IADECOLA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, 2009, p. 81.

La presa di distanza dalla raccomandazione, ovviamente adeguatamente motivata, deve essere considerata come l'espressione di un'autonomia critica e consapevole da parte del medico che, pur essendo a conoscenza della raccomandazione, decide diversamente da questa nell'interesse del paziente. M. CAPUTO, *Op. cit.*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁵⁷ Il problema principale delle linee guida di nuovo conio è dato dal fatto che il trattamento da queste previsto può differire notevolmente dalla prevalente prassi professionale. A.R. DI LANDRO, *Op. cit.*, Torino, 2012, p. 64.

definite a livello legislativo ⁽³⁵⁸⁾, anche se, come evidenziato da importante dottrina, a parte le regole contenute all'interno di leggi, per tutte le altre, siano queste stabilite da regolamenti, ordini, discipline, ovvero identificate attraverso le nozioni di negligenza, imprudenza o imperizia, non sia facile affermare la loro conciliabilità con i principi costituzionali inerenti al diritto penale, visto che esse trovano tutte la loro fonte al di fuori della legge ⁽³⁵⁹⁾.

Ciò che è importante sottolineare, giunti a questo punto del nostro approfondimento, è la necessità di ricostruire l'elemento normativo della colpa attraverso procedimenti di integrazione normativa che siano rispettosi della predeterminabilità della regola cautelare di condotta; la regola cautelare è individuabile, a posteriori, mediante il procedimento che abbiamo visto in precedenza di concretizzazione giudiziale della colpa, ma è importante non trascurare anche il momento "genetico" della regola cautelare, in quanto diretto ad assicurare la disponibilità e la conoscibilità della regola di comportamento in capo ai consociati ⁽³⁶⁰⁾.

³⁵⁸ Il modello di incriminazione c.d. "tutto nella legge", se si vuole prestare tutela contro le aggressioni più gravi all'incolumità individuale e pubblica risulta un paradigma di criminalizzazione antistorico, comunque irrealizzabile e sicuramente irrealizzato. D. CASTRONUOVO, *Op. cit.*, Milano, 2009, p. 180.

³⁵⁹ F. PALAZZO, *Op. cit.*, Torino, 2011, p. 334. E' vero, secondo l'Autore, che la regola cautelare potrebbe essere considerata come una "specificazione tecnica" in quanto, sulla base delle conoscenze ed esperienze specialistiche, individua gli strumenti dotati delle caratteristiche naturalisticamente adeguate a fronteggiare la pericolosità di una determinata attività, ma è altresì vero che la regola cautelare esprime la linea di confine tra rischio consentito e vietato, ponendo in essere una ponderazione tra esigenze contrapposte che ben poco avrebbe di "tecnico".

³⁶⁰ La formalizzazione della regola cautelare evita di consegnare il fulcro della tipicità colposa ad una pressoché totale discrezionalità interpretativa ed attribuisce al giudice il corretto ruolo di "fruitore" di regole

Riteniamo, quindi, che, quello della legalità dell'illecito colposo rimanga un problema aperto e che, all'interno dei reati colposi, un ruolo creativo del giudice penale non sembra possa essere disconosciuto.

A conferma di tale assunto si segnala una importante pronuncia della Corte Costituzionale ⁽³⁶¹⁾ che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41, primo comma, D. Lgs. 15 agosto 1991, n. 277, in riferimento agli artt. 25 e 70 Cost., dovendosi interpretare, nel rispetto del principio di determinatezza della fattispecie penale, l'obbligo per il datore di lavoro, sanzionato penalmente, di ridurre al minimo i rischi derivanti dalla esposizione del lavoratore al rumore mediante l'adozione di misure tecniche, organizzative e procedurali concretamente attuabili, limitato alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente applicate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti.

Secondo il giudice delle leggi, il principio di determinatezza deve essere soddisfatto non già attraverso la descrizione dettagliata dei comportamenti penalmente vietati, ma con un restringimento della discrezionalità del giudice la quale è "riducibile" ma "non sopprimibile".

Sebbene si debba concludere per una compatibilità tra il principio di responsabilità a titolo di colpa con quello di determinatezza, la tendenziale scarsa determinatezza della fattispecie colposa è trattata dalla dottrina come una difficoltà

pre-confezionate, in sintonia con le istanze legalitarie di determinatezza. A.R. DI LANDRO, *Op. cit.*, Torino, 2012, p. 180.

³⁶¹ Corte Cost., 25 luglio 1996, n. 312, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2957.

“connaturale” al discorso sulla colpa, o come una “zona d’ombra” sostanzialmente ineliminabile ⁽³⁶²⁾.

3. Brevissime considerazioni in tema di responsabilità da prodotto.

Prima di concludere il nostro studio in tema di determinatezza e colpa penale, riteniamo doveroso fare un breve accenno in merito ad una delle ipotesi nelle quali, più di ogni altra, si rilevano occasioni di rischio per la vita e l’incolumità dei cittadini, ovvero quella della produzione e distribuzione di prodotti difettosi, laddove si avverte la necessità di introdurre regole cautelari il più possibile determinate ed omogenee ⁽³⁶³⁾.

Si è inteso delimitare l’approfondimento proprio alla responsabilità da prodotto in quanto, in tale settore, i confini del consentito e del non consentito non sembrano essere fissati con precisione dal legislatore, anche nel caso in cui vi sia una disciplina regolamentare specificatamente dettata, privilegiando

³⁶² A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007, p. 94; A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2000, p. 433.

Nel contesto della formalizzazione delle regole cautelari, le difficoltà ricostruttive sono ricollegabili tanto alla problematica della vaghezza che a quella delle lacune. Si tratta di difficoltà fisiologiche ed in certa misura insuperabili, stante “l’impossibilità, e probabilmente anche l’indesiderabilità di meccanismi di controllo che siano del tutto rigidi e persuasivi”. A.R. DI LANDRO, *Op. cit.*, Torino, 2012, p. 176.

³⁶³ A differenza dei rischi insiti nella fase di sviluppo della società industriale, caratterizzati da una sostanziale riconoscibilità delle vittime e attutiti da forme di standardizzazione dei costi, i nuovi rischi della società postindustriale colpiscono gli uomini nello stesso modo, senza alcuna distinzione: non a caso si parla di “democratizzazione del rischio”, il quale si presenta in forma indefinita, sia con riferimento al numero dei colpiti, sia rispetto alla entità ed alla durata dei danni che possono presentarsi. C. PIERGALLINI, *Op. cit.*, 1997, p. 1447.

il tema della struttura del reato colposo, con riferimento ai meccanismi di integrazione tra norme penali e regole cautelari rilevanti nella costruzione della fattispecie.

E' evidente che, come sottolineato dalla dottrina, in mancanza di una chiara delimitazione dei limiti del rischio lecito, permarrebbe solo un generico divieto di arrecare danni a terzi, edificabile su clausole generali assimilabili al canone del *neminem laedere* ⁽³⁶⁴⁾, soluzione che, come abbiamo visto in precedenza, non è appagante, in quanto la fattispecie colposa risulterebbe ricostruibile soltanto *ex post facto* mentre, come abbiamo già evidenziato precedentemente, le aspettative di comportamento diligente e penalmente lecito dovrebbero preesistere e potersi definire, *ex ante*, al momento della condotta ⁽³⁶⁵⁾.

La questione che ci dobbiamo porre è se davvero e sino a che punto sia riscontrabile una mancanza di predeterminazione delle regole cautelari all'interno del settore del danno alla salute come conseguenza della produzione e distribuzione di prodotti destinati ai consumatori.

Anche nella responsabilità da prodotto difettoso le regole cautelari dovrebbero preesistere e dovrebbero essere definite anteriormente rispetto al momento della condotta, in modo da poter fungere da modelli di comportamento sufficientemente determinati.

Nella fattispecie in commento, infatti, sebbene si stia assistendo, negli ultimi anni, ad un incremento della positivizzazione delle regole cautelari, il problema è dato dalla

³⁶⁴ Nello stesso senso F. GIUNTA, *Op. cit.*, 1999, p. 89; P. VENEZIANI, *Op. cit.*, Padova, 2003, p. 49.

³⁶⁵ Così D. CASTRONUOVO, *Op. cit.*, Milano, 2009, p. 306. Se la concretizzazione della colpa diviene un'attività di interpretazione che consente di trovare la norma solo a posteriori, allora si deve ammettere che tale norma non era disponibile *ex ante*, quale potenziale criterio di orientamento del soggetto agente.

difficoltosa predeterminabilità della condotta criminosa da parte del soggetto produttore o distributore, con conseguente scarso coefficiente di determinatezza.

Nell'ambito della sicurezza dei prodotti e, quindi, della tutela del consumatore, si rinvengono, secondo la dottrina, due differenti modelli di disciplina: un primo modello di eterodisciplina mediante forme di eterointegrazione da parte di fonti normative statali o europee, oppure mediante forme di controllo da parte di Autorità amministrative, ed un secondo modello di auto-disciplina, mediante il ricorso a procedure di autoregolazione, da parte dei soggetti privati coinvolti nello svolgimento delle attività foriere di rischio ⁽³⁶⁶⁾.

Le disposizioni in materia di sicurezza generale dei prodotti sono contenute attualmente negli artt. 102-113 del Codice del consumo, adottato con il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, che hanno recepito la disciplina contenuta nel D.Lgs. 172/2004, recante attuazione della direttiva comunitaria n. 2001/95/CE.

Di particolare importanza, ai fini del nostro studio, è l'art. 105 del Codice del consumo, intitolato "*Produzione e valutazione di sicurezza*", al cui primo comma si precisa che, in mancanza di specifiche disposizioni comunitarie, un prodotto si presume sicuro quando è conforme alla legislazione vigente nello Stato membro in cui il prodotto stesso è commercializzato e con riferimento ai requisiti cui deve rispondere sul piano sanitario e della sicurezza. Specificamente dedicato alle regole e specifiche tecniche è il successivo secondo comma, ai sensi del quale, si presume che un prodotto sia sicuro, per quanto attiene ai rischi ed alle categorie di rischi disciplinati dalla normativa nazionale, quando è conforme alle *norme nazionali non cogenti* che recepiscono le norme europee. Si tratta di un modello di eteroregolazione che fa riferimento a regole tecniche che, sebbene

³⁶⁶ D. CASTRONUOVO, *Op cit.*, Milano, 2009, p. 308.

definite come “non cogenti”, sono richiamate dal Codice del consumo.

In merito alle ipotesi di autoregolazione, la medesima norma rinvia ad un complesso ed intricato sistema di regole cautelari, in cui si fa riferimento ai *codici di buona condotta* in materia di sicurezza vigenti nel settore interessato; così, come anticipato, accanto ad un modello classico, le disposizioni contenute nella normativa in materia di consumo non escludono anche momenti di rilevanza di forme di autoregolazione.

Già da quanto brevemente accennato emerge come la materia sia densa di ipotesi nelle quali regole cautelari di fonte extralegislativa si prestano ad essere utilizzate nella ricostruzione della fattispecie incriminatrice, con evidenti ripercussioni sul principio di determinatezza, rendendo difficoltosa l'individuazione e l'individuabilità della regola di condotta da parte dei destinatari, con inevitabili ripercussioni anche sul piano della colpevolezza ⁽³⁶⁷⁾.

Al fine di superare i dubbi sulla compatibilità della disciplina in materia di danno da prodotto con il principio di determinatezza, un certo orientamento ha cercato di ricondurre tali ipotesi di reato colposo all'interno della “colpa specifica”, ritenendo, in tal modo, di superare o attenuare i problemi di determinatezza della fattispecie colposa ⁽³⁶⁸⁾.

³⁶⁷ A. BERNARDI, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 16. Si è in presenza di un eccesso di regolamentazione idoneo ad incidere negativamente non solo sulla sufficiente determinatezza e precisione della fattispecie colposa, ma anche e soprattutto sulla certezza del diritto e sulla concreta individuazione della regola da parte dei destinatari.

³⁶⁸ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 141. Secondo tale dottrina ciò avverrebbe anche nei casi di cristallizzazione di regole tecniche emanate da soggetti privati.

Ma abbiamo visto come il rispetto della determinatezza sia conseguibile solo quando la norma evidenzia una regola cautelare di comportamento preventivo.

Per questo motivo, altra corrente di pensiero ritiene preferibile conseguire un guadagno in termini di determinatezza, ancora una volta, mediante il riferimento ad un "agente modello" o ad un "modello di attività lecita" idoneo a fornire una regola modale che, in tale settore, sarà costituita da una regola a contenuto tecnico. Tale orientamento, nonostante le critiche formulate dalla dottrina in ordine alla figura dell'agente modello, cui abbiamo accennato in precedenza, sembra cogliere maggiormente nel segno, rendendo possibile un guadagno, in termini di determinatezza, conseguibile in quanto la norma fornisca una regola cautelare di comportamento preventivo fondato su uno *standard* tendenzialmente rigido ⁽³⁶⁹⁾.

Se il problema, eventualmente, è quello della riconoscibilità delle regole cautelari da parte dei soggetti *destinatari*, nell'ambito della tutela del consumatore la questione sembra possedere un minore rilievo, in quanto si è pur sempre in presenza di autori a "soggettività qualificata", con conseguente possibilità di individuare una figura sociologica di riferimento ben determinata.

³⁶⁹ In tal senso F. GIUNTA, *Op. cit.*, 1999, p. 92. Non manca chi ritiene che, qualora le regole scritte appartengano a protocolli di fonte non pubblica, la loro violazione sembri corrispondere ad un *tertium genus* tra colpa generica e colpa specifica, rappresentato da una colpa "procedurale". Si veda anche D. CASTRONUOVO, *Op. cit.*, Milano, 2009, p. 319. Nel caso di regole scritte che appartengano a protocolli di fonte non pubblica, secondo l'Autore, la loro violazione sembrerebbe corrispondere, piuttosto, ad un *tertium genus* tra colpa generica e colpa specifica, rappresentato da una colpa protocollare, ovvero relativa ad una inosservanza della corretta sequenza di condotte previste dai protocolli propri di un determinato settore di attività o all'inosservanza di regole tecniche contenute in documenti o piani di sicurezza di fonte privata.

Nei reati colposi di evento a forma libera, come quello oggetto del presente esame, il rispetto della sufficiente determinatezza non impone che il contenuto della regola cautelare sia necessariamente definito dalla legge.

Riteniamo che la concretizzazione della colpa potrà avvenire, ad esempio, sia mediante elementi di rinvio che consentano di trovare la regola cautelare di condotta, sia attraverso un attento esame delle relazioni tra i soggetti inseriti nel settore della sicurezza e coinvolti nella vicenda, trattandosi di verificare, caso per caso, se la conoscibilità della regola modale possa essere facilitata dal ruolo svolto dal soggetto, in quanto dotato di specifiche competenze e conoscenze tecniche e normologiche.

BIBLIOGRAFIA

Per la parte relativa alla nozione di fattispecie incriminatrice e rapporto tra norma primaria e secondaria

AMATO G.

- *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. Cost.*, 1964, 494.

ANTOLISEI F.

- *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2003.

BELFIORE E. R.

- *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997.

BERNARDINI A.

- *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966.

BETTIOL G.

- *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 523.

BOBBIO N.

- voce *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1976, 330.
- *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.

BONINI S.

- *Diritto penale e norme giuridiche extrapenali. Linee dogmatiche e politico-criminali*, Tesi dottorale (X Ciclo), Bologna, 1998.

CADOPPI A. – VENEZIANI P.

- *Elementi di diritto penale, Parte Generale*, Padova, 2007.

CARACCIOLI I.

- *Manuale breve di diritto penale, Parte Generale*, Padova, 2006.

CARNELUTTI F.

- *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.

CELANO B.

- *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996, 185.

CERQUETTI G.

- *Teoria degli atti giuridici previsti nella norma incriminatrice*, Napoli, 1973.

CONTENTO G.

- *Corso di diritto penale*, vol. I, Bari, 1996.

DE FRANCESCO G.

- *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011.

DELITALIA G.

- *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976.

DONINI M.

- *Teoria del reato, una introduzione*, Padova, 1996.

ENGISCH K.

- *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in Festschrift für Edmund Mezger*, Berlin, 1954.
- *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Baratta, Milano, 1970.

FERRAJOLI L.

- *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990.

FEUERBACH P.J.A.,

- *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz, 1800, r.a. Aalen, 1973.

FIANDACA G.

- voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 152.

FIANDACA G. – DI CHIARA G.

- *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003.

FIANDACA G. – MUSCO E.

- *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2002.

FIGLIO C. – FIGLIO S.

- *Diritto penale. Parte Generale*, vol. I, Torino 2008.

FROSALI A.

- *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1953.

GAROFOLI R.

- *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Torino, 2003.

GAVAZZI G.

- *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967.

GRUNHUT M.

- *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*,
Tubingen, 1926.

JORI M. – PINTORE A.

- *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995.

LAZZARO G.

- *Teoria generale e interpretazione del concetto di "fattispecie"*, in
Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 40.

MAIORCA C.

- voce *Fatto giuridico – Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VII,
Torino, 1961, 111.

MANTOVANI F.

- *Diritto penale. Parte Generale*, II, Padova, 2001.

MARINI G.

- voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 950.

MARINUCCI G – DOLCINI E.

- *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2012.

MEZGER E.

- *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für Ludwig Traeger*, Berlin, 1926.

MICHELETTI D.

- *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006.

MODUGNO F.

- voce *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 328.

MORTATI C.

- *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962.

NAPPI A.

- *Guida al codice penale, Parte generale*, Milano, 2008.

NOTARO D.

- *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010.

PADOVANI T.

- *Diritto penale*, Milano, 2002.

PAGLIARO A.

- *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 420.
- voce *Legge penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1040.
- voce *Fatto (dir. pen)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 951.
- *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.

PALAZZO F.

- *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1987, 230.
- voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 338.
- *Corso di diritto penale, Parte Generale*, Torino, 2008.

PANNAIN R.

- *Manuale di diritto penale*, vol. 1, *Parte Generale*, Torino, 1967.

PAPA A.

- *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio nella produzione normativa*, in *Rass. parlam.*, 1991, 281.

PICOTTI L.

- *La legge penale*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. I, Torino, 1996, 7.

PIERGALLINI C.

- *Norma penale e legge regionale: la costruzione del "tipo"*, in Dolcini-Padovani-Palazzo, *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle regioni*, Milano, 1994.

PITTARO E. – ZANNOTTI F.

- *Applicazione e tecnica legislativa*, Milano, 1998.

RISICATO L.

- *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.
- *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, in *Studium iuris*, 2005, 159.

ROMANO M.

- *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974.
- *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995.

RONCO M.

- *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010.

RUGGIERO G.

- *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, vol. I, *Lineamenti generali*, Napoli, 1965.

SCOGNAMIGLIO R.

- *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331.
- voce *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989.

SGUBBI F.

- *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

TRAPANI M.

- voce *Legge penale (Fonti)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990.

Per la parte relativa al principio di determinatezza (in aggiunta a quelli precedentemente enunciati)

BINDING K.

- *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1890.

CARLASSARE L.

- voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990.
- voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990.

FOIS S.

- *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963.
- *Rinvio, recezione e riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 1966, 587.
- voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659.

GALLO M.

- *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999.
- *Appunti di diritto penale, II, Il reato, II, L'elemento psicologico*, Torino, 2001.

GATTA G.L.

- *Abolitio criminis e successione di norme integratrici. Teoria e prassi*, Milano, 2008.

GRISPIGNI F.

- *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1920, 225.

MOCCIA S.

- *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel diritto penale italiano*, Napoli, 2001.

MORGANTE G.

- *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002.

PACILEO V.

- *Principio di legalità e fonti mediate di diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 2191.

PAGLIARO A.

- *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 694.
- *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 367.

PALAZZO F.

- *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996, 276.
- *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

PECORARO ALBANI A.

- *Riserva di legge, Regolamento, Norma penale in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 798.

PETROCELLI B.

- *Norma penale e regolamento*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, Milano, 1960.

PITTARO P.

- *Principio di tassatività ed elementi normativi extragiuridici della fattispecie penale*, in *Giur. cost.*, 1988, 2152.
- *Problemi relativi alla tecnica di costruzione delle fattispecie penali*, in *AA.VV., Applicazione e tecnica legislativa*, Milano, 1998, 261.

PULITANÒ D.

- *Diritto penale*, Torino, 2011.
- *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 96 e ss.

ROCCO A.

- *Sul c.d. carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 53.

SANTORIELLO C.

- *La riserva di legge in materia penale fra sufficiente determinatezza legale e disapplicazione del provvedimento amministrativo*, in *Giur. it.*, 1993, II, 735.

SORRENTINO F.

- *Lezioni sulla riserva di legge*, Genova, 1980.
- *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007.

TARELLO G.

- *Diritto, enunciati, usi: studi in materia di metateoria del diritto*, Bologna, 1974.

VASSALLI A.

- voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965.
- voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994.

VICICONTE G.

- *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in E. DOLCINI – T. PADOVANI – F.C. PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle regioni. Una ricerca sulle fonti del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo*, Milano, 1994, 55.

ZANOTTI M.

- *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006.

Per la seconda parte (in aggiunta a quelli precedentemente enunciati)

In tema di esercizio abusivo della professione

ARIELLI G – BELLINI V.

- *L'esercizio abusivo della professione tra esigenze di determinatezza e di rispetto del principio di tassatività della norma penale*, in *Cass. pen.*, 2004, 85.

BASTIANELLO A.

- *La responsabilità penale dei professionisti*, Padova, 2012.

BIANCHI M. P.

- *Omeopatia e esercizio abusivo della professione medica*, in *Cass. pen.*, 2000, 875.

BONESSI E.

- voce *Professione (esercizio abusivo di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1996.

CIPOLLA P.

- *La responsabilità dell'omeopata per il reato di cui all'art. 348 c.p., tra principi costituzionali, disciplina positiva e orientamenti della giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 2006, 11, 2547.

CONTIERI E.

- voce *Esercizio abusivo di professioni, arti o mestieri*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966.

MANTOVANI M.

- *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003.

MENEGHELLO M.

- *Esercizio abusivo della professione sanitaria*, in (a cura di) A. BELVEDERE, S. RIONDATO, *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011.

PAGLIARO A.

- *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000.

RICCIO S.

- voce *Professione (Esercizio abusivo di una)*, in *Nov. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1957.

ROMANO M.

- *Delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati, le qualifiche soggettive e pubblicistiche*, Milano, 2008.

STRATA A.

- *Osservazioni a Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 11044, in Cass. pen., 2010, 02, 0574.*

In tema di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità

CARBONI G.

- *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'art. 650 c.p.*, Milano, 1970.
- *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 454.

CIPOLLA P.

- *Brevi note in tema di tutela penale ex art. 560 c.p. per "inosservanza di provvedimenti dati per ragioni di giustizia*, in *Cass. Pen.*, 2001, 12, 3414.

DE VERO G.

- voce *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 76.

FIGLIORE C.

- voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 1084.

GROPPALI A.

- *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Scritti Romano*, I, Padova, 1940.

LEVI A.

- *Ordine giuridico e ordine pubblico*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, Padova, 1957.

MANZINI V.

- *Trattato di diritto penale italiano*, X, Torino, 1986.
- NUVOLONE P.
- *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1956, 1271.
- PACE A.
- *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, ff. 1 e 2.
- PALADIN L.
- voce *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965.
- PETRONE M.
- *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980.
- RANELLETTI O.
- *La polizia di sicurezza*, in *Trattato completo di diritto amministrativo italiano* (a cura di) V. E. Orlando, IV, Milano, 1912.
- ROCCO A.
- *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.
- SABATINI G.
- voce *Provvedimenti di polizia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967.
 - voce *Sicurezza pubblica*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XII, Torino, 1940.
- SINISCALCO M.
- voce *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971.
- ZANOBINI G.
- *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1958.

In tema di abuso di ufficio

BERTONI R.

- *Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio. La nuova disciplina*, in *Cass. pen.*, 1991.

BONDI A.

- *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. BONDI – P. DI MARTINO – G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.

BRICOLA F.

- *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972.

CONTIERI E.

- voce *Abuso di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958.

COPPI F.

- *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993.

CORRADINO M.

- *Il parametro di delimitazione esterna delle qualifiche pubblicistiche: la nozione di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.

DE FRANCESCO G.

- *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, 05, 1633.

DI GIOVINE O.

- *Concessione edilizia illegittima e abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 2000, p. 148.

DI MARTINO A.

- *Abuso di ufficio*, in (a cura di) BONDI, DI MARTINO, FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.

D'AVIRRO A.

- *L'abuso di ufficio*, Milano, 2009.

GALLO M.

- *Nozione del pubblico ufficiale, dell'incaricato di un pubblico servizio e dell'esercente un servizio di pubblica utilità nel nuovo codice penale*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933.

GRISPIGNI F.

- *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio*, in *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova, 1954.

GUARINO G.

- *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio (a proposito dei dirigenti e dei dipendenti delle banche di diritto pubblico che esercitano il credito ordinario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967.

INFANTE E.

- *Abuso d'ufficio*, in (a cura di) CADOPPI – CANESTRARI – MANNA – PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale, II, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.

LICCI G.

- *Abuso di ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in *Scritti in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004.

MANES V.

- *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto speciale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010.

MANFREDI P.G.

- voce *Abuso innominato di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987.

MANZINI V.

- *Trattato di diritto penale, V*, Torino, 1981.

MARINI G.

- *Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli artt. 357 – 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959.

MARINUCCI G. – DOLCINI E.

- *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali, I*, Padova, 2001.

IADECOLA G.

- *In tema di rifiuto di atti d'ufficio e di abuso di ufficio (la veramente insufficiente determinatezza della fattispecie e la rilevanza degli interessi "zonali")*, in *Giur. merito*, 1997, 06, 0998.

INFANTE E.

- *Abuso di ufficio*, in (a cura di) CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte speciale, II, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008.

LICCI G.

- *Abuso di ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in *AA.VV., Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 459.

PISA P.

- *Delitti contro la Pubblica Amministrazione e contro la giustizia*, 2, Padova, 2011.

PREZIOSI S.

- *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso di ufficio*, in (a cura di) STILE, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987.

RAMPIONI R.

- *L'abuso di ufficio*, in (a cura di) F. COPPI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 109.

SEGRETO A. – DE LUCA G.

- *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999.

SEVERINO DI BENEDETTO P.

- *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983.

VALLINI A.

- *La nozione di incaricato di pubblico servizio e l'odierna realtà dei servizi di interesse generale*, in *Cass. pen.*, 2012, 12.

- *Le qualifiche soggettive*, in (a cura di) F. PALAZZO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011.

VINCIGUERRA S.

- *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008.

ZANOBINI G.

- voce *Diritto pubblico (diritto moderno)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1968.

In tema di colpa

BERNARDI A.

- *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003.

CADOPPI A.

- *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007.

CAPUTO M.

- *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it.

CASTRONUOVO D.

- *La colpa penale*, Milano, 2009.

DI LANDRO A.R.

- *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012.

GALLO M.

- voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 624.

GARGANI A.

- *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

GATTA G. L.

- *Colpa medica e art. 3, comma 1, d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

GIUNTA F.

- *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Padova, 1993.
- *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 89.
- *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006.
- *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008.

GROTTO M.

- *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.

MARINI G.

- voce *Colpa*, in *Enc. dir. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, 3.2.

MICHELETTI D.

- *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 609.
- *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008.

MILITELLO V.

- *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

PAGLIARO A.

- *Testo e interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2000.

PIRAS P.

- *La colpa medica: non solo linee guida*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, in www.penalecontemporaneo.it.

ROIATI A.

- *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

VENEZIANI P.

- *Regole cautelari "proprie" ed "improprie". Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

INDICE DELLE SENTENZE

CORTE COSTITUZIONALE

- Corte Cost., 23 luglio 2010, n. 282, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3535.
- Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 21, in *Foro it.*, 2009, 4, p. 959.
- Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3529.
- Corte Cost., 21 ottobre 2005, n. 395, in *Giur. cost.*, 2005, p. 5.
- Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 277, in *Dejure* – Giuffré.
- Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, in *D&G - Dir. e giust.*, 2004, 5, p. 29.
- Corte Cost., 28 novembre 2003, n. 347, in *Giur. cost.*, 2003, p. 6.
- Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 295, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2259.
- Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Riv. pen.*, 2000, p. 881.
- Corte Cost., 19 giugno 2000, n. 213, in *Legisl. pen.*, 2000, p. 942.
- Corte Cost., 25 luglio 1996, n. 312, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2957.
- Corte Cost., 30 dicembre 1994, n. 456, in *Giur. cost.*, p. 3953.
- Corte Cost., 27 aprile 1993, n. 199, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2980.

- Corte Cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 2033.
- Corte Cost., 14 giugno 1990, n. 282, in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 297.
- Corte Cost., 31 luglio 1989, n. 479, in *Cass. pen.*, 1989, f. 12.
- Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *Foro amm.*, 1990, p. 595.
- Corte Cost., 18 gennaio 1989, n. 11, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 26.
- Corte Cost., 20 dicembre 1988, n. 1104, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5366.
- Corte Cost., 27 aprile 1988, n. 475, in *Riv. it. medicina legale*, 1990, p. 243.
- Corte Cost., ordinanza 13 giugno 1983, n. 169, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1927.
- Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giust. cost.*, 1981, I, p. 35.
- Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giust. pen.*, 1981, I, p. 41.
- Corte Cost., 27 giugno 1972, n. 113, in www.giurcost.org.
- Corte Cost., 3 marzo 1972, n. 42, in *Giur. cost.*, 1972, p. 187.
- Corte Cost., 8 luglio 1971, n. 168, in *Giur. it.*, 1972, I, I, p. 13.
- Corte Cost., 25 marzo 1971, n. 69, in *Giust. pen.*, 1971, I, p. 307.
- Corte Cost., 16 dicembre 1970, n. 191, in *Giust. cost.*, 1970, p. 2199.
- Corte Cost., 23 marzo 1966, n. 26, in *Giust. cost.*, 1966, p. 255.
- Corte Cost., 19 febbraio 1965, n. 2, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 984.
- Corte Cost., 19 maggio 1974, n. 36, in *Giust. cost.*, 1964, p. 483.

- Corte Cost., 27 maggio 1961, n. 27, in *Giust. cost.*, 1971, p. 537.

CASSAZIONE PENALE

- Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*.
- Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254, in *www.penalecontemporaneo.it*.
- Cass. pen., Sez. II, 17 dicembre 2010, n. 4641, in *D&G* 2011.
- Cass. pen., Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 39830, in *Ced*, 2010.
- Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2009, n. 1422, in *Ced*, 2010.
- Cass. pen., Sez. VI, 19 novembre 2009, n. 44501, in *Ced*, rv. 245007.
- Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2009, n. 47028, in *Ced*, 2009.
- Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2009, n. 13097, in *www.dejure.giuffre.it*.
- Cass. pen., Sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 41183, in *Guida dir.*, 2008, f. 49, p. 92.
- Cass. pen., Sez. VI, 26 agosto 2008, n. 34157, in *D&G*, 2008.
- Cass. pen., Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 25162, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1025.
- Cass. pen., Sez. III, 3 giugno 2008, n. 22134, in *Guid. dir.*, 2008, 40, p. 79.
- Cass. pen., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 20308, in *Ced*, 2008.
- Cass. pen., Sez. V, 16 dicembre 2008, n. 46310, in *Ced*, rv. 242589.
- Cass. pen., Sez. I, 4 dicembre 2007, n. 237, in *Ced*, 2008.
- Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2007, n. 42790, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3713.

- Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2007, Tardiola, in *Ced*, rv. 237668.
- Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2007, Maccagno, in *Ced*, rv. 237419.
- Cass. pen., Sez. VI, 20 giugno 2007, n. 34200, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2414.
- Cass. pen., Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 27741, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1046.
- Cass. pen., Sez. VI, 16 aprile 2007, Villa, in *Ced*, rv. 237604.
- Cass. pen., Sez. VI, 15 febbraio 2007, n. 20439, in *Guida dir.*, 2007, f. 24, p. 68.
- Cass. pen., Sez. VI, 30 novembre 2006, n. 1380, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1025.
- Cass. pen., Sez. VI, 5 luglio 2006, n. 26829, in *Ced* 2006.
- Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2006, Brini, in *Ced*, rv. 235134.
- Cass. pen., Sez. VI, 24 ottobre 2005, n. 7564, in *Ced* 2006.
- Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2005, n. 18149, in *Cass. pen.*, 2007, p. 178.
- Cass. pen., Sez. VI, 4 aprile 2005, n. 16626, in *Rass. dir. farm.*, 2005, p. 1213.
- Cass. pen., Sez. I, 9 marzo 2005, n. 13377, in *Ced*, 2005.
- Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2004, n. 49949 in *Cass. pen.*, 2005, p. 2572.
- Cass. pen., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 3996, in *Ced*, rv. 230430.
- Cass. pen., Sez. VI, 4 novembre 2004, n. 69, in *Ced*, rv. 230901.
- Cass. pen., Sez. VI, 5 maggio 2004, n. 21088, in *Ced*, rv. 228871.
- Cass. pen., Sez. I, 10 marzo 2004, n. 11367, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3868.

- Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 17702, in *Foro it.*, 2004, II, p. 618.
- Cass. pen., Sez. VI, 24 giugno 2003, in *Riv. pen.*, 2004, p. 528.
- Cass., pen. Sez. VI, 13 maggio 2003, n. 27007, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1605.
- Cass. pen., Sez. VI, 17 aprile 2003, n. 18358, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2806.
- Cass. pen., Sez. VI, 27 marzo 2003, n. 22528, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 427.
- Cass. pen., Sez. VI, 11 marzo 2003, n. 17921, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4072.
- Cass. pen., Sez. VI, 11 marzo 2003, n. 11417, in *Ced*, rv. 224050.
- Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 2003, n. 34049, in *Cass. pen.*, 2005, p. 808.
- Cass. pen., Sez. VI, 8 ottobre 2002, n. 49, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1.
- Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, in *Riv. pen.*, 2003, p. 203.
- Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2002, n. 12177, in *Cass. pen.*, 2003, p. 119.
- Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 2001, n. 29436, in *Ced*, rv. 219582.
- Cass. pen. Sez. VI, 18 maggio 2001, in *Guid. dir.*, 2001, 30, p. 53.
- Cass. pen., Sez. I, 10 maggio 2001, n. 23049, in *Riv. giur. polizia*, 2002, p. 207.
- Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2001, n. 27853, in *Ragiufarm*, 2002, f. 71, p. 71.
- Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2001, n. 500, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1677.

- Cass. pen., Sez. VI, 5 marzo 2001, n. 16230, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1388.
- Cass. pen., Sez. VI, 14 febbraio 2001, n. 385, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1388.
- Cass. pen., Sez. I, 26 gennaio 2001, n. 12924, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3413.
- Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre 2000, n. 13273, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2344.
- Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2000, n. 11933, in *www.dejure.giuffre.it*.
- Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 2000, n. 8859, in *Ced*, rv. 216903.
- Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 6247, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1904.
- Cass. pen., Sez. VI, 24 febbraio 2000, n. 4881, in *Cass. pen.*, 2003, p. 511.
- Cass. pen., Sez. VI, 15 febbraio 2000, n. 11600, in *Cass. pen.*, 2003, p. 511.
- Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 1999, n. 13795, in *Cass. pen.*, 2001, p. 841.
- Cass. pen., Sez. VI, 24 giugno 1999, in *Guid. dir.*, 1999, 32, p. 67.
- Cass. pen., Sez. VI, 5 maggio 1999, n. 7581, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2240.
- Cass. pen., Sez. I, 25 marzo 1999, n. 3755, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3012.
- Cass. pen., Sez. VI, 1 marzo 1999, n. 5488, in *Cass. pen.*, 2000, p. 867.
- Cass. pen., Sez. I, 15 ottobre 1998, n. 13048, in *Cass. pen.*, 2000, p. 72.
- Cass. pen., Sez. I, 16 giugno 1998, n. 3544, in *Studium Juris*, 1999, p. 574.

- Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 1998, n. 5575, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2849.
- Cass. pen., Sez. VI, 24 aprile 1998, Grande, in *Ced*, rv. 213895.
- Cass. pen., Sez. I, 29 settembre 1997, n. 9914, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2613.
- Cass. pen., Sez. VI, 13 giugno 1997, n. 5672, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1102.
- Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 1997, n. 1557, in *Rass. dir. farm.*, 1998, p. 669.
- Cass. pen., Sez. I, 4 dicembre 1996, n. 724, in *Cass. pen.* 1998, p. 111.
- Cass. pen., Sez. I, 27 settembre 1996, n. 9490, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2711.
- Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 1996, n. 8529, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 590.
- Cass. pen., Sez. VI, 6 giugno 1996, n. 7071, in *Riv. pen.*, 1996, p. 839.
- Cass. pen., Sez. VI, 29 maggio 1996, n. 2076, in *Riv. pen. ec.*, 1997, p. 277.
- Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 1996, n. 524, in *Riv. giur. polizia*, 1997, p. 234.
- Cass. pen., Sez. I, 18 gennaio 1996, n. 570, in *Riv. giur. polizia*, 1997, p. 484.
- Cass. pen., Sez. VI, 20 dicembre 1995, n. 3403, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3301.
- Cass. pen., Sez. VI, 25 agosto 1995, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 273.
- Cass. pen., Sez. VI, 17 giugno 1995, n. 6980, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3324.
- Cass. pen., Sez. VI, 3 aprile 1995, n. 9089, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 595.

- Cass. pen, Sez. II, 9 febbraio 1995, n. 5838, in *Cass. pen.*, 1997, p. 394.
- Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 4102, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1447.
- Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 1993, n. 2685, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2126.
- Cass. pen., Sez. I, 1 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 563.
- Cass. pen., Sez. I, 12 settembre 1992, in *Giust. pen.*, 1993, II, p. 356.
- Cass. pen., Sez. IV, 1 luglio 1992, in *Mass. cass. pen.*, 1993, p. 95.
- Cass. pen., 6 giugno 1991, Toso, in *Cass. pen.*, 1992, p. 69.
- Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, II, p. 36.
- Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1985, in *Cass. pen.*, 1988, p. 147.
- Cass. pen., Sez. VI, 28 febbraio 1985, n. 6157, in *Foro it.*, 1986, II, p. 478.
- Cass. pen., Sez. VI, 15 novembre 1984, in *Cass. pen.*, 1986, p. 459.
- Cass. pen., Sez. Un., 30 giugno 1984, n. 6176, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2374.
- Cass. pen., sez. VI, 29 novembre 1983, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1058.
- Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 1983, in *Giust. pen.*, 1984, II, p. 213.
- Cass. pen., Sez. VI, 19 ottobre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, p. 557.
- Cass. pen., Sez. VI, 28 luglio 1978, n. 10325, in *CPMA*, 1980, p. 346.
- Cass. pen., Sez. Un., 29 novembre 1958, in *Giust. pen.*, 1959, II, p. 1165.
- Cass. pen., 22 maggio 1940, in *Foro it.*, 1940, II, p. 12120.