

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PARMA

Dottorato di ricerca in Diritto Penale

Ciclo XXVI

L'errore di diritto.

Dagli sviluppi sul piano nazionale e convenzionale, ad
alcune applicazioni nel diritto d'impresa.

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tutor:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Dottorando: Massimiliano Lanzi

Sommario

Introduzione.	5
CAPITOLO I - La disciplina dell'ignoranza della legge	12
1. Fondamenti del principio <i>Ignorantia legis non excusat</i>	12
1.1 <i>L'ignorantia legis</i> come presunzione di conoscenza della legge.	12
1.2 <i>L'ignorantia legis</i> come conseguenza del dovere, sociale e giuridico, di informazione.....	15
1.3 <i>L'ignorantia legis</i> come principio di obbligatorietà della legge.	21
2. Le prime reazioni dell'ordinamento alla rigida inescusabilità dell'<i>ignorantia legis</i>: la scusante della "buona fede" nelle contravvenzioni.	29
3. La sentenza n. 364/1988: rilettura dell'articolo 5 c.p. e affermazione del principio di colpevolezza.	33
4. La sentenza n. 364 nella lettura della dottrina. Spunti di riflessione, e punti critici.	48
5. Il dovere di informazione.	52
6. L'equiparazione tra l'ignoranza della legge e l'errore di diritto.	66
7. Oggetto dell'<i>error iuris</i>: generica illiceità o specifica rilevanza <i>penale</i>?	68
8. Errore e dubbio.	77
9. Le ipotesi di ignoranza inevitabile.	81
9.1 Sotto il profilo oggettivo.	82
9.1.1. Il cittadino e il 'diritto': l' oscurità del testo normativo.	82
9.1.2 (segue) ... e il caos giurisprudenziale	92
9.2 Sotto il profilo soggettivo.	97
9.3 Sotto il profilo misto oggettivo - soggettivo.	104

CAPITOLO II - Dalla Corte Costituzionale alla Corte EDU.....	107
1. Una nuova dimensione legale basata sulla pluralità delle fonti.....	107
2. L'accessibilità.....	111
3. La prevedibilità.....	115
4. La prevedibilità del formante giurisprudenziale.....	123
5. La prevedibilità del concreto risultato sanzionatorio.....	129
6. Sviluppo dello statuto della prevedibilità del precetto, maturato in sede CEDU.	132
7. Il divieto di analogia, un limite fragile.....	134
8. Conclusioni sul rapporto tra dimensione nazionale e convenzionale sull'errore di diritto.....	135

CAPITOLO III – ERRORE DI DIRITTO, REATI ARTIFICIALI E PRINCIPIO DI

AFFIDAMENTO.....	139
1. Reati naturali e reati artificiali.....	139
1.1 Sui criteri distintivi tra reati naturali e reati artificiali.....	139
1.2 Rilievo della distinzione tra reati naturali e reati artificiali ai fini della disciplina dell'errore.....	147
2. L'errore di diritto nello specifico settore penale tributario. L'art. 15 D.lgs. n. 74/2000.....	153
2.1 L'art. 15 D.lgs. n. 74/2000: la disposizione, la <i>ratio legis</i>, e l'inquadramento sistematico.....	155
2.2 L'art. 15 cit., in continuità con il dettato della Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988.....	158
2.3 L'art. 15 cit. come riferimento per l'addebito della violazione del dovere di informazione.....	162

3. L'errore di diritto dovuto al parere rilasciato dal consulente privato: banco di prova per una reale dimensione colpevole dell'errore di diritto.....	165
3.1 La centralità del parere del consulente privato nell'accertamento dell'<i>error iuris</i> colpevole.	168
3.2 <i>Error Iuris</i> e dovere di agire in modo informato.	171
3.3 <i>Culpa in eligendo</i> e <i>culpa in vigilando</i> dell'amministratore nell'adempimento del dovere di informazione per mezzo di consulenti privati.....	174
3.3 Il professionista privato nelle procedure concorsuali a carattere negoziale: la funzione pubblica dell'esperto, e il rilievo in tema di <i>error iuris</i>.	177
CONCLUSIONI.....	181
BIBLIOGRAFIA	186

Introduzione.

Pochi principi giuridici hanno avuto la medesima fortuna storica, scientifica e culturale dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge, tradizionalmente espresso dal noto brocardo latino *ignorantia legis non excusat*.

Fortuna storica, perché se ne parla senza soluzione di continuità da quando venne teorizzato e inserito tra le massime di applicazione giuridica e meta-giuridica dei classici romani, dal medio impero fino alle compilazioni giustinianee¹, ed essendo poi mantenuto dal positivismo, dagli autori della “gloriosa” età liberale² e da quelli della meno amata età autocratica. Per essere poi confermato nell'assetto giuridico contemporaneo, nell'età cioè della social-democrazia, e dello stravolgimento del tradizionale equilibrio tra i poteri dello Stato, tra funzione supplente, giurisprudenza-fonte, sindacato di costituzionalità diffuso e dialoghi (a volte conflittuali) tra Corti: condizione questa tipica dell'assetto del diritto punitivo dell'Italia di oggi³.

¹ Vd. Il frammento del Dig. 22, 6, 9, pr., attribuito a Giulio Paolo, autore patavino del II secolo d.c. tra i più utilizzati, dopo Ulpiano, per la successiva compilazione giustiniana: “*Regula est iuris quidem cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*”. Cfr. in argomento PALAZZO, voce *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1993, 124. L'inescusabilità dell'ignoranza della legge in vero per i romani conosceva delle deroghe, legate a condizioni soggettive della persona caduta in errore, quali minori di venticinque anni, donne, militari, villici: vd. GIULIO PAOLO, D. 22.6.9.

² BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, 2001, 101, nel quale il modello liberale viene visto dall'Autore come un esempio di equilibrio sia nel complesso tema della divisione dei poteri e *checks and balances* a ciò connessi, sia negli ancora più delicati, perché fondanti la reale natura di un ordinamento giuridico moderno, rapporti tra il privato (cittadino, in una visione moderna) e l'Autorità costituita. Così si esprimeva infatti l'Autore, in questo grande racconto circa il “carattere” della nostra società organizzata a Stato: “*Nel liberalismo dello stato che 'lascia fare' e si limita a tutelare l'autonomia giuridica degli individui vedevano quasi solo l'espressione di una ideologia conservatrice e gli interessi egoistici di una classe. A stento riconoscevano qualche merito ad esso in rapporto a speciali bisogni dell'epoca in cui veniva dominato. Sfuggiva loro totalmente che quell'esperienza costituisce, sul registro della storia dell'umanità, una delle vette raggiunte dalla civiltà politico-giuridica nel corso della sua evoluzione: un modello il cui valore esemplare trascende i limiti temporali del secolo che lo ha visto trionfare. Ed era pertanto estraneo a loro, verso di esso, quel sentimento misto di riconoscenza e di malinconia, che sempre accompagna, negli animi pensosi, la visione del tramonto di qualcosa di grande la cui ora è purtroppo venuta*”.

³ Vedi INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, 285 ss, che sottolinea la *cifra politica* della partita in atto. L'Autore rappresenta come nel quadro di un contesto emergenziale, legittimato dall'esigenza di “*bonifica di un personale politico-amministrativo degradato*”, il mutamento dei rapporti tra poteri si basa su una diversa visione della legalità e del suo statuto, e su una spinta verso il superamento di un Costituzionalismo ‘formale’ in favore di un Costituzionalismo ‘materiale’, che vede in definitiva il giudice, *questo* giudice, arbitro della spinta giustizialista, e della contropinta delle garanzie sostanziali, anche di fonte sovranazionale. “*La legalità penale sulla bocca, il governo dei giudici nel cuore*”, p. 296. Si consideri del resto come la condizione di emergenza, secondo il pensiero di Carl Schmitt, sia *motore dei cambiamenti sociali*, ovvero causa di travolgimenti nell'assetto costituzionale degli Stati che, nella prospettiva del diritto criminale, operano su tre fronti: per il Legislatore, con la legislazione di emergenza; per il giudice, con una giurisdizione meno rispettosa delle garanzie e sempre più strumento di controllo sociale; per il cittadino, che condividendo l'esistenza stessa della condizione emergenziale legittima, riconosce e, in alcuni casi, approva, la compressione dei diritti e delle (proprie) garanzie a ciò legate (SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, 1981). Il cittadino accetta la

Fortuna scientifica, perché quale che sia stata l'autorevolezza storica di questo principio, esso, e più in generale il tema della rilevanza giuridica dell'ignoranza (e, si vedrà, dell'errore) del diritto, continuano ad essere materia di studio di giuristi di molti Paesi, che con diverse soluzioni o sfumature applicative danno vitalità ad un argomento che tocca alcune delle corde fondanti la legittimazione, e il senso stesso, della potestà punitiva dello Stato. Si afferma infatti come nella dogmatica penalistica le problematiche in tema di errore, proprio a fronte delle ampie ricadute sistematiche sull'apparato punitivo (già nel momento concettuale e fondativo, e poi in quello applicativo), “*costituiscono il banco di prova per la coerenza e la fondatezza della teoria del reato*”⁴.

Fortuna culturale, perché pur in un diritto sempre più “tecnico”, cioè sempre più insieme di sovrastrutture che tendono ad allontanarsi dall'essenza primigenia di regole auto-attribuitesi dalla società, e quindi da tutti i consociati conosciute o quanto meno conoscibili⁵, il principio *ignorantia legis non excusat* rientra tra quei principi noti non solo agli addetti ai lavori, ma alla generalità dei consociati. Forse in maniera impropria e certamente al netto delle recenti e meno recenti novità in tema di riconoscibilità del precetto ed evitabilità dell'errore, la società conosce il concetto per cui ai cittadini è fatto obbligo di conoscere le leggi o, quanto meno, che agli stessi non è concesso di difendersi sulla base del fatto di non conoscerle.

Le ragioni del “successo” si mostreranno (o tanto si spera, quanto meno), nel prosieguo di questo lavoro. Si intende anticipare, per ora, una considerazione. Il diritto penale è braccio

compressione dei propri diritti. Accetta di scambiare la propria libertà con la libertà negativa che gli derivi dalla risoluzione della condizione di emergenza. A ben leggere, questa è la condizione di base del contrattualismo sociale: è la condizione di emergenza, cioè la sussistenza di problemi sociali, di sicurezza o economici da risolvere, che porta alla formazione dell'ordinamento giuridico. Vedi sul tema MOCCIA, *La perenne emergenza*, Ed. Scientifiche Italiane, 1997.

⁴ TIEDEMANN, *Sullo stato della teoria dell'errore, con particolare riferimento al diritto speciale dell'economia e alle leggi speciali*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1995, 71.

⁵ Ciò, naturalmente, nella prospettiva della teoria del contratto sociale: sia in quella dello Stato espressione di diritti naturali, e quindi entità illimitata nei propri poteri, propria di Hobbes, sia dei diritti naturali come limiti al potere statale, propria di altri pensatori quali Locke. Tema questo non di secondaria importanza, anche nella storia recente, se è vero che molti sforzi intellettuali servirono dopo la seconda guerra mondiale per la definitiva affermazione del principio secondo cui esistono diritti fondamentali degli individui che nessuna entità statale può legittimamente comprimere o eliminare. I diritti naturali degli individui sono quindi un limite al potere statale: si tratta della riscoperta del giusnaturalismo e del superamento, almeno entro questi limiti, del giuspositivismo; vd. sul punto VASSALI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, 2001, che a pagina 27 così riporta una delle affermazioni del filosofo tedesco Gustav RADRUCH: “ [...] *principi giuridici, che sono più forti di qualunque legge giuridica posta, sì che una legge che li contraddica è priva di validità [...] questi principi vengono chiamati diritto naturale o diritto razionale. E certo, se presi uno per uno essi sono circondati da alcuni dubbi, tuttavia il lavoro dei secoli li ha dotati di una certa stabilità e nelle cosiddette dichiarazioni dei diritti umani e civili li ha raccolti con così vasto accordo mondiale che nei confronti di alcuni di essi il dubbio può essere mantenuto solo in forza di uno scetticismo assoluto*”.

Il varo di Carte internazionali di riconoscimento di ‘diritti fondamentali’ degli individui (che prendono anche il nome di ‘diritti umani’) e l'istituzione di organi giurisdizionali preposti al loro rispetto, confermano, almeno sotto questo aspetto, tali precipitati del giusnaturalismo.

armato dello Stato, nel senso che rappresenta la più rilevante e, per certi versi, estrema cessione di libertà dell'individuo nei confronti dell'ordinamento; l'individuo cioè, sempre nell'ottica contrattualistica sopra richiamata, non solo cede allo Stato la potestà tesa a regolamentare alcune delle sue attività, perdendo quindi la libertà di svolgerle come meglio egli preferisca (dai rapporti familiari alle attività commerciali, imponendo di fatto l'ordinamento ai propri consociati delle regole di condotta), ma conferisce anche allo Stato la potestà a punirlo nel caso di violazione di quelle stesse regole di comportamento. La strada della funzione punitiva, che è compito delicato e violento allo stesso tempo, è tracciata entro due barriere, e cioè limiti tra loro contrapposti che non possono essere superati: insomma, da un lato Scilla, dall'altro Cariddi⁶. Da un lato sono i diritti fondamentali, le garanzie, i limiti alla giurisdizione. La cessione di diritti e potestà allo Stato non è assoluta, e i diritti naturali oggi vivono un periodo d'oro di riscoperta e protezione sotto forma di "diritti umani". La giurisdizione non può oltrepassare quel limite, e la fissazione normativa dei diritti umani entro Carte fondamentali rappresenta bene il senso di ostacolo e limite materiale alla repressione penale. Ma sul lato opposto del cammino vi è, al contrario, l'*esigenza* di punire. Esigenza che si rispecchia, a nostra opinione, su due fronti. Anzitutto, al fine di mantenere la legittimazione dell'ordinamento agli occhi, e nei pensieri, dei consociati⁷; su questo fronte, punire è una necessità. In secondo luogo, su un piano strettamente legato alla necessità di punire, è l'obbligazione a punire. Obbligazione *contrattualistica*, nella prospettiva dei fondamenti del diritto. Obbligazione *legale*, nella più concreta prospettiva della legittimazione formale degli organi statuari, e di come lo Stato punisca perché, entro certi limiti ed entro certe condizioni, è la legge, la Costituzione in *primis*, che *obbliga* a farlo⁸.

⁶ Così in Omero, Odissea, Libro XII, "ma sempre Scilla con ogni testa ne ghermisce un uomo, lo porta via in un attimo. L'altro scoglio, Odisseo, lo vedrai più basso. Ma sono vicini tra loro: potresti tirare una freccia dall'uno all'altro. Su di esso c'è un grande caprifico, tutto rigoglioso di foglie. E giù, al di sotto, la divina Cariddi inghiotte rumorosa l'acqua nera".

⁷ Ciò significa, *in primis*, fare in modo che la devoluzione allo Stato dell'uso della forza da parte dei cittadini non sia revocata. Cioè lo Stato esiste anche nella misura in cui assolve efficacemente alla funzione di garanzia alla sicurezza e alla giustizia ad esso affidata. Solo in quest'ottica infatti i consociati rinunciano a farsi giustizia da sé. La pretesa alla protezione penale si innesterebbe cioè fra le altre prestazioni che il cittadino (specie nello Stato sociale) pretende, per rendere effettivi i propri diritti: vd. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di De Acutis e Palombarini, CEDAM, 1984, 13.

⁸ A valle, si tratta naturalmente dell'obbligatorietà della legge penale di cui all'art. 3 c.p., a monte, si tratta dell'annosa questione dell'esistenza di obblighi di incriminazione, cioè di obbligo di scelta dell'opzione penale, entro le stesse disposizioni della Costituzione: vedi PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. e proc. pen.*, 1983, 495 ss.

Il principio *ignorantia legis non excusat* rientra, evidentemente, entro questo secondo vincolo all'ordinamento. Non si ammette l'ignoranza della legge penale come scusante rispetto alla commissione di un reato semplicemente perché lo Stato non può permetterselo, pressato com'è sulla sua via, da uno dei due lati, da una spinta punitiva cui dare attuazione. Si vedranno, tra poco, le diverse teorie che hanno dato, nel tempo, al principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge uno spessore teorico e dogmatico di grande rilievo, conferendogli una legittimazione teorica che certo serve a giustificare ciò che facilmente potrebbe essere letto (e degenerare in) una prevaricazione dell'ordinamento nei confronti dei consociati. Ma praticamente tutte le teorie così elaborate non sono riuscite a coprire la fondamentale natura pragmatica e strumentale del principio in questione⁹: si trattava, cioè, di una scelta di politica criminale.

Ma del resto nell'analizzare cosa volesse dire, ovvero in cosa si sostanziasse, il principio della personalità della responsabilità, diversi Autori avevano già da tempo intuito che questo non potesse esaurirsi in un divieto di responsabilità per fatto altrui: la personalità della responsabilità penale voleva dire ben altro, essa aveva orizzonti larghi e una profondità non ancora intraviste o sospettate¹⁰.

Si aprivano così delle breccie nel sistema dell'inescusabilità assoluta dell'ignoranza della legge penale: breccie di natura giurisprudenziale e interpretativa, rispondenti a esigenze di equità sostanziale, e limitate a fatti di reato caratterizzati da bassissimo disvalore; veniva elaborata, cioè, la categoria scusante della 'buona fede' nelle contravvenzioni¹¹. Si trattava di ipotesi particolari in cui si tutelava non tanto l'ignoranza incolpevole della legge, quanto la convinzione (in buona fede) del soggetto di agire lecitamente, convinzione fondata su elementi positivi sui quali il consociato avesse riposto affidamento¹².

La dottrina del resto, a partire dagli anni '70, affrontava ormai in maniera apertamente critica il generale sistema penale dell'errore, sotto un duplice aspetto. Si contestava cioè, anzitutto, il fondamento dogmatico del principio dell'inescusabilità assoluta dell'ignoranza della legge

⁹ PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976, Cap. I. Non si critica il fatto di addivenire a soluzioni pratiche, che inseguono esigenze di politica criminale; piuttosto, si critica il mascherare tali scelte come frutto di categorie dogmatiche di per sé costanti e quindi imm modificabili; si tratta di una visione storicista (o razionalista) del diritto con la quale non si può che essere d'accordo, per il rilievo che "*Il diritto non è un complesso di entità astratte, è un modo specifico di organizzazione dell'umana convivenza*" (p. 2, *op. cit.*).

¹⁰ Così BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1971, 8, che si esprimeva a favore di un concetto normativo di colpevolezza, un quid dotato di '*maggiore o minore intensità a seconda delle circostanze nelle quali l'azione è venuta in luce, a seconda dell'influsso che la situazione storica ha esplicato nel processo di motivazione della volontà*'.

¹¹ MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, CEDAM, 7 ed., 2011, 299.

¹² Per tutti, vedi GROSSO, *Coscienza e volontà ed errore nelle contravvenzioni*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1963, 891ss.

penale, nonché il fallimento della ‘valvola di sfogo’ che poteva costituire la diversa disposizione di cui all’art. 47 ult. co. c.p., di fatto abrogata dalla giurisprudenza¹³.

I tempi erano quindi maturi per la storica sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, relatore Renato Dell’Andro, la quale novellava l’art. 5 c.p. dichiarandolo incostituzionale nella parte in cui non escludeva dall’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale l’ignoranza inevitabile¹⁴. La sentenza, attraverso la rilettura dell’art. 5, costituzionalizzava il principio di colpevolezza, nel senso di fissare, per aversi responsabilità penale, un collegamento subiettivo minimo tra agente e reato, basato sulla sussistenza almeno della colpa con riferimento a tutti gli elementi più significativi della fattispecie.

Sullo stretto piano dell’art. 5 c.p., lo statuto dell’*error iuris* colpevole (e quindi punibile) veniva individuato nella violazione da parte del consociato del dovere di informazione (desunto dal dovere di solidarietà sociale ex art. 2 Cost.), ovvero sulla rimproverabilità di colui che, potendo conoscere la legge, ovvero potendone conoscere l’esatta interpretazione, l’aveva ignorata per colpa¹⁵.

Sul piano del precipitato applicativo, si riscontrava tuttavia come le premesse dogmatiche venissero disattese nella misura in cui, passando ad enucleare le macro-ipotesi cui ricondurre l’ignoranza o l’errore inevitabili (categorie assimilate, nella lettura della Consulta), la Corte si concentrava su dei criteri di inevitabilità c.d. oggettivi, che più che al rapporto subiettivo tra autore e reato dovevano ricondursi a vizi propri della norma ignorata, nel senso dell’essere questa assolutamente “oscura”, ovvero vizi dell’ordinamento in senso lato, nel senso di una giurisprudenza gravemente caotica, ovvero pareri sbagliati emessi da autorità pubbliche a ciò preposte. Ebbene in queste ipotesi (specie in caso di normative ‘oscure’), molti commentatori osservavano come ad entrare in attrito non fosse tanto il principio di

¹³ Tra tutti, vedi: PALAZZO, *L’errore sulla legge extrapenale*, Giuffrè, 1974; PULITANÒ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, cit.; LANZI, *L’errore sulla legge extrapenale, la giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell’art. 47 ult. co. c.p.*, in *Ind. Pen.*, 1976, 299.

¹⁴ Sentenza pubblicata su *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1988, 686, con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; su *Leg. Pen.*, 1989, 449, con nota di PADOVANI, *L’ignoranza della legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell’art. 5 c.p.*; su *Foro it.*, 1988, I, 1385, con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: ‘prima lettura’ della sentenza n. 364/1988*; su *Giur. Cost.*, 1988, II, 3, con nota di VASSALLI, *L’inevitabilità dell’ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*.

¹⁵ Per una rassegna della dottrina fondamentale sull’art. 5 c.p. post-sentenza n. 364/1988 vedi: PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1988, 920; ID., voce *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, cit.; MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1990, 379ss; LANZI, *L’esimente dell’errore su norme tributarie fra la giurisprudenza di legittimità e quella costituzionale*, in *Rass. Trib.*, 1988, I, 331ss; CADOPPI, *Error Iuris: coscienza dell’antigiuridicità extrapenale e ritardo nel versamento delle ritenute*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1989, 73 ss; VENEZIANI, *L’oggetto dell’ignorantia iuris rilevante*, in *Foro It.*, 1995, II, 498 ss; MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/88*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1996, 223ss.

colpevolezza, quanto quello di legalità, nel senso di una violazione della tassatività, della determinatezza e della precisione richieste allo Stato nell'elaborazione delle fattispecie incriminatrici¹⁶.

Ma la distanza tra le dimensioni della colpevolezza e della legalità possono trovare un momento di sintesi considerando che la riconoscibilità del precetto, e cioè il corretto adempimento da parte dell'ordinamento al dovere di *chiarezza*, e la colpevolezza, costituiscono i due piatti di una bilancia, tra loro in ideale condizione di equilibrio. Da una parte, lo Stato sarà chiaro e preciso nello stabilire i confini tra lecito e illecito, nel senso di norme precise e interpretazioni giurisprudenziali omogenee; dall'altra, i cittadini hanno un dovere sociale e giuridico di informarsi sulle leggi e di obbedirvi. Ma se lo Stato non è chiaro (legalità), allora il cittadino non è nelle condizioni di conoscere la legge (colpevolezza), e non può essere punito.

La sentenza, come noto, apriva alla progressiva modifica in tutto l'ordinamento positivo delle ipotesi di responsabilità oggettiva, con effetti pratici forse superiori rispetto ad un'applicazione della scusante del nuovo articolo 5 rimasta, tutto sommato, modesta¹⁷.

La lettura della Corte Costituzionale della legalità/colpevolezza veniva arricchita, in ambito convenzionale, dalla giurisprudenza della Corte EDU sotto due diversi profili. (i) Con l'elaborazione dei criteri della prevedibilità ed accessibilità del precetto come requisiti fondanti il rispetto del principio di legalità, di cui all'art. 7 della Convenzione EDU e, parallelamente, (ii) includendo il formante giurisprudenziale entro lo stesso campo della prevedibilità e accessibilità, ad integrare cioè il piano della legalità¹⁸.

Si completa in questo modo, con l'intervento anche della fonte convenzionale, una 'cornice' di garanzia per il destinatario del precetto penale rispetto ai casi di *error iuris* inevitabili, che trova nella dimensione "artificiale" del diritto penale, naturalmente, il proprio principale campo di applicazione: tanto più, infatti, è 'distante' il reato rispetto al disvalore sociale di quel fatto, tanto maggiore è la possibilità, o il rischio, che il consociato non conosca incolpevolmente il significato giuridico (penale) delle proprie condotte¹⁹.

¹⁶ Fra tutti vedi, su questo tema, STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale italiano dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1988, 1313ss.

¹⁷ Vedi sul tema VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, 2000; PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Giappichelli, 2008.

¹⁸ Sul tema del valore della *law in action* e sulla dimensione europea di legalità vedi; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 2 ed., Giappichelli, 2014; Fr. MAZZACUVA, *La materia penale e il 'doppio binario' della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2013, 1899; VIGANÒ, *Europa e giustizia penale*, IPSOA, 2011;

¹⁹ Sul 'diritto penale artificiale', ovvero sul tema della dimensione sociale delle scelte incriminatrici, vedi in particolare: CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, CEDAM, 1988, Vol. I, Parte 2a; SGUBBI, *Il reato come rischio*

Ed è specie nel diritto penale dell'economia e dell'impresa che è possibile, quindi, mettere alla prova che 'tenuta' può avere, oggi, la disciplina dell'*error iuris*.

Gli ambiti caratterizzati da un importante livello di tecnicismo sono, sicuramente, un interessante campo di indagine; sempre più spesso infatti i consociati devono *affidarsi* a privati con particolari competenze, che proprio per questo svolgono funzioni aventi anche risvolti e carattere pubblicistico: ne sono un esempio i professionisti protagonisti delle procedure negoziali della crisi d'impresa, di cui alla riforma del diritto fallimentare del 2005, ovvero gli esperti in tematiche tributarie di grande complessità²⁰.

Il punto di arrivo è quindi verificare se e a quali condizioni, in questi ambiti e dato il quadro generale, sia possibile superare la rigida previsione delle ipotesi di inevitabilità dell'ignoranza della legge elaborata dalla Corte Costituzionale, per dare una piena applicazione alla richiesta di un requisito subiettivo minimo tra autore e reato, e cioè alla effettiva evitabilità dell'*error iuris*.

sociale, Il Mulino, 1990; VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Giappichelli, 2005; SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2001, 1193.

²⁰ Su questi temi vedi, su tutti, MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista attestatore e le valutazioni*, in *L'indice Penale*, 2014, 129 ss; CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009; LANZI - ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, CEDAM, 2014; ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2006, 121ss.

CAPITOLO I – La disciplina dell’ignoranza della legge.

1. Fondamenti del principio *ignorantia legis non excusat*.

Punire un soggetto, un consociato, pur avendo accertato come questi agisse senza sapere il significato giuridico delle proprie azioni, ovvero senza conoscere la contrarietà alla legge del proprio comportamento, è immediatamente percepibile da un lato come una forte *azione*, che esprime con energia la volontà statale all’applicazione obbligatoria della legge penale; dall’altro, e contemporaneamente, ciò rappresenta anche una forte *reazione* dell’ordinamento rispetto al fatto di reato, nel senso di infliggere una punizione, e quindi una sofferenza, ad una persona che pur manifestando pieno dolo quanto al fatto di reato in sé, non abbia al contempo espresso alcuna volontà di porre in essere un comportamento *contra ius*.

Autori di ogni periodo e in ogni Paese si sono domandati quale fosse la motivazione, o meglio la legittimazione, di un atteggiamento così duro dell’ordinamento, racchiuso altresì nell’ulteriore noto brocardo latino *nemo censetur ignorare legem*.

1.1 L’*ignorantia legis* come presunzione di conoscenza della legge.

Molte tra le teorie sull’inescusabilità assoluta dell’ignoranza della legge convergono sull’idea che questo principio comporti una **presunzione di conoscenza della legge penale**, cioè del precetto: una presunzione assoluta, che non ammetterebbe prova contraria²¹. Presunzione di conoscenza della legge, pure normale in tipi di comunità semplici o addirittura a democrazia diretta (come una tribù, la Roma repubblicana o la *polis* greca), che non può però validamente proporsi come modello di una società eterogenea, complessa e dinamica com’è quella moderna²².

²¹ PULITANÒ, *L’errore di diritto*, cit., 47.

²² MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1990, 380: “esso [il dogma dell’inescusabilità dell’ignoranza della legge] trova il proprio fondamento logico in una ‘presunzione di conoscenza della legge’, normale in tipi di comunità ‘semplici’, di risalenti e lontane epoche, o a democrazia diretta (polis greca, roma repubblicana, comune medievale, tribù, ecc.) oppure postulata nell’ottimistico ideale giusnaturalistico – illuministico della criminalizzazione dei soli ‘delitti naturali’ in testi legislativi ‘pochi’, ‘chiari’, e ‘semplici’. Perché una siffatta assoluta pretesa di conoscenza è, oggi, anacronistica”.

Secondo cioè la posizione della dogmatica “classica”, la conoscenza della illiceità non è superflua o irrilevante: solo, non va provata.

Riconoscere nel principio *ignorantia legis* una presunzione di conoscenza della legge, significa implicitamente ammettere che la conoscenza della legge, e quindi del significato giuridico delle proprie azioni, siano presupposto per la punizione. O meglio, che siano presupposto, in generale, per l’applicazione coercitiva delle leggi dello Stato. Non è chiaro se si tratti, a ben vedere, di una presunzione, o di una finzione.

È una *presunzione*, nella misura in cui si valuta come dato di “comune esperienza” che il consociato conosca le leggi, conosca il significato giuridico di ciò che fa, e che quindi, anche nel caso concreto *deve* averlo saputo.

È *finzione* nella misura in cui, invece, ci si comporta, cioè si punisce, *come se*, effettivamente, il soggetto quelle norme le conoscesse.

La presunzione assoluta, in una prospettiva anche giusnaturalista, troverebbe fondamento anzitutto nell’essere il reato espressione di un disvalore sociale di quel comportamento, che preesiste rispetto all’incriminazione. Il disvalore sociale, anzi, giustifica l’incriminazione. Si richiama, sotto questo aspetto, essenzialmente, il ruolo e la funzione delle **kulturnormen**, per cui il reato esprimerebbe i paradigmi etico-sociali di riferimento della società, e l’ignoranza della illiceità vorrebbe dire ignoranza del significato sociale del proprio comportamento: circostanza questa irricevibile per l’ordinamento²³.

Il principio *ignorantia legis* apparterrebbe quindi ad un diritto penale composto da pochi, chiari e semplici testi normativi, in cui si registra una omogeneità rispetto “alle menti e ai cuori” dei consociati, permettendosi così di introdurre una così severa presunzione di conoscenza della legge. In queste condizioni, non conoscere la legge vorrebbe dire non conoscere il significato sociale delle proprie azioni.

Ma la percezione del significato sociale della propria condotta attiene ad una diversa categoria del diritto penale, che è quella dell’imputabilità, nella declinazione della capacità di intendere. Un soggetto che non si rendesse conto del disvalore di un fatto pure socialmente negativo potrebbe andare effettivamente esente da punizione, ma non perché scusato in quanto ignorante del precetto violato, ma perché non imputabile, cioè non responsabile delle proprie azioni²⁴.

²³ Vd. CADOPPI, *Il ruolo delle kulturnormen nella ‘opzione penale’ con particolare riferimento agli illeciti economici*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 289 ss.

²⁴ MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, CEDAM, 7 ed., 2011, 641, per il quale la capacità di intendere significa l’attitudine del soggetto non solo a conoscere la realtà esterna, ma “*a rendersi conto del valore sociale, positivo o negativo, di tali accadimenti e degli atti che egli compie*”. Da non confondere, naturalmente,

Alcuni autori hanno sottolineato come divieti normativi e *kulturnormen* non siano sistemi coincidenti, ma più o meno convergenti a seconda dello specifico momento o fase storica; ferma restando comunque la necessità, al fine della legittimazione del sistema penale, di uno “*stretto rapporto dei suoi lineamenti e contenuti fondamentali, con un contesto sociopolitico che li produce e giustifica*”²⁵. Questa sarebbe infatti la differenza, tra illecito e peccato, e cioè tra diritto e morale: distinzione, questa, fondante il moderno Stato di diritto laico.

E in ogni caso, la coincidenza tra *kulturnormen* e reati potrebbe essere utilizzata come categoria fondante il principio dell’inescusabilità dell’*ignorantia legis*, solo laddove si verificassero tutte le condizioni perché tale coincidenza fosse effettiva, e cioè laddove fosse data attuazione all’idea di un diritto penale minimo, un diritto penale come *extrema ratio* a difesa di interessi primari dell’ordinamento, per la cui tutela gli altri strumenti meno invasivi fossero insufficienti. A tutti è evidente come tali condizioni, ad oggi, non siano realizzate. A ciò ostano fenomeni largamente diffusi quali la legislazione penale promozionale, simbolica e d’emergenza²⁶, il proliferare della normativa penale c.d. artificiale o complementare, in cui la comminazione della pena consegue a comportamenti “neutri”, come possono essere la violazione a precetti amministrativi, ovvero ancora comportamenti il cui disvalore è ricostruito in chiave tecnica, formale, burocratica. Tutte ipotesi che nulla hanno a che fare con una percezione negativa da parte della coscienza sociale²⁷. La natura di “socialmente sbagliato” di ciò che è anche illecito, non è una caratteristica propria dell’attuale assetto ordinamentale.

E, molto probabilmente, la presunzione di conoscenza della legge è sempre stata, in ogni Paese e in ogni epoca, un mero argomento di politica criminale, che non trovava però riscontro nella realtà delle cose. Viene in mente sul punto, a dimostrazione di quanto l’ignoranza della legge sia tema comune a qualsiasi dimensione giuridica e penalistica, e non

né con l’accettazione né con l’adesione rispetto a quei valori; ciò che conta è la capacità, appunto, “*di saperlo intendere come fatto negativo, illecito*”.

²⁵ PULITANÒ, *L’errore*, cit., 140.

²⁶ Sulla “funzione promozionale” di valori sociali del diritto penale, e sui rischi a questo connessi, vedi fra tutti CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, CEDAM, 1988, I, 383ss.

²⁷ Tra la molta letteratura che si è occupata del tema della ‘degenerazione’ del sistema penale verso finalità e ambiti che non gli sono propri, si riporti un passo, di grande chiarezza espositiva e autorità, di FIANDACA – DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, 2003, 37: “*Per un verso, non tutti i reati contenuti nei moderni ordinamenti giuridici contravvengono a precetti morali consolidati; anzi, nel corso degli ultimi decenni il numero degli illeciti penali di contenuto eticamente indifferente, cosiddetti di pura creazione legislativa, è andato aumentando in misura consistente. Per altro verso – ed è questa l’obiezione davvero decisiva – la pretesa di modificare le convinzioni morali e l’atteggiamento interiore del reo si porrebbe in insanabile contrasto con i principi della democrazia pluralistica consacrati nel testo costituzionale: in altri termini, uno Stato che già in linea di principio rifiuta l’idea di una morale unica e ammette, anzi garantisce la coesistenza di concezioni etiche diverse, è sicuramente anche privo di legittimazione a utilizzare la pena come strumento di emenda morale dei cittadini adulti*”.

solo di matrice continentale, l'affermazione attribuita a Lord Abbot ne *Monriou v. Jeffreys* (1825) “*everybody is presumed to know the law. Except His Majesty judges, who have a Court of Appeal set over them to put them right*”²⁸.

La distinzione tra *mala in se* e *mala quia prohibita*, accennata qui in tema di influenze tra la teoria delle *kulturnormen* e il principio dell'*ignorantia legis*, è centrale nella trattazione dell'argomento dell'errore di diritto, e verrà oltre affrontata.

1.2 L'*ignorantia legis* come conseguenza del dovere, sociale e giuridico, di informazione.

Altro tema posto a fondamento del principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge è la violazione, da parte del soggetto “ignorante” del precetto, del **dovere di informarsi**. In un mondo cioè sempre più complesso, governato da regolamentazioni che profondamente incidono sulla libertà di comportamento degli individui, ogni soggetto nello svolgere una certa attività è chiamato ad assolvere ad un onere informativo tanto più approfondito quanto maggiore è l'interesse collettivo riconducibile a quella stessa attività²⁹.

Nella penalistica anglosassone, O.W. Holmes affermava come scusare l'ignoranza della legge avrebbe stimolato l'ignoranza stessa, laddove invece, al contrario, è interesse dell'ordinamento che i consociati siano ben informati su quali siano le leggi e le norme vigenti³⁰. Il diritto quindi, in questo caso, assolve ancora ad una funzione promozionale: l'inescusabilità dell'errore di diritto avrebbe la funzione di stimolare i consociati a tenere sempre un alto standard di comportamento, in linea con le esigenze imposte dalla moderna complessa realtà sociale.

E attenzione, si sta ancora parlando, ora, dell'*assoluta* inescusabilità dell'errore di diritto, non della disciplina sull'errore di diritto “figlia” della sentenza n. 364/88. L'obbligo di informarsi continua ad essere pienamente vigente; ciò che mancava negli autori classici (nonché nella giurisprudenza prima dell'intervento della Corte Costituzionale) era la previsione della possibilità che, pur adempiendo a tale onere informativo, il soggetto potesse

²⁸ Così in WILLIAMS, *Criminal Law*, cit., 288.

²⁹ Vedi VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Giappichelli, 2003, 187 ss.

³⁰ O. W. HOLMES, *The Common Law*, 1881, ed. 2011, University of Toronto Law School, 46: “*To admit the excuse at all would be to encourage ignorance where the law-maker has determined to make men know and obey*”.

continuare a versare in uno stato di errore; e cioè la possibilità che tale errore fosse inevitabile.

Ricalibrato quindi, come si vedrà, sul paradigma dell'evitabilità, il principio per cui l'obbligo di informarsi sarebbe fondamento del dogma dell'*ignorantia legis* è, a nostro parere, certamente positivo, sotto diversi aspetti. Anzitutto perché, in questo modo, si disconosce qualsivoglia ipotesi presuntiva, cioè di presunta conoscenza della legge da parte di tutti i consociati. In questo modo cioè l'articolo 5 c.p. opera come strumento di punizione per un soggetto che "*avrebbe dovuto sapere*", e non invece di un soggetto che, presuntivamente, "*non poteva non sapere*". Il concreto significato applicativo delle due posizioni è, ancora, molto diverso a seconda che si considerino i reati naturali, o *mala in se*, ovvero i reati artificiali, o *mala quia vetita*.

Quanto al *mala in se*, sarebbe irrazionale affermare che si punisce un soggetto ignorante della disposizione violata perché avrebbe dovuto informarsi sul significato giuridico di un comportamento che costituisce un reato naturale. Se il *mala in se*, infatti, esprime un disvalore sociale e culturale che anticipa il dato normativo, quale onere di informazione sarebbe da richiedere al soggetto? Riscontrandosi nei *mala in se* una coincidenza tra '*illicito*' e '*sbagliato*', la non-informazione punibile sarebbe una non-informazione di tipo sociale e culturale: il soggetto ha agito senza preventivamente informarsi sul significato sociale del proprio comportamento. Questo criterio di "imputazione" non potrà mai trovare luogo con riferimento ad un "consociato" in senso proprio, cioè ad un soggetto definibile membro della società. Un individuo socializzato che non conosca, che ignori il senso sociale e culturale delle proprie condotte è un individuo la cui posizione scivola decisamente verso la carenza di imputabilità, nel senso che la sua ignoranza potrebbe essere dovuta a condizioni patologiche. Il tema è invece piuttosto attuale, e con interessanti spazi di indagine, verso i soggetti scarsamente o non socializzati (in *questa* società, si intende), come possono essere gli immigrati da Paesi in cui vige un sistema di valori (di *kulturnormen*) profondamente diverso da quello proprio di un Paese occidentale, laico e di diritto. Nei confronti di questi soggetti (e solo nei confronti di questi, probabilmente) potrebbe effettivamente addebitarsi una responsabilità per "violazione dell'obbligo informativo" con riferimento ad un *mala in se*, cioè con riferimento ad un reato naturale. Si aprirebbe, a questo proposito, l'ampio

argomento dell'ignoranza o dell'errore di diritto dovuto a fattori culturali dell'agente, e raggruppabile entro il tema delle “*cultural defences*”³¹.

Il dovere di informarsi, la cui violazione è fondamento di responsabilità ai sensi del principio dell'*ignorantia legis*, si atteggia invece in maniera diversa con riferimento ai *mala quia vetita*, o reati c.d. artificiali. E ciò, sotto diverse prospettive.

Anzitutto perché i reati c.d. artificiali presentano una struttura in cui, per dare contenuto al precetto, si ricorre in maniera massiccia all'utilizzo di elementi normativi, cioè elementi di diritto extra-penali rispetto ai quali molto più facilmente si potranno verificare delle ipotesi errore di diritto³². La normativa extra penale infatti, specie se di natura tecnica, richiede, per essere conosciuta, una specifica attività informativa. Anche i soggetti più esperti, o con il più elevato livello di istruzione, passano l'intera vita senza conoscere determinate settori normativi.

Da un punto di vista sostanziale, poi, la natura stessa dei reati artificiali, nonché la loro funzione, consentono di prevedere in capo all'agente un onere informativo la cui violazione renda meritevole di sanzione (o meglio, non lo renda meritevole di andare esente da sanzione).

I reati artificiali infatti abbondano nei c.d. settori regolamentati, cioè in quegli ambiti dell'attività umana in cui il consociato è tenuto ad adeguarsi a *standard* comportamentali imposti dall'ordinamento a tutela di interessi diversi, e ritenuti sufficientemente apprezzabili da essere tutelati attraverso la regolamentazione. Tipico è l'esempio dell'attività d'impresa, in cui l'ordinamento interviene con delle regolamentazioni tese a bilanciare i vantaggi sociali ed economici per la collettività, con i possibili effetti negativi per altri interessi meritevoli di tutela (esterni ma anche interni all'attività d'impresa), quali l'ambiente, la sicurezza sul

³¹ Si tratta, come noto, di quelle condizioni che fanno venire il meno il principio dell'egualitarismo, cioè della neutralità della legge: al principio per cui “la legge è uguale per tutti” si introducono eccezioni culturalmente fondate, trattamenti speciali espressione, afferma la migliore dottrina, di una vera e propria “politica della differenza”. Vd. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Giappichelli, 2006, 65.

Sul tema delle esimenti culturali si devono richiamare, inoltre, BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, 2010, 262ss; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati, ideologie e modelli penali*, ETS, 2010, 103ss; MONTICELLI, *La cultural defence*, in Stortoni – Tordini Cagli (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bononia University Press, 2012, 149ss.

³² CADOPPI, *La natura giuridica della mancanza dell'autorizzazione – riflessi in tema di errore*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1990, 363-364. E si tratta di un dato non solo nazionale ma comune ad altre realtà giuridiche europee, a partire da quella tedesca; in questo senso è infatti TIEDEMANN, *Sullo stato della teoria dell'errore*, cit., 73: “La questione se esistenza e contenuto delle norme extrapenali oggetto di riferimento facciano parte della fattispecie (penale) oppure appartengano al divieto (comando) si pone soprattutto nell'ambito del diritto penale accessorio, il quale in Germania è costituito attualmente da quasi 1000 leggi”.

lavoro, la concorrenza, la proprietà intellettuale³³. In questo contesto, la fattispecie è generalmente costruita come “violazione della regolamentazione”, e ne è un esempio, in vero generalissimo quanto a portata, il reato di “*apertura abusiva di luoghi di pubblico spettacolo o trattenimento*”, di cui all’art. 681 c.p. In questi casi è perfettamente razionale e coerente ricondurre conseguenze negative alla violazione degli oneri informativi. Che senso avrebbe infatti prevedere una regolamentazione di una certa attività, senza porre sulle spalle di chi la esercita un correlato obbligo di informarsi sulla corretta modalità di svolgimento della stessa? Sotto il profilo teorico e general-dogmatico, il discorso tiene.

A ciò vanno però aggiunte due considerazioni.

La prima.

Questa visione è comunque figlia dell’abrogazione di fatto della previsione di cui al III comma dell’art. 47 c.p., e cioè della prevista scusabilità dell’errore sulla legge extra-penale, nella misura in cui questa abbia causato un errore sul fatto³⁴. E infatti, un errore sull’elemento normativo del reato, e cioè su una norma extra-penale, ricadrebbe, stando alla lettera della legge, al di fuori del campo di applicazione dell’art. 5, e quindi anche al di fuori della sanzionabilità della violazione dell’onere informativo in esso contenuto. Può aversi rimprovero per la violazione del dovere di informarsi, infatti, solo facendo rientrare anche l’elemento normativo extra-penale entro i contorni del precetto (attraverso il noto meccanismo dell’“integrazione”) ed etichettando quindi anche questo tipo di errore come “errore sulla legge penale”, entro cioè la disposizione dell’art. 5. Questa del resto, come noto, è stata la strada percorsa dalla giurisprudenza, che dilatando il già (troppo) abusato principio dell’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale vi ha fatto rientrare anche l’errore sulla legge extra-penale, sostenendo che laddove il precetto richiami, anche solo implicitamente, un elemento (sotto forma di norma, nozione o termine) extra – penale, questo diviene parte integrante (di qui l’integrazione) del precetto stesso, ed un errore su di esso ricade quindi non entro la disposizione dell’art. 47 *ult. co.* bensì entro l’art. 5³⁵.

³³ Vedi diffusamente sul tema del bilanciamento di interessi nella regolamentazione (e nell’approntamento di strumenti penali) dell’attività d’impresa vedi BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo di produzione (a proposito del ‘caso di Seveso’)*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, 1997, 131 ss.

³⁴ Vd. Sul tema dell’avvenuta abrogazione *de facto* dell’art. 47, comma III, c.p. vedi, su tutti, LANZI, *L’errore sulla legge extrapenale, la giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell’art. 47 ult. co. c.p.*, in *L’Indice Penale*, 1976, 299 ss.

³⁵ In questi termini, di recente, Cass. pen., Sez. IV, 7 luglio 2010, n. 37590, per la quale “*deve essere considerato errore sulla legge penale, come tale inescusabile [sic!], sia quello che cade sulla struttura del reato, sia quello che incide su norme, nozioni e termini propri di altre branche del diritto, introdotte nella norma penale ad integrazione della fattispecie criminosa, dovendosi intendere per ‘legge diversa dalla legge penale’ ai sensi dell’art. 47 c.p. quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non*

In caso contrario, mantenendo cioè l'errore sulla legge extra-penale entro la cornice dell'art. 47, ciò non potrebbe accadere, dal momento che la norma citata dispone un preciso limite alla punibilità in caso di errore di diritto (cui consegue un errore di fatto): questo esclude il dolo, sia che si tratti di errore evitabile ovvero inevitabile. In caso poi di errore *evitabile*, cioè sostanzialmente dovuto a colpa, ai sensi dell'interpretazione estensiva operata sul secondo comma dell'art. 47 c.p. potrà aversi responsabilità per colpa impropria (sempre che, naturalmente, sia prevista la punibilità a titolo di colpa)³⁶.

La conseguenza applicativa di tutto ciò è abbastanza paradossale, a pensarci bene. Si sanziona la violazione dell'onere di informarsi con riferimento ad un settore (quello dei reati naturali) ove non sussiste neppure un onere di informazione, in quanto il fatto sanzionato esprime un disvalore già di per sé noto ai consociati (al di fuori dei marginali casi di individui poco o non socializzati).

Si escluderebbe invece, ai sensi delle disposizioni normative in materia, la sanzione per la violazione dell'onere di informarsi proprio in quel settore ove maggiormente questo onere trova razionale collocazione, cioè quello dei reati artificiali,

Pertanto, con riferimento ai reati artificiali, l'inescusabilità dell'ignoranza della legge si giustifica come violazione di un obbligo di informarsi, solo grazie allo stravolgimento della disciplina normativa di cui all'art. 47 c.p. attuato dalla giurisprudenza.

La seconda.

Il ritenere che l'errore sul diritto extra-penale sia sempre astrattamente evitabile con un'adeguata opera di informazione (e quindi *inescusabile* già a livello astratto) è figlio di una errata rappresentazione del panorama normativo, rappresentazione non meno "sballata" di quanti ritengono che gli illeciti siano presuntivamente noti a tutti i consociati, esprimendo questi un coefficiente di disvalore sociale noto alle persone già prima della normazione e della "etichettatura" del comportamento sbagliato in comportamento illecito.

Infatti, la moltiplicazione e la stratificazione normativa seguente alla sempre più estesa, capillare o, meglio, tentacolare formazione, ha portato, nell'opinione di quanti hanno studiato questo interessante fenomeno giuridico e sociale, alla realizzazione di un nuovo modello punitivo dove il reato viene inteso come vero e proprio "*rischio sociale*"³⁷. *Rischio*,

penale e non esplicitamente incorporata in una norma penale, o da questa non richiamata anche implicitamente".

³⁶ PULITANO, *L'errore*, cit., 350: "una volta riportato l'errore extrapenale alla più generale categoria dell'errore sul fatto costitutivo, è gioco forza trarne tutte le conseguenze, anche in tema di responsabilità per colpa".

³⁷ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, 1990.

perché le conseguenze (in punto di sanzione, si intende) di un comportamento, di una certa attività, non possono essere previste a priori in modo certo, presentandosi al contrario come un dato incerto, “*quando non addirittura di mera sorte*”. E *sociale*, perché l’alea criminale, cioè la probabilità di essere oggetto di sanzione, cresce in misura proporzionale rispetto al ruolo e alla funzione sociale esercitata dal soggetto³⁸.

Fondata o meno che sia questa visione di un rischio penale nuovo, imprevedibile e squilibrato, quel che è certo è che l’aumento delle regolamentazioni amministrative ha fatto nascere dei precetti penali del tutto amministrativi, “*nell’ambito dei quali il disvalore “morale” o anche solo “sociale” dell’illecito viene a svanire quasi completamente. Sicché, non sarà difficile il verificarsi di errori sul precetto, anche di tipo “inevitabile”*”³⁹.

Presunzione di conoscenza e dovere di conoscenza. Due concetti non coincidenti, laddove ammettere l’uno significa allo stesso modo escludere l’altro. Eppure questi due elementi si muovono insieme nella ricostruzione, anche storica, del pensiero intorno alla inescusabilità dell’ignoranza della legge penale. In questi termini infatti si esprimeva ad esempio il Carrara, che del principio della inescusabilità assoluta dell’ignoranza della legge faceva una delle pietre angolari del sistema criminale: “*L’errore di diritto non scusa mai. Esige politica che si presuma nel cittadino la cognizione della legge penale, che d’altronde è debito di ognuno di conoscere*”⁴⁰. Questa affermazione del Carrara racchiude in sé l’ambivalenza e la poca determinatezza insite nel principio dell’*ignorantia legis*. Afferma anzitutto il grande Maestro che “*esige politica*”: il principio dell’*ignorantia legis* è funzionale ad uno scopo di politica criminale; non si tratta di per sé di un elemento essenziale della struttura del reato, né di un principio immanente della disciplina criminale secondo una visione giusnaturalista,

³⁸ Nella prospettiva dell’Autore, che brevemente vuole qui sintetizzarsi, l’intervento dirigistico dello Stato nella regolamentazione dei beni giuridici ha portato al ribaltamento della storica “distribuzione” sociale del rischio penale. Nel modello di Stato liberale, infatti, il diritto penale serviva essenzialmente a difendere i diritti acquisiti, lasciando poi che fossero i consociati e il mercato a determinare i modi di gestione e di regolamentazione delle attività economiche e sociali, con una tendenza quindi a esercitare una pressione verso il basso: difendendo essenzialmente chi già aveva da chi non aveva. Il mutamento istituzionale conseguente all’instaurazione del cosiddetto modello dello Stato-sociale ha determinato invece un massiccio intervento dello Stato nella regolamentazione e gestione di godimento dei diritti, in *primis* della proprietà e, quindi, anche delle attività di impresa: concetto questo contenuto ed enucleabile dal dettato dell’art. 42 Cost., nella misura in cui lo Stato dovrebbe garantire la funzione sociale della stessa proprietà privata, prima considerata inviolabile, nel senso di non interferibile, se non in limitati casi, da parte dell’ordinamento. E alla regolamentazione è stata accompagnata la predisposizione di una vasta rete penale a sanzionarne le violazioni. Tale mutamento ha comportato un vero e proprio ribaltamento del rischio criminale, che dagli strati disagiati della popolazione (destinatari primari delle fattispecie di reato “classiche”, figlie del sistema di protezione dei diritti personali e patrimoniali) coinvolge ora maggiormente gli strati sociali più elevati, quegli stessi strati cioè che svolgendo le attività oggetto di regolamentazione del *welfare* sono destinatari delle relative sanzioni.

³⁹ Così CADOPPI, *La natura giuridica della mancanza dell’autorizzazione*, cit., 382

⁴⁰ Così CARRARA, ne *Programma del corso di politica criminale*. Parte generale, I, Lucca, 5° ed., 1877, 208, par. 258; in BELFIORE, *Contributo alla teoria dell’errore in diritto penale*, Giappichelli, 1997, 4.

come poteva invece essere considerato laddove lo si ricollegasse al concetto dell'equivalenza tra reato e delitto naturale. No, Carrara non dice nulla di ciò; afferma bensì che “*esige politica*”. La componente politica cioè del principio dell'*ignorantia legis* prevarrebbe rispetto ad una collocazione dogmatica dello stesso⁴¹.

Si afferma poi che il principio implica una presunzione di conoscenza della legge da parte dei consociati (“*si presuma nel cittadino la conoscenza della legge penale*”), come scelta dettata, si ripete, da esigenza politica. Ma del resto, continua, e, sembra voler dire, a prescindere dalla presunzione “politica” di conoscenza della legge, conoscere la legge è comunque *dovere* di ogni cittadino (“*che d'altronde è debito di ognuno conoscere*”). L'obbligo di conoscenza della legge viene considerato non come “funzione promozionale” della legge penale (come invece, ad esempio, viene considerato in certa letteratura britannica⁴²), ma quasi a giustificazione della scelta politica di instaurare la presunzione assoluta di conoscenza da parte di tutti i consociati. Si può cioè introdurre una presunzione di conoscenza perché, “*d'altronde*”, è comunque “*debito*”, cioè obbligo, di tutti conoscere la legge.

Una duplice veste quindi politica e dogmatica. *Politica* nella misura in cui, affermerà in seguito lo stesso Autore negli Opuscoli, “*simili scuse [l'ignoranza della legge, NdA] non possono davvero ascoltarsi senza esporre a ruina tutto lo edificio del giure positivo*”; ma anche *dogmatica*, nella misura in cui si afferma l'esistenza del dovere di informarsi dei consociati⁴³.

1.3 L'*ignorantia legis* come principio di obbligatorietà della legge.

Altro fondamento dogmatico del principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale è costituito dall'**obbligatorietà della legge**. In questi termini si esprimeva già il

⁴¹ PALAZZO, *Colpevolezza e Ignorantia Legis nel pensiero di Francesco Carrara*, in *L'Indice Penale*, 1988, 513-514. Nel prosieguo del lavoro l'Autore invero evidenzia una velata contraddizione del pensiero carrariano relativamente all'errore di diritto. La posizione cioè di non riconoscere alcuno spazio alla rilevanza dell'errore di diritto sarebbe in contrasto anzitutto con la sua sensibilità per un diritto penale mite e garantista (“il magistero penale è destinato a proteggere la libertà individuale”), e poi anche con i riferimenti al fatto che elemento centrale per la punizione è l'*animus nocendi* dell'agente, il che equivale a dire, nei ‘reati sociali’, la determinazione a violare la legge.

⁴² WILLIAMS, *Criminal Law - General Part*, 2 ed., Stevens and Sons Ltd, 1961, 287 ss.

⁴³ BELFIORE, *Un contributo*, cit., 6, che ne propone invero una lettura lievemente diversa. Afferma infatti l'Autore che anche la presunzione di conoscenza viene posta da Carrara come categoria dogmatica, insieme al dovere di conoscenza. La formulazione però della frase del Carrara sembra invece intendere, a nostro avviso, che la presunzione di conoscenza costituisca la “quota politica” del principio dell'*ignorantia legis*.

Carrara che, dopo aver affrontato il tema della presunzione di conoscenza e del dovere di informarsi, afferma come laddove si ammettesse una difesa (o “scusa”) fondata sull’ignoranza della legge *“la legge penale diverrebbe condizionale, diverrebbe subordinata alla volontà di ogni privato che se ne tenesse per trascuranza o malizia all’oscuro. E ciò sarebbe intollerabile”*⁴⁴. Ancora una volta, in una stessa frase, tutta l’incertezza sistematica del principio dell’*ignorantia legis*. L’obbligatorietà della legge (*“la legge diverrebbe condizionale”*) si confonde con l’obbligatorietà della conoscenza della legge, nel senso del dovere di informarsi e di non tenersi invece (per *“trascuranza”* o anche per *“malizia”*, dice il Carrara), all’oscuro del contenuto del precetto. E poi, in chiusura, riprende corpo la “quota politica” del principio in esame: tale difesa sarebbe intollerabile, nel senso che non sarebbe politicamente ammissibile. La dogmatica penalistica, che pure dovrebbe informare di sé un tema cardine della potestà punitiva statale, non è protagonista di queste pagine. Lo è, invece, la politica criminale.

L’obbligatorietà della legge come fondamento dell’inescusabilità dell’ignoranza e dell’errore di diritto è fatta propria dal Legislatore, trovandosi nella Relazione all’introduzione del codice penale l’affermazione che: *“dal principio che la legge penale obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano sul territorio dello Stato... discende d’altro principio di portata non meno generale, che l’ignoranza della legge penale non scusa”*⁴⁵. Ma, come già si domandava la più autorevole dottrina quasi 40 anni fa, cosa significa considerare obbligatoria la legge?⁴⁶ Perché questo principio di ordine generale, cioè l’inescusabilità dell’ignoranza della legge, deve essere disciplinato in maniera più rigorosa rispetto ad altre categorie che pure restringono l’area della rilevanza penale, che già diminuiscono la portata “obbligatoria” del precetto di incriminazione?

Il concetto di “obbligatorietà della legge”, da un punto di vista normativo, si rintraccia in due contesti, molto diversi tra loro. Vi è anzitutto l’art. 10 delle c.d. preleggi (disp. prel. c.c.) il quale dispone che le leggi *“diventano obbligatorie”* un certo giorno dopo la loro pubblicazione. In questo caso, come evidente, la disposizione nulla aggiunge rispetto al *contenuto* precettivo della norma, essendo l’espressione “obbligatoria” sinonima, in questo contesto, dell’“entrata in vigore” della norma stessa. L’obbligatorietà è elemento intrinseco della “vigenza normativa”, nel senso che ogni norma dal momento in cui entra in vigore diventa obbligatoria verso i destinatari.

⁴⁴ Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Firenze, 4° ed., 1899, 389.

⁴⁵ Lavori preparatori del codice penale, vol. V, pt. I, Roma, 1929, 30.

⁴⁶ PULITANÒ, *L’errore*, cit., 18, come riferimento anche per il prosieguo.

Altro riferimento, questa volta di carattere prettamente “penalistico”, è costituito dall’art. 3 del codice penale, per il quale la legge “obbliga” tutti i presenti sul territorio dello Stato. Ma, ancora, si tratta di una disposizione che nulla aggiunge quanto alla legittimazione dommatica del principio dell’*ignorantia legis*. L’art. 3 c.p. fissa, infatti, il principio per cui tutti i presenti nel territorio dello Stato sono sottoposti alle sue leggi e, quindi, alla sua giurisdizione. Nulla si aggiunge quanto al *contenuto* di quelle stesse leggi, al loro ambito applicativo o alle relative limitazioni. E non si tratta neppure, come noto, di un principio che non conosce eccezioni, prevedendo la legge dello Stato una articolata rete di immunità (personali o funzionali) il cui effetto è di contenere la portata dell’art. 3 c.p.

Un’ulteriore considerazione è però opportuna, circa il pensiero di Carrara sul principio dell’*ignorantia legis non excusat*. Come visto, l’ignoranza della legge è sempre ricondotta ad un atteggiamento trascurato, se non malizioso, del consociato. Ed è questo un atteggiamento interiore che non merita alcuna scusa da parte dello Stato. La possibilità che vi siano ipotesi di ignoranza inevitabile della legge penale non è neppure considerata.

Ciò forse è comprensibile se, nel momento in cui scriveva il Carrara, si era forse realizzato quell’ideale di diritto penale “minimo”, in cui l’ordinamento si limitava a incriminare i soli comportamenti recepiti come crimini dalla società, senza usare la norma penale per garantire il mero rispetto delle discipline nei settori regolamentati, né attribuendo all’opzione penale funzioni promozionali di ingegneria sociale. È questo il modello liberale - classico, in cui le fattispecie di reato esprimono giudizi anche morali che la società conosce, pur senza esigenza di dividerli. È solo in seguito, con la realizzazione dello Stato sociale, che il legislatore dispone la punizione per comportamenti che non hanno, di per sé, un disvalore socialmente riconosciuto, un significato negativo noto alla società e quindi presuntivamente noto a tutti i consociati⁴⁷.

Quindi sembra potersi dire che il Carrara quando afferma con tanta decisione la inescusabilità dell’ignoranza della legge penale, ha a mente un insieme di disposizioni che nessun consociato (se non per colpevole trascuratezza o malizia) può non conoscere, perché parte della stessa cultura sociale. Questa interpretazione del pensiero di Carrara sembra essere confermata dalla circostanza che il Maestro invero ben conosce, e riconosce come meritevole di garanzia, la concreta possibilità per il consociato di non conoscere,

⁴⁷ CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., 385. L’espansione dell’area della rilevanza penale si accompagna con un’accresciuta funzione di promozione sociale dello stesso, cosicché il diritto “*da strumento di controllo sociale sta diventando strumento di direzione sociale*”.

incolpevolmente, il contenuto della legge. Solo, non della legge penale di cui si chiede l'applicazione nel caso concreto.

Si afferma cioè come il principio *ignorantia legis non excusat* trovi il proprio ambito di applicazione *solo* con riferimento alla legge di cui l'accusa chiede l'applicazione: in questo caso scusare l'ignoranza della legge porterebbe alla rovina di tutto l'edificio punitivo mentre, si afferma, “*quando la deduzione dell'ignoranza cade sopra altre leggi diverse da quella che nell'attualità del giudizio vuolsi eseguire, la deduzione del giudicabile in nulla vulnera la maestà della legge. La legge diversa serba tutto il suo vigore; e non si fa questione di applicarla o non applicarla*”⁴⁸.

Carrara non distingue, ai fini della disciplina dell'*ignorantia legis*, tra legge penale o legge extra-penale. Non afferma cioè che l'ignoranza della legge è inescusabile laddove ricada sulla legge penale, ovvero scusabile se ricade su legge extra-penale. Però la distinzione può dirsi implicita nel pensiero carrariano.

Laddove, infatti, ci si riferisce alla posizione soggettiva dell'imputato il quale sia caduto in un errore di diritto, circa una norma diversa da quella penale che gli è contestata, ma che abbia una ricaduta concreta nel caso di specie, sembra davvero che si stia parlando della distinzione tra legge penale e legge extra-penale, cioè tra il precetto e una norma diversa dalla fattispecie incriminatrice, capace però di condizionare concretamente la punibilità del soggetto per il fatto commesso: proprio come potranno essere, ad esempio, le norme civili in tema di proprietà nei reati contro il patrimonio, ovvero la normativa amministrativa nei reati di violazione della regolamentazione di una certa attività.

E vi è poi almeno un caso in cui Carrara afferma come si debba scusare l'errore di diritto su norma diversa da quella contestata, pur essendo questa diversa disposizione una norma penale⁴⁹. Si tratta della calunnia, o meglio l'ignoranza del rilievo penale del fatto che un soggetto attribuisce ad un altro, consapevole che non sia stato da questi compiuto. In questo caso l'errore di diritto dell'imputato ricade evidentemente sulla legge penale (cioè sull'essere reato il fatto che lui ha affermato essere stato commesso dall'altro soggetto), e ciò nonostante, secondo Carrara, l'imputato dovrà andare assolto perché l'errore cade su una norma diversa da quella che deve essere applicata nel caso concreto (che è invece il reato di calunnia, rispetto al quale il soggetto non ha allegato alcun errore).

Ad accogliere simili scuse non ci sarebbe alcun pericolo di “*ruina del giure positivo*” né di “*lesione della maestà della legge penale*”. La motivazione dogmatica di tale distinzione di

⁴⁸ CARRARA, *Opuscoli*, cit., 389.

⁴⁹ BELFIORE, *Un contributo*, cit., 6.

trattamento a seconda che l'errore cada sulla norma in contestazione ovvero su diversa norma (anche se penale) sta nell'essere la norma "esterna", cioè diversa dalla fattispecie di cui si chiede l'applicazione, un mero elemento di fatto: una degradazione dell'errore sulla norma esterna ad errore sul fatto, e quindi errore che esclude il dolo: "*La ignoranza di siffatta legge (purché verosimile e non affettata) deve ammettersi come scusa. Deve dirsi un'ignoranza di fatto, ed a questa equipararsi a tutti gli effetti del giudizio penale, perché esclude o limita il dolo giudicabile*"⁵⁰.

La considerazione di Carrara dell'errore sulla norma richiamata (di regola extrapenale) quale errore di fatto ebbe un'influenza decisiva sull'inserimento del principio dell'*ignorantia iuris* entro il codice Zanardelli. Il principio venne infatti inserito nel codice del 1889 all'articolo 44 che dispone come nessuno possa invocare a propria scusa l'ignoranza della legge *penale*, e il termine "penale", nelle parole del commissario Tolomei, venne inserito "*perché l'ignoranza delle altre leggi ne' riguardi penali diventa un errore di fatto*"⁵¹. La trasposizione del pensiero di Carrara non è in verità del tutto fedele da momento che, come visto, Carrara non distingueva tra legge penale ed extra-penale, quanto tra legge concretamente contestata e qualsiasi altra legge. Il codice Zanardelli recepisce invece il pensiero del Maestro in maniera più, forse, omogenea e semplice, ponendo il discrimine tra l'ignoranza scusabile e quella inescusabile sulla cesura penale/non penale della norma oggetto dell'errore.

Ma la fortuna del pensiero carrariano anche sul punto non si esaurisce con il codice Zanardelli, ma lo supera. La prospettiva infatti di basare la dogmatica del principio *ignorantia legis non excusat* sulla concetto dell'obbligatorietà della legge penale confluisce fino a noi, trattandosi questa della prospettiva fatta propria dal legislatore del '30, che in questo modo ha fondato l'inescusabilità dell'ignoranza della legge espressa dall'art. 5 c.p. nella "versione" *ante* sentenza n. 364 del 1988. I compilatori del codice Rocco avevano infatti cambiato la collocazione della disposizione sull'ignoranza della legge, spostandola dal Titolo relativo all'imputabilità (dove si trovava nel codice Zanardelli, all'art. 44) a quello dedicato alla legge penale. E non si è trattato di una ricollocazione casuale, né di un mero dato formale. Si intendeva infatti in questo modo sganciare del tutto l'ignoranza della legge penale dalla colpevolezza, e che venisse quindi considerata non tanto come una presunzione assoluta di conoscenza della legge penale (dato questo riconducibile alla colpevolezza, in

⁵⁰ CARRARA, *Opuscoli*, cit., 390.

⁵¹ Così nei verbali della Commissione ministeriale di cui al R.D. 13 dicembre 1888, 136, in BELFIORE, *Un contributo*, cit., 8.

quanto attinente all'elemento soggettivo/subiettivo dell'agente) quanto, per l'appunto, al principio dell'obbligatorietà della legge, quale che sia il grado di conoscenza (effettiva o presunta) del soggetto⁵².

Un autorevole autore, su tutti, ha sottolineato la fragilità logico-dogmatica di questo fondamento dell'art. 5 c.p. (del "vecchio" art. 5, naturalmente)⁵³. Si sottolinea infatti come i limiti all'obbligatorietà della legge siano stabiliti dalla legge stessa, e come dunque entro tali limiti la legge sia obbligatoria. Se tra i presupposti della responsabilità vi fosse quello della conoscenza della legge violata, allora anche questa sarebbe obbligatoria, non meno della reazione punitiva rispetto alla commissione di un fatto *tipico*. Numerosi sono infatti le previsioni normative che, limitando l'ambito della punibilità di un fatto pur tipico, cioè pur catalogabile sul piano oggettivo quale violazione di un precetto legale, restringono "l'obbligatorietà" dell'applicazione della fattispecie incriminatrice. Così sono, ad esempio, le scriminanti putative, le ipotesi di esclusione dell'imputabilità, le scusanti "speciali" previste per determinate categorie di illeciti, quale ad esempio l'art. 624 c.p. sulla non punibilità dei reati contro il patrimonio senza violenza commessi a danno di un parente o affine. Semplicemente, conclude l'Autore con una riflessione alla quale si ritiene di aderire pienamente, il principio dell'obbligatorietà della legge veniva usata come schermo per giustificare una scelta di politica criminale contingente. In questo senso, già precedentemente, Bettiol, che nel sostenere con forza la funzione meramente politica dell'art. 5 c.p. afferma che *"dire che il problema deve essere risolto indipendentemente da ogni considerazione psicologica, ed unicamente in base a considerazioni normative in quanto è la legge stessa che determina le condizioni della propria applicabilità anche indipendentemente dalla conoscenza che ne abbia avuta il soggetto agente, è affermazione che risponde solo ad una metodologia formalistica nello studio del diritto"*⁵⁴. Il principio di colpevolezza rappresenta senz'altro una garanzia per i destinatari dei precetti, e cioè un limite per l'ordinamento nell'esercizio della potestà punitiva⁵⁵. Nella perenne tensione tra

⁵² VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 85: *"A dimostrazione di come, ormai, la questione non concernesse più in alcun modo la tematica dell'imputazione, ponendosi piuttosto in una dimensione preliminare, tutta oggettiva, relativa alle (supposte) condizioni basilari di funzionamento del sistema repressivo"*. Vedi anche sul punto PULITANÒ, *L'errore*, cit., 22.

⁵³ PALAZZO, v. *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. Disc. pen.*, VI, 1993, 127.

⁵⁴ BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 510.

⁵⁵ Vedi sul tema della colpevolezza come garanzia rispetto alla spinta punitiva, fra tutti, PULITANÒ, *L'errore*, cit., 108: *"Al pari del principio di legalità, il principio 'liberale' di colpevolezza innesta, sulla funzione di garanzia individuale, un modello specifico di organizzazione delle istituzioni penali. Il suo nucleo garantista viene a consolidare, con la certezza d'azione dei singoli individui, l'intangibilità della libertà individuale come momento costitutivo della società, e quindi come criterio (ragione e limite insieme) della difesa dei beni giuridici"*. Sullo stesso tema della colpevolezza, come garanzia soggettiva e limite alla funzione general-

rispetto delle garanzie e individualizzazione della reazione punitiva da una parte, ed esigenze di difesa sociale dall'altra (intesa specie come general-prevenzione), sul piatto della bilancia del legislatore del '30 pesava senz'altro di più la seconda. Necessità sociali e politiche prevalevano rispetto ad esigenze di giustizia sostanziale.

Ed è proprio con riferimento al principio dell'obbligatorietà della legge (pur, come visto, nella sua fragilità dogmatico-sistemica), che ancora nel 1975 la Corte Costituzionale (con sentenza n. 74 del 25 marzo 1975) respingeva una questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, preludio in qualche senso di una successiva questione di legittimità che sarà poi accolta con la famosa sentenza del 1988. In quel caso infatti la Corte veniva chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del norma sull'inescusabilità dell'ignoranza della legge, con riferimento a due stranieri imputati della contravvenzione di cui all'art. 33, comma primo, della L. n. 990/1969, che sanzionava con l'arresto e l'ammenda chi mettesse in circolazione, o consentisse alla circolazione, autoveicoli non coperti dall'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile⁵⁶. L'eccezione era mossa sulla circostanza che i due imputati, in quanto stranieri, non potevano conoscere l'obbligo di assicurazione R.C. per i veicoli, presupposto per la fattispecie in contestazione. La Corte respingeva la questione ribadendo essenzialmente tre principi che, come visto, hanno da sempre costituito la base dogmatica per il principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge. Si tratta anzitutto della presunzione di conoscenza, fondata su due aspetti: (i) che l'obbligo di copertura assicurativa per la circolazione di autoveicoli *“non è peculiare del nostro ordinamento, ma è vigente in quasi tutti i paesi civili”*, e per tanto i due imputati si presume dovessero conoscerlo. Inoltre, in ogni caso, (ii) che il combinato disposto degli artt. 73, comma terzo, e 25, comma secondo, Cost. garantiscono a tutti la possibilità *“di avere conoscenza precisa della norma del testo promulgato”*. Al tema della presunzione di conoscenza si accompagnava quello del dovere di conoscenza, ovvero del dovere di informarsi, nel senso che *“i due imputati circolavano a bordo di un'autovettura immatricolata in Italia e quindi avevano un particolare obbligo di conoscere le norme regolanti la circolazione degli autoveicoli nel nostro Paese”*. Argomento questo forte e, si ritiene, condivisibile, che anche alla luce della successiva sentenza n. 364/1988 (che, come si vedrà, fa del “dovere di informazione” del consociato il cuore della verifica della scusabilità dell'ignoranza della legge) rimarrebbe

preventiva dell'opzione penale vd. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1987, 820 ss.

⁵⁶ L'illecito in esame veniva depenalizzato ad opera della L. n. 689/1981, che sostituiva le originarie pene dell'arresto e dell'ammenda con una sanzione amministrativa pecuniaria, e successivamente abrogato dall'art. 354 D. lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private).

pienamente attuale. In quella occasione la Corte Costituzionale chiudeva poi con una “clausola di stile”, affermando come una rivisitazione del principio *ignorantia legis non excusat* sarebbe “*in aperto contrasto col principio dell’obbligatorietà della legge, il quale costituisce un’esigenza assoluta del viver civile in una comunità giuridicamente organizzata*”. Circostanza questa che richiama con immediatezza l’avvertimento del Carrara che una rivisitazione di detto principio avrebbe “*esposto a ruina l’edificio del giure positivo*”⁵⁷.

Eppure all’ordinamento del 1930 non è estranea, in continuità con il pensiero di Carrara a sua volta confluito nel codice Zanardelli, la possibilità di ipotesi di errore di diritto scusabile. L’ipotesi, come noto, è confluita nell’art. 47, ult. com., c.p. Ma, anche senza voler considerare la implicita abrogazione operata dalla giurisprudenza e di cui sopra si è accennato⁵⁸, la formula utilizzata dal legislatore italiano è di per sé ambigua; forse, si può dire, mal redatta. Il codice Rocco distingue infatti tra ignoranza della legge penale e errore su norma non penale, essendo quest’ultimo valida scusante nel caso in cui abbia generato un errore sul fatto. Errore di diritto ed errore di fatto insomma sono strettamente legati. Da un lato si ricalca la distinzione tra errore su diritto penale / extra-penale propria del codice Zanardelli, dall’altro si introduce un elemento (quello dell’errore sul fatto) che sembra richiamare, nell’opinione della letteratura⁵⁹, una categoria dogmatica diffusasi in Germania negli anni ’20 del secolo scorso e sostenuta da Dohna in *Recht und Irrtum*, per la quale occorre distinguere a seconda che oggetto dell’errore sia “il fatto” ovvero “l’antigiuridicità”; naturalmente, solo la prima ipotesi scusa, e ciò a prescindere che “fonte” dell’errore sul fatto sia una errata valutazione di dati normativi (penali o extra-penali) ovvero prettamente fattuali. Così, allo stesso modo, un errore sull’antigiuridicità non scuserà mai, sia esso derivante da un errore sul precetto in senso stretto (nel senso di una errata interpretazione della lettera di una fattispecie penale), ovvero su un elemento normativo o anche fattuale extra-penale. Un elemento molto dibattuto e, si vedrà, informato alle più moderne evoluzioni “europee” dell’ordinamento, è se oggetto della conoscenza o conoscibilità (legittimante la risposta punitiva ai sensi del “nuovo” art. 5) sia la “punibilità” di un fatto ovvero la sua generale antigiuridicità: secondo alcuni non sarebbe sufficiente aversi conoscenza o conoscibilità della mera “antigiuridicità” in senso lato, ma occorrerebbe conoscenza o

⁵⁷ V. PALAZZO, *Colpevolezza ed errore*, cit. 516.

⁵⁸ LANZI, *L’errore su legge extrapenale*, cit., 299.

⁵⁹ BELFIORE, *Un contributo*, cit. 30.

conoscibilità della antigiuridicità *penale* dello stesso, solo così realizzandosi l'evitabilità dell'errore che, secondo la 'nuova' formulazione dell'art. 5 c.p., non scusa⁶⁰.

2. Le prime reazioni dell'ordinamento alla rigida inescusabilità dell'*ignorantia legis*: la scusante della "buona fede" nelle contravvenzioni.

Insomma, i fondamenti dogmatici del principio dell'inescusabilità assoluta dell'ignoranza della legge appaiono deboli. Si tende a coprirne il carattere politico aprendo ad argomentazioni di teoria generale del diritto, o anche di filosofia del diritto, nella parte in cui si richiamano categorie quali il giuspositivismo o il giusnaturalismo. Ma queste argomentazioni non reggono, se rapportate al carattere eterogeneo e per certi versi confuso dell'attuale ordinamento giuridico.

Il risultato del mantenimento di tale principio, rafforzato dall'abrogazione implicita dell'art. 47 ult. co. c.p. da parte della giurisprudenza, comportava un criterio di imputazione "oggettiva" della responsabilità penale mal compatibile con uno stato democratico di diritto. Non deve sfuggire come, infatti, uno degli elementi che fondano la legittimazione della punizione statale sia la decisione consapevole dell'individuo di porsi al di fuori delle regole ordinamentali, di violare cioè un precetto di legge. La correlazione subiettiva tra agente e illecito è infatti un limite alla funzione general preventiva della pena. Come affermava Hart, infatti, una repressione penale sganciata dalla colpevolezza avrebbe l'effetto positivo, in ottica pubblica, di un massimo effetto intimidatorio utile ad alzare al massimo gli standard di comportamento; ma il prezzo, del resto, sarebbe l'inflizione della pena in casi in cui l'osservanza di ogni possibile cautela non è bastata ad evitare il verificarsi di conseguenze lesive⁶¹. In assenza di tale scelta o meglio, come si vedrà, della *possibilità* di compiere tale scelta, la punizione criminale si avvicina alla definizione che ne diede Jeremy Bentham, a proposito del potere incriminatrice delle Corti di *common law*: "*When your dog does*

⁶⁰ Questa impostazione si trova in BARTOLI, *Colpevolezza – tra personalismo e prevenzione*, 121. Stessa posizione in PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 177; lo stesso Autore si esprime poi però in maniera dissimile, optando per una generica antigiuridicità come oggetto sufficiente della conoscenza/conoscibilità del soggetto agente in *v. Ignoranza della legge penale*, cit., 133-134.

Per una panoramica della specifico tema dell'oggetto dell'*ignorantia legis* vedi VENEZIANI, *L'oggetto dell'ignorantia iuris rilevante*, in *Foro it.*, 1995, II, 498.

⁶¹ HART, *Legal Responsibility and Excuses*, in *Punishment and responsibility*, Oxford, 1968, 28 e ss.

anything you want to break him if you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way judges made law for you and me"⁶².

Lo stato di sostanziale "ingiustizia" di questa disciplina dell'ignoranza della legge è confermata, indirettamente, dall'aver la giurisprudenza voluto introdurre nel sistema una "finestra" di eccezione alla rigida disposizione dell'art. 5; finestra entro la quale fare rientrare, con quella discrezionalità tipica delle "eccezioni" la cui applicazione è affidata al "buon cuore" dei giudici più che alla penna del legislatore, i casi in cui sarebbe stato socialmente e, forse, moralmente inaccettabile la sanzione del cittadino per la violazione commessa. La giurisprudenza elaborava cioè la scusante della "buon fede nelle contravvenzioni"⁶³.

Tratto essenziale di tale scusante era la sussistenza non della mera ignoranza della legge, o del precetto violato, quanto piuttosto l'erronea convinzione della liceità del proprio comportamento⁶⁴. E tale convincimento, poi, doveva basarsi su una ricerca informativa svolta dal soggetto con la massima diligenza, e fondarsi su erronee informazioni pervenute da fonti qualificate, quali decisioni giudiziali o, per lo più, provvedimenti della pubblica amministrazione.

Fondavano quindi la buona fede, ad esempio, il parere autorizzativo di una pubblica amministrazione competente, una precedente assoluzione o – caso questo più controverso – la costante tolleranza della stessa autorità per quel comportamento⁶⁵.

Un positivo comportamento del soggetto agente, dunque, meritevole del "buon cuore" del giudice, per certi versi.

L'erronea convinzione sulla liceità costituirebbe un errore sul fatto non colposo, escludendo quindi la responsabilità ai sensi dell'art. 47, comma 1, c.p., capace di escludere sia il dolo che la colpa. La scusante si applicherebbe solamente alle contravvenzioni, al netto di alcuni

⁶² Questa è ciò che BENTHAM chiama "*dogs law*". L'Autore inglese si riferisce all'ingiustizia sottesa all'efficacia retroattiva delle decisioni incriminatrici delle Corti inglesi, nel senso di non dare all'agente alcuna chance di sapere in anticipo quale sarà la conseguenza della propria condotta e di potersi adeguare di conseguenza. Il pensiero utilitaristico infatti enfatizza l'uomo come essere razionale, e una simile modalità di imposizione penale – buona per i cani, che sono invece esseri istintivi – è intollerabile (vd. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 65-66).

Il tema della *dogs law*, in sostanza, viene introdotto a proposito del principio di legalità, della *Rule of Law*. Questa circostanza è certamente interessante, e costituirà invero oggetto di specifica analisi.

⁶³ L'origine della scusante in esame è normalmente collocata in Cass. Pen., SS.UU., 7 dicembre 1963, Zorli, in *Foro It.*, 1964, II, 226. La letteratura rappresenta come, in verità, tale decisione si rifacesse ad un orientamento giurisprudenziale più risalente quale, ad esempio, Cass. Pen., Sez. III, 20 febbraio 1961, Patrini, in *Foro It.*, Rep., 1962, voce Contravvenzione, nn. 7-8. Vd. Sul punto VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 292, nota 136.

⁶⁴ MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, cit., 383.

⁶⁵ LOZZI, *Il problema della buona fede determinata da una errata pronuncia giudiziaria*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1958, 804.

tentativi compiuti dalla giurisprudenza di estenderne l'applicazione a taluni delitti aventi una forte "quota" di artificiosità.

Talune posizioni dottrinali, pur nel tentativo appunto di dare una spiegazione dogmatica di quanto operato dai giudici, contribuiscono in pratica a fondare l'idea di istituto di natura equitativa⁶⁶.

Veniva compiuto qualche tentativo di tracciare uno spessore dogmatico alla scusabilità della buona fede nelle contravvenzioni e, allo stesso tempo, tenere in piedi immutato il principio dell'inescusabilità dell'*ignorantia legis*⁶⁷. Si sosteneva, ad esempio, che nel valorizzare la funzione scusante della buona fede si giungeva ad una soluzione basata sulla scriminante dell'"esercizio di un diritto": dimostrazione di questa teoria sarebbe che la buona fede, per applicarsi, non si accontenta dell'ignoranza del diritto, ma deve esserci una vera convinzione di agire lecitamente, secondo diritto.

La giurisprudenza per dare spessore teorico al principio così coniato sostiene che l'errore di diritto sulle contravvenzioni in condizione di buona fede (con quei requisiti *positivi* cioè sopra richiamati), equivarrebbe ad un errore di fatto. Ciò non sembra condivisibile, laddove si consideri come il soggetto che, informatosi presso l'autorità, ritenga erroneamente di stare svolgendo una attività lecita, che sia in verità illecita, ricade sempre e comunque in un errore di diritto. Non può, infatti, essere l'aspetto positivo del credere una certa azione "approvata dall'ordinamento" ad assumere interesse dal punto di vista della colpevolezza, ma il profilo negativo del "non crederla disapprovata", nel senso di ignorare appunto il precetto, il comando statale⁶⁸.

La limitazione alle contravvenzioni della scusante della buona fede veniva poi argomentata da alcuni sottolineando la distinzione tra reati naturali e reati di creazione legislativa, o artificiali. Essendo le contravvenzioni reati "a condotta neutra", l'errore incolpevole sarebbe certo più facile⁶⁹. La teoria semplifica forse un po' nel momento in cui sembra suggerire la coincidenza tra contravvenzioni e "delitti artificiali"; è certamente vero, tuttavia, che le due categorie condividono molto, e questo tipo di fattispecie di reato dovrebbero essere strutturate come contravvenzioni. La non piena coincidenza si manifestò però laddove la scusante veniva utilizzata anche con riferimento ad ipotesi delittuose. In questi termini il

⁶⁶ PULITANÒ, *L'errore*, cit. 430.

⁶⁷ In questo senso GROSSO, *Coscienza e volontà ed errore nelle contravvenzioni*, cit., 895 ss;

⁶⁸ VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 295.

⁶⁹ LOZZI, *Il problema della buona fede*, 808; PIACENZA, *Tentativi di soluzione di un vecchio problema*, 754 ss.

Tribunale di Milano in una sentenza del 1984 con riferimento alla fattispecie (delittuosa) di “detenzione di arma clandestina”, di cui agli artt. 11 e 23 L. 18 aprile 1975, n. 110⁷⁰: una norma considerata “artificiale”, il cui “*nucleo di disvalore si concretizzava nella distanza tra un fatto di per sé neutro o comunque polisenso, come per l'appunto il possesso di un'arma, ed una disciplina giuridica di riferimento*”. Ma quale che sia la “svolta” di apertura ai delitti, la posizione della giurisprudenza è comunque quella (che si ritiene fondata, nella prospettiva ante – sentenza 364/88) della correlazione tra “buona fede” come scusante e delitti artificiali; la circostanza che questi fossero per lo più contenuti in fattispecie contravvenzionali, ha portato quindi a parlare di “buona fede nelle contravvenzioni”⁷¹. Considerando che, tra l'altro, la scusante della buona fede non trova applicazione con riferimento alla generalità delle contravvenzioni, ma solo rispetto a quelle ad alto tasso “amministrativo”, ovvero a quelle disposizioni criminali strettamente legate, quanto al contenuto del precetto, a complesse discipline extrapenali, di cui sanzionano la mera violazione, come sono ad esempio le contravvenzioni in materia di edilizia, di armi, di gestione ambientale, di finanze, ecc...

Merito sistematico dello sviluppo della scusante della buona fede nelle contravvenzioni è senz'altro quello di aver “aperto la strada” alle ipotesi di inevitabilità dell'ignoranza della legge conseguente ad una errata rappresentazione di un'autorità qualificata, pubblica amministrazione in testa.

Ma si trattava, in ogni caso, di una soluzione che non poteva reggere, per diversi motivi, così come enucleati dalla migliore dottrina⁷².

Anzitutto per incoerenza, essendo quello della buona fede un problema generale e non relativo alle sole contravvenzioni, ed essendo tra l'altro in aumento anche i “delitti artificiali”, che non possono differenziarsi dalle contravvenzioni sotto il profilo della “neutralità” del disvalore.

In secondo luogo, per il fallimento nel ‘vestire’ la teoria della buona fede di una dignità teorica e dogmatica, dovendo alla fine riconoscersi il carattere sostanzialmente equitativo di questa “*common law defence*”. E infine, per contrasto con il principio di uguaglianza, stante l'irragionevole non estensione della scusante ai “delitti in buona fede”, o meglio ai soggetti nelle medesime condizioni di buona fede rispetto, però, ad un delitto anziché ad una contravvenzione.

⁷⁰ Trib. Milano, 12 febbraio 1986, Massoni, in *Riv. It. Dir. e proc. pen.*, 1984, 449.

⁷¹ VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 296.

⁷² MANTOVANI, *Diritto Penale – parte generale*, cit., 299.

3. La sentenza n. 364/1988: rilettura dell'articolo 5 c.p. e affermazione del principio di colpevolezza.

Il tema dell'errore di diritto e dell'ignoranza della legge è quindi stato oggetto di una storica sentenza della Corte Costituzionale, che dichiarava l'illegittimità dell'art. 5 del codice penale nella parte in cui non escludeva dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge le ipotesi di ignoranza inevitabile. La sentenza veniva accolta come una vera rivoluzione sistematica dell'intera materia criminale, una pronuncia del Giudice delle Leggi che costituzionalizzava il principio di colpevolezza e, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.p., poneva la colpa come minimo standard di imputazione soggettiva, con riferimento a tutti gli elementi più significativi della fattispecie⁷³.

La pronuncia della Corte avveniva a più di 30 anni di distanza da una “analoga” pronuncia delle Sezioni Unite penali della *Bundesgerichtshof* del 18 marzo 1952, che riteneva scusante, pur entro certi limiti, l'errore sulla legge penale⁷⁴. Si è sottolineato come tuttavia la distanza tra le due pronunce (quella tedesca del 1952 e quella italiana del 1988) non fosse solo temporale, ma sostanziale: nel caso tedesco, si trattava di una pronuncia della giurisdizione superiore ordinaria, cioè di giudici togati, ponendosi invece la Corte Costituzionale italiana come un corpo giurisdizionale non omogeneo rispetto alla magistratura giudicante ordinaria, la quale si era sempre dimostrata “sorda” ai tentativi di superamento, portati avanti *in primis* dall'Accademia, alle tradizionali posizioni-baluardo del

⁷³ PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, cit., 686 ss.

⁷⁴ BGH, 2, 194 (201).

principio dell'*ignorantia legis* nella sua forma più rigida, cioè obbligatorietà della legge e “maestà” dello Stato sovrano: “*un fulmine luminoso in un cielo sereno ma buio*”⁷⁵.

Si trattava, certamente, di un importante messaggio lanciato dalla giurisdizione costituzionale, che superava, con una lettura “invasiva” della legge alla luce dei “principi” (e non già della mera lettera normativa) della Costituzione, l’inerzia del Legislatore, da un lato, e la sordità della magistratura ordinaria, dall’altro.

Ma allo stesso tempo, vi si leggeva anche un risultato esegetico “pericoloso” perché, si vedrà, traccia degli ambiti di impunità tutto sommato poco chiari, i quali potranno quindi dilatarsi o restringersi a seconda della volontà dell’interprete, correndo il rischio che diventi in questo modo una fonte arbitraria di discriminazione⁷⁶.

Ma riepilogati come sono stati, anche solo per sommi capi, i nodi storici e culturali della tradizionale dottrina dell'*ignorantia legis non excusat*, vediamo quindi, un po’ più in dettaglio, come la Corte Costituzionale articola il suo superamento.

Una considerazione è necessaria, a mo’ di premessa. Il punto di arrivo finale è, appunto, la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 5 c.p. e l’introduzione della scusante dell’errore di diritto o dell’ignoranza della legge inevitabili. Questo risultato ha effetti su diversi piani.

A livello costituzionale, e nell’“*iperuranio*” del sistema giuridico, viene fissato un nuovo principio di natura costituzionale che, per tanto, vincola il Legislatore nella sua attività futura, così come apre la strada alla rivalutazione di tutto quanto è stato legiferato in precedenza. Ci si riferisce chiaramente al principio di colpevolezza e al divieto di imputazione a titolo di responsabilità oggettiva.

Allo stesso tempo, in funzione del sindacato di legittimità costituzionale “diffuso” proprio dell’ordinamento post – sentenza n. 356 del 1996, la pronuncia del Giudice delle Leggi vincola il Giudice ordinario nell’applicazione della legge⁷⁷. Si tratta, come noto, del principio per il quale il giudice ordinario solleva sindacato di legittimità costituzionale non quando sia possibile una lettura costituzionalmente illegittima di una norma di legge, ma solo quando non sia possibile darne una lettura conforme a Costituzione.

⁷⁵ STORTONI, *L’introduzione nel sistema penale dell’errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, cit., 1313 ss.

⁷⁶ STORTONI, op. cit., 1317.

⁷⁷ Si tratta della nota sentenza Corte Cost. n. 356/1996, rel. Zagrebelsky, che ha statuito il principio di diritto per il quale non è incostituzionale quella norma di cui sia possibile dare una lettura *contra* Costituzione, ma solo quella norma di cui non sia possibile dare una lettura *conforme* a Costituzione. Può sostenersi che ciò abbia l’effetto, per il giudice, di dover operare una interpretazione e applicazione del “diritto” in senso costituzionalmente orientato, trasformando il sistema da accentratore che era in un modello a sindacato diffuso o ‘decentrato’. Vedi sul tema dell’irrompere dell’interpretazione conforme, specie nella sua dimensione multi livello, MANES, *Il giudice nel labirinto*, DIKE, 2012, 45 ss.

La Corte individua da principio, ed enuclea, tre teorie, tre argomentazioni usate per sostenere tradizionalmente il principio della inescusabilità assoluta dell'ignoranza della legge.

Ci si riferisce anzitutto alla concezione normativa del diritto, per cui l'obbedienza o trasgressione alla legge nulla c'entra con la conoscenza o meno del precetto violato. La coscienza e volontà dell'agente, rilevante ai fini della responsabilità, riguarda il fatto, non l'antigiuridicità. Detta in altri termini, sembra intendersi dalle motivazioni, la Corte contesta il principio per cui fondamento del principio dell'*ignorantia legis* sarebbe l'esclusione dell'antigiuridicità dall'oggetto del dolo, negando che questo dato sia quindi requisito della responsabilità penale⁷⁸.

Una tale posizione, in effetti, sottolinea giustamente la Corte, non vuole dire nulla. In questo senso il principio dell'*ignorantia legis* sarebbe un argomento che si auto-alimenta. Sarebbe cioè come a dire che l'ignoranza della legge non scusa perché è la legge che dispone in questo modo, non prevedendo la conoscenza della legge come un presupposto, o un requisito, per punire. Ma si tratta, questo, di un vincolo di carattere positivo, di rango ordinario, che potrebbe agilmente essere superato se solo la legge prevedesse, al contrario, che l'antigiuridicità fosse entro l'ambito del dolo⁷⁹.

Il secondo degli elementi che la Corte, in premessa, enuclea come “fonti” della tradizionale posizione sulla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, è legata alla dimensione “culturale” o “sociale” dell'incriminazione, cioè, in senso lato, alla teoria delle *kulturnormen*, per cui essendo i reati espressione di un disvalore sociale prima che legale e normativo, era dato presumere che tutti i consociati li conoscessero, ed è pertanto sollevato lo Stato dal dimostrare, volta per volta, la effettiva conoscenza della norma violata da parte dell'agente. Si tratta essenzialmente del dato della presunzione di conoscenza della legge da parte di tutti i consociati: vero “cavallo di battaglia”, come visto in apertura del presente lavoro, della teoria dell'*ignorantia legis*. Ma la *fictio* della conoscenza della legge da parte dei consociati, come visto, non è mai stata presa in seria considerazione, sempre presentata come un *escamotage* per coprire altre, e manifeste, esigenze di politica criminale. È infatti ricorrente il ragionamento, ripetuto in questo caso dalla Corte Costituzionale, per il quale un siffatto discorso potrebbe forse valere se altro fosse il contesto, sia sociale che giuspositivo, nel senso di un ordinamento costituito da poche chiare regole, regole riconosciute a livello

⁷⁸ “Supposta l'esistenza di leggi giuridiche statali, nessun dubbio può fondatamente sorgere in ordine al principio che spetta all'ordinamento dello Stato stabilire le condizioni in presenza delle quali esso entra in funzione (e, tra queste, ne può essere prevista la conoscenza della legge che si viola)” (par. 3).

⁷⁹ PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit. 11.

sociale e solo a seguito di ciò positivizzate in fattispecie di reato. Un mondo, questo di cui si ipotizza l'esistenza in un mitico passato "di buone leggi", in cui ogni consociato è vero partecipe della realtà collettiva, nelle cui regole, leggi e correlate sanzioni si riconosce, e non può quindi che violarle in piena consapevolezza. La Corte supera il dato, e lo fa ancora comparando il "passato glorioso" di un diritto penale minimo, fatto di poche e chiare leggi, ad un presente oscuro e confuso tra mille fonti e disposizioni nelle quali il destinatario, il cittadino, si perde, non si orienta⁸⁰.

A quale passato glorioso, esattamente, si fa riferimento? Non certo allo stato liberale: difficile immaginare che l'analfabetismo e l'esclusione dall'elettorato attivo di ampie fette della popolazione non abbiente (unito a una certa imposizione arbitraria della potestà giurisdizionale) comportassero una condivisione e una conoscenza "totale" della normativa penale da parte dei cittadini. Ancora più improbabile che si trattasse del mondo pre-rivoluzionario o addirittura dell'età premoderna, a considerare dalle invettive che il Beccaria lanciava contro l'oscurità della legge e il caos della giurisdizione, così simili (ma del resto scritte da due esponenti della medesima stirpe) alle pagine del Manzoni ove si rappresenta il caos normativo e giudiziario dell'ancora precedente '600 lombardo: scenario di grida sovrapposte, di politica criminale fatta di piazza e forza e, di base, di una sostanziale iniquità nell'applicazione della legge⁸¹.

Ultimo riferimento, immancabile, quello all'**obbligatorietà della legge**, della maestà della potestà punitiva dello Stato. Su questo punto la Corte recepisce in pieno quanto, già esposto in introduzione del lavoro, è riferibile alla posizione dalla dottrina che nell'immediatezza della sentenza aveva dato un importante contributo di ricostruzione e riconsiderazione dell'intera disciplina interessata. Si sostiene come l'inescusabilità dell'ignoranza della legge non contribuisca in nessun modo a rafforzare l'obbligatorietà della legge, essendo questa un carattere di base dell'ordinamento che comporta la sovranità dello Stato e delle sue leggi su un determinato territorio e su quanti lo abitano: principio questo che trova in ogni caso tanti e precisi limiti, di matrice eminentemente politica, nella misura in cui la legge stessa formula

⁸⁰ Si fa riferimento alla un po' utopica situazione di equilibrio tra ordinamento e cittadini, basata sulla chiarezza massima dell'ordinamento, che è capace cioè di parlare in maniera chiara ai propri consociati-borghesi: PULITANÒ, *L'errore*, cit., 29.

⁸¹ Così infatti MANZONI, *I promessi sposi*. Il riferimento non è solo al celebre episodio dell'Azzeccagarbugli, e di come neppure dei generosi capponi valsero a Renzo la tutela giudiziaria dei suoi (non chiari, ma certo meritevoli di tutela) diritti; bensì anche alla forse meno nota ma non meno significativa panoramica, all'inizio dell'Opera, della legislazione contro la "braveria" e di come un governatore dopo l'altro avesse cercato di debellare il fenomeno con continui aumenti di pene edittali e modifiche nella descrizione del fatto tipico: tentativi infruttuosi e capaci solo di stimolare la "voglia di forza" dei cittadini, nonché una certa arbitrarietà nell'applicazione di quelle, draconiane e sperequate, misure di legge.

molte eccezioni, sotto forma di immunità, o ancora di deroghe alle regole della giurisdizione (di cui agli art. 8 e ss. del codice penale). E non per questo, evidentemente e come pure è nei Paesi in cui il principio dell'*ignorantia legis* è “temperato”, la legge è meno obbligatoria⁸².

La questione, continua la Corte, con un enunciato di grande attualità perché in linea con il moderno statuto di legalità convenzionale, deve cambiare (sembra voler dire) prospettiva.

Non si guarda più dall'alto al basso, cioè a come l'ordinamento guardi il singolo, reputando doveroso non scusare, per una logica di politica criminale, la commissione di un fatto tipico di reato, anche in caso di ignoranza della legge. Si guarda invece, per la prima volta, dal basso verso l'alto, e cioè se il consociato si trovi nelle condizioni di poter conoscere il comando giuridico che proviene dall'ordinamento. Ha avuto cognizione di quel comando? Ha avuto la possibilità di prenderne cognizione? Si guarda cioè ai “*rapporti tra l'ordinamento, quale soggetto attivo dei processi di socializzazione di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. e l'autore del fatto illecito*” (par. 4). Il campo di indagine è la colpevolezza; il traguardo, determinare i limiti e i requisiti per il legislatore nell'imputazione subiettiva dei fatti di reato. È un limite per il Legislatore, quindi e anzitutto. E come limite per il Legislatore, in questa perenne contrapposizione tra garanzia dei singoli ed esigenze di difesa sociale che caratterizza la materia penale⁸³, con alterne “fortune” in funzione dei tempi e delle circostanze, il principio di colpevolezza (“ristabilito” dalla sentenza in esame), riscopre appieno proprio il collegamento subiettivo tra autore e fatto di reato. La sentenza articola una lettura sistematica, indicando il percorso costituzionale per giungere a questa conclusione: “*La piena, particolare compenetrazione tra fatto e persona implica che siano sottoposti a pena soltanto quegli episodi che, appunto personalmente, esprimano il predetto, riprovevole contrasto od indifferenza. Il ristabilimento dei valori sociali “dispreziati” e l'opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata “soggettività antiggiuridica” del fatto*” (par. 14). Il divieto di responsabilità per fatto altrui si lega alla funzione rieducativa della pena di cui al terzo comma dello stesso art. 27 Cost. per dare fondamento alla prospettiva di un ordinamento penale che punisce, rieducando, chi è

⁸² “[...] è pericoloso, per la tutela dei valori fondamentali sui quali si fonda lo Stato, condizionare, di volta in volta, alla prova in giudizio della conoscenza della legge penale, da parte dell'agente, l'effettiva applicabilità delle sanzioni penali ma che, tuttavia, il principio dell'irrelevanza assoluta dell'ignoranza della legge penale non discende dall'obbligatorietà della stessa legge; tant'è vero che, come è stato sottolineato di recente dalla dottrina, nei sistemi nei quali si attribuisce rilevanza all'ignoranza della legge penale non per questo la legge diviene ‘meno obbligatoria’”.

⁸³ “La struttura ‘ambigua’ della tecnica penalistica conduce il diritto penale ad essere insieme titolo idoneo d'intervento contro la criminalità e garanzia dei c.d. destinatari della legge penale” (par. 8).

colpevole. E, si legge in un punto centrale nell'ottica dell'indagine del presente lavoro, la colpevolezza, intesa in questo modo, dà piena attuazione al principio di legalità, nel senso che dà concretezza alla funzione di garanzia riconosciuta alla legalità in ambito penale. Si tratta di spunti di grande interesse, le cui possibili implicazioni sistematiche forse non erano da subito visibili⁸⁴.

Continua infatti la Corte sposando la tesi per la quale la “possibilità di conoscenza della legge penale” costituisce uno dei requisiti per l'imputazione, cioè un livello minimo per la responsabilità penale/personale. E la possibilità di conoscenza della legge penale, principio desunto dal combinato disposto degli artt. 25, secondo comma, e 73, ultimo comma, Cost. significa “**riconoscibilità**” dei contenuti della norma penale.

Un precetto penale ha, infatti, valore, come regola di comportamento, non *per quello che è*, ma *per quello che appare ai consociati*. Nel senso che “*la conformità dell'apparenza all'effettivo contenuto della norma penale dev'essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell'effettivo contenuto precettivo delle norme*”. Si passa quindi da un piano individuale, cioè relativo ai rapporti tra il singolo e l'ordinamento, e inerente all'elemento subiettivo minimo “con riferimento ad ognuno degli elementi più significativi della norma”, a uno collettivo e ordinamentale, che non guarda più al consociato, ma al Legislatore. Leggi precise, che mettano il cittadino nella obiettiva condizione di comprendere quale sia il perimetro della liceità e della illiceità, e così autodeterminandosi sulla strada da intraprendere⁸⁵. Una visione laica, democratica e liberale dell'ordinamento giuridico⁸⁶.

⁸⁴ “[...] lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su congrui elementi subiettivi. [...] Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare in ogni momento cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenuti riconoscibili direttive di comportamento”.

⁸⁵ Il principio di ‘chiarezza’ della legge è, da Beccaria, visto come conferma e rafforzamento del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nel senso che non si conferma solo il primato della legge nel diritto penale (in continuità su questo aspetto con Montesquieu), ma, in una impostazione contrattualistica propria di influssi della teoria di Rousseau, vede il completamento di quel principio ne (i) la riserva della potestà legislativa del Parlamento, “*perché rappresenta tutta la società*” e (ii) la chiarezza dei precetti rivolti ai consociati, al fine di evitare arbitri e ingiustizie: “*dove le leggi siano chiare e precise l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto*”, vd. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, I, Giuffrè, 2 Ed., 1999, 17.

⁸⁶ La Corte richiama sul punto molte delle posizioni ‘classiche’ del pensiero *liberal* del diritto penale moderno, per cui centro e, insieme, finalità dell'ordinamento sono la garanzia dell'autodeterminazione degli individui, nel senso di garantirne la massima libertà. Vedi sul punto CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 63: “*L'uomo è un essere libero, in quanto capace di autodeterminarsi. Lo Stato non può imporre all'individuo scelte personali di vita o di azione, salvo che ciò non si renda necessario per evitare che tali azioni producano un danno ad altri. Un danno a sé stessi, in tale prospettiva, non sarebbe rilevante per il diritto penale. Ciò perché la libertà di un individuo può estrinsecarsi sino all'autoinflizione di un male*”. Il contenuto essenziale del modello liberale dell'ordinamento giuridico, da confrontare poi con l'evoluzione dei paesi occidentali in moderni Stati sociali (*Sozialstaat* o *Welfare State*), è nella visione per cui il diritto ha la funzione di garantire e

Parallelo al dovere del Legislatore di rendere “riconoscibile” la norma penale, cioè *in primis* il precetto (a leggere le parole della Corte, che parla sempre di ‘ambito di liceità’, senza spingersi alla sanzione/conseguenze afflittive), è il corrispettivo “obbligo di informarsi” in capo al consociato. Tale obbligo discenderebbe dal dovere di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost. Il consociato deve giocare il suo ruolo in questa “partita”. Anzi, ognuno dei soggetti in campo ha un preciso compito, rinvenibile nel dettato costituzionale.

Al Legislatore, il compito di rendere riconoscibile a tutti cosa sia lecito e cosa non lo sia. Al consociato (al “buon consociato”), l’obbligo di informazione e conoscenza. Al Giudice, pur tramontato il mito illuministico dell’essere la giurisdizione, letteralmente, bocca della legge⁸⁷, l’obbligo di interpretare e applicare quei precetti (di per sé riconoscibili) in maniera tassativa e coerente.

Si tratta di una visione molto coerente con una concezione contrattualistica della potestà punitiva statale: queste sono le regole perché la “partita” si giochi⁸⁸. Si tratta, nella concezione della migliore dottrina, di una contropartita del ‘contratto sociale’: “*Lo Stato non si impone sempre e comunque dall’alto, ma dialoga con i cittadini, esigendo che essi si informino sulle leggi emanate, e quindi ponendo specifici obblighi di informazione il cui assolvimento sarà vagliato nell’accertare l’inevitabilità o meno dell’ignorantia legis [...]*”⁸⁹. Nella prospettiva del privato che, commesso un fatto di reato, si appresta a ricevere la relativa sanzione, il punto essenziale della responsabilità è la “rimproverabilità” per il fatto

tutelare l’esercizio dei diritti e l’esplicazione della libertà, liberando così l’uomo dalla paura del dominio da parte di un potere senza limiti. Ma la libertà, secondo un’evoluzione in Stato sociale, non è ottenibile se non attraverso la giustizia sociale (come sosteneva, in numerose pubbliche occasioni, financo nel discorso di insediamento innanzi al Parlamento in seduta comune, il Presidente della Repubblica Sandro Pertini), ed allora ecco che il moderno Welfare State assume una dichiarata funzione promozionale di valori, di principi, di giustizia, riscontrabile (nel caso italiano) in numerose disposizioni costituzionali (es. Art. 9 – promozione della cultura; Art. 47 – la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio; Art. 4 – promozione delle condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro; ecc.). Funzione promozionale che vive un paradosso di base, cioè quello di comprimere molte libertà individuali, regolamentando e dirigendo tutto il regolamentabile e il dirigibile, per soddisfarne altre: quella della libertà sociale. Sullo specifico tema della funzione promozionale del diritto penale, e di come questo muti a seconda del diverso modello di Stato adottato, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, cit., 385 ss.

⁸⁷ Così CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 49: “Il giudice, d’altra parte, per Beccaria, come lo era per Montesquieu, non è che la bozza della legge, una sorta di automa, un burocrate che deve limitarsi ad operare quello che il Nostro chiama un ‘sillogismo perfetto: la maggiore dev’essere la legge generale, la minore l’azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena”.

⁸⁸ “Come è stato rilevato, discende dall’ideologia contrattualistica l’assunzione da parte dello Stato dell’obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato ma da tale ideologia discende anche la richiesta, in contropartita, che i singoli si informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima di agire”. Sulla concezione contrattualistica del rapporto Stato-cittadino vd. anche BELFIORE, *Un contributo alla teoria dell’errore*, cit., 95.

⁸⁹ DONINI – RAMPIONI, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., 302.

commesso. E in tanto un soggetto è rimproverabile per la violazione di una norma di legge, in quanto aveva la “possibilità” di conoscerla.

Da ciò la Corte deriva un ragionamento invero non perfettamente lineare, perché si contraddice in taluni passaggi.

La possibilità di conoscere le leggi deriva dalla “riconoscibilità” del precetto, cioè dal confine della rilevanza penale e, in generale, delle conseguenze giuridiche del proprio comportamento. Questo aspetto ricade evidentemente sulle spalle, in primis, del Legislatore, cui è dato compito di normare, in materia penale, in modo “riconoscibile” per i consociati. Ma come si valuta la riconoscibilità del precetto? Sul dato che il consociato, attivandosi secondo un medio standard di diligenza, può conoscere quelle leggi; o meglio, può conoscerne il contenuto⁹⁰. Da ciò si ricava un generale dovere del cittadino di conoscenza della legge penale: il consociato che, per trascuratezza, non abbia appreso i contenuti di una legge che pure, se si fosse attivato, avrebbe conosciuto, “merita sanzione”, o meglio non merita l’esclusione della sanzione: nel senso che *“la violazione del divieto di commettere reati, avvenuta nell’ignoranza della legge penale, può, pertanto, dimostrare che l’agente non ha prestato alle leggi dello Stato l’attenzione ‘dovuta’”*. Se insomma il cittadino si è dimostrato “ligio al dovere”, e ciò nonostante non conosca la legge penale, deve concludersi che la sua ignoranza sia inevitabile. L’inevitabilità dell’ignoranza della legge è quindi costruita attorno, anche, al suo **dovere di conoscenza o dovere di informazione**.

Ma da dove si ricava questo “dovere” che, violato, legittima la punizione, secondo la ricostruzione della Corte? Non esiste nell’ordinamento un autonomo obbligo di conoscenza della legge penale. Su questo è chiara la Corte, e non si può che condividere. Il generico richiamo per cui il dovere di informazione sarebbe parte del dovere di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost., invero, non convince. La Corte ricostruisce il dovere di informazione, invero, ponendolo come obbligo strumentale rispetto al principale obbligo di obbedienza al comando, proprio di ogni fattispecie incriminatrice⁹¹. Nel senso che in quanto destinatari di precetti, ai cittadini è fatto altresì obbligo di comportarsi in modo prudente e attento, considerando che ci si muove in campi potenzialmente lesivi di interessi altrui.

⁹⁰ Sui canoni e requisiti della “riconoscibilità” del precetto, vd. infra par. 9.1.1.

⁹¹ *“Non può disconoscersi tuttavia, l’esistenza in testa ai c.d. destinatari dei precetti ‘principali’, nei confronti di tutto l’ordinamento, di doveri ‘strumentali’, d’attenzione, prudenza, ecc.. (simili a quelli che caratterizzano le fattispecie colpose) nel muoversi in campi prevedibilmente lesivi di ‘interessi altrui’; doveri già incombenti prima della violazione delle singole norme penali, mirati, attraverso il loro adempimento e, conseguentemente, attraverso la raggiunta conoscenza delle leggi, a prevenire (appunto inconsapevoli) violazioni delle medesime. Inadempiti tali doveri, l’ignoranza della legge risulta inescusabile, evitabile. Adempiti ai medesimi la stessa ignoranza, diventa inevitabile e, pertanto, scusabile, esclude, la rimproverabilità e, pertanto, la responsabilità penale”* (par.18).

Il percorso logico sarebbe quindi che una norma penale pone, insieme, il precetto e il dovere di informarsi per conoscere il precetto. Ma questo secondo dovere, strumentale all'efficacia e all'effettività del primo, si ricava in via generale dall'essere ogni consociato inserito in un contesto sociale ove è sempre possibile la lesione di interessi altrui e, quindi, per prevenire la lesione di tali interessi, occorre informarsi in maniera diligente.

Così articolata, sembra tornarsi ad un dovere di informarsi di carattere generale, non legato a singole disposizioni di legge, bensì al “mazzo” di doveri funzionali alla “*convivenza civile*” che, nell'ottica dello stato di diritto, significa “vivere nel rispetto e nei limiti delle leggi e della Costituzione”, e quindi, sostanzialmente, al dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Si esclude una prospettiva per poi tornarvi comunque, ma con un giro più “largo”.

L'art. 5 c.p. dimostra una sorta di natura bifronte: da un lato, nega efficacia scusante all'ignoranza della legge penale, dall'altro nega che la conoscenza dell'illiceità sia rilevante ai fini della responsabilità per un fatto di reato. È infatti su questo secondo aspetto che si sono concentrate talune letture che tendevano a dare una lettura “attenuata” dell'art. 5 c.p., per recuperarne una funzione, e un ambito applicativo, più conforme al complessivo assetto di valori costituzionali e, sostanzialmente, all'ordinamento democratico. Ciò sarebbe possibile ricomprendendo entro il dolo la coscienza della violazione dell'interesse e riducendo quindi l'inescusabilità ex art. 5 c.p. alla rilevanza penale del fatto, cioè alla stretta punibilità. Ma questo non sarebbe sufficiente, a detta della Corte, dal momento che non si eliminerebbe il nodo del problema: non è infatti tanto la conoscibilità della punibilità (in senso stretto) di un fatto ad essere oggetto di discussione, quanto l'astratta prevedibilità per il consociato dell'essere il suo comportamento *contra ius*, anti giuridico.

L'art. 5 c.p. pone una barriera assoluta al riconoscimento da parte dell'ordinamento dello stesso tema della conoscenza o conoscibilità della legge e, in senso lato, del diritto. Semplicemente, il punto non rileva né sotto il profilo dell'accertamento (quindi sul fronte processuale), né sotto quello sostanziale (per la configurabilità del fatto di reato). L'ordinamento, nella reazione sanzionatoria, è sordo a questo tema. Ciò comporta che non ne terrà conto neppure nel campo strettamente sanzionatorio, al di fuori si intende del margine di manovra comunque attribuito al giudice, ex art. 133 c.p., per la quantificazione della pena entro la forchetta edittale, nonché ex art. 62 bis c.p. al fine della concessione delle circostanze attenuanti generiche. Al di fuori di questi stretti margini, chi commette un reato senza essere a conoscenza, né potendolo essere, della rilevanza penale o della anti giuridicità della sua condotta è trattato alla medesima stregua di chi, consapevole della

cornice giuridica nel quale si muoveva, abbia deliberatamente deciso di violare la legge, infrangendo il precetto. Ciò espone l'art. 5 c.p. ad una ulteriore censura di legittimità, vale a dire per violazione dell'art. 3 Cost., perché a situazioni diverse non corrispondono conseguenze diverse⁹². La violazione, nell'argomentazione della Consulta, riguarda entrambi i commi dell'art. 3 Cost.: il principio di uguaglianza subisce una plurima offesa. Quanto al comma primo in quanto, come appena detto, l'art. 5 c.p. parifica(va) due situazioni diverse, essendo riservato lo stesso trattamento a quanti agiscono consapevoli della illiceità del loro comportamento, rispetto a coloro che non ne sono (incolpevolmente) consapevoli. Non risolverebbe la disparità di trattamento così creato né la possibilità di graduare differentemente la pena ai sensi dell'art. 133 c.p., né la possibilità di incidere sull'ammontare della pena con l'applicazione della circostanze attenuanti generiche ai sensi dell'art. 62 *bis* c.p. Ma vi è anche violazione (e in questo sta la doppia violazione sopra indicata) del secondo comma dell'art. 3 Cost., perché si fanno ricadere sul soggetto incolpevole le conseguenze sfavorevoli di situazioni di fatto che lo Stato è tenuto invece a rimuovere: la non rimozione delle cause di inevitabilità dell'ignoranza della legge sarebbe una violazione dell'obbligo di rimozione degli ostacoli alla partecipazione alla vita sociale. Secondo la migliore dottrina, l'uguaglianza sostanziale si concretizza come parametro per valutare l'inevitabilità dell'ignoranza della legge, allontanandosi dall'etichetta di “mera affermazione di principio”⁹³.

Il richiamo all'uguaglianza sostanziale e al comma secondo dell'art. 3 Cost. in verità (sottolinea altra dottrina) non può essere generalizzata, nel senso che non tutti i casi di ignoranza inevitabile della legge sono da ricondurre a mancanze dell'ordinamento la cui responsabilità è, quindi, dello Stato⁹⁴. Si tratta di una precisazione senz'altro da condividere. E tuttavia, nella parte conclusiva della sentenza, laddove si enucleano le macro-ipotesi di ignoranza inevitabile, proprio questa è la conseguenza cui avviene la Consulta, ovvero di scusare solo quelle ipotesi di ignoranza inevitabile dovute a criteri oggettivi, imputabili cioè a carenze dell'ordinamento, e non già a cause soggettive che riguardano il singolo.

⁹² “Si ha riprova che l'art. 5 c.p., nell'attuale vigore, non soltanto determina un uguale trattamento di chi agisce con la coscienza dell'illiceità (totale o soltanto penale) del fatto e di chi opera senza tale coscienza ma esclude ogni possibilità di valutazione della 'causa' della mancata coscienza (della sola punibilità o dell'intera' antiprecettività del fatto) trattando allo stesso modo errore scusabile, inevitabile ed errore inescusabile, evitabile, sull'illiceità”.

⁹³ PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 696; sulla violazione dell'uguaglianza sostanziale anche ID., *L'errore di diritto*, cit., 457 ss.

⁹⁴ VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale*, cit. 11.

Tra i concetti espressi dalla Consulta vi è poi un'analogia, che deve ritenersi sussistente, tra *ignoranza* ed *errore*. Di questo parere anche la letteratura più recente⁹⁵. L'errore sul precetto, che abbia portato l'agente all'erronea convinzione della liceità di un certo comportamento, non può che accompagnarsi alla totale ignoranza della illiceità di quello stesso comportamento, nel senso che se l'agente abbia anche solo il dubbio dell'essere il comportamento lecito o meno, allora non si porrebbe neanche il tema di capire se si applichi o meno la scusante, dal momento che è principio consolidato che in caso di dubbio sulla illiceità di una condotta l'agente debba astenersi dall'agire. In sostanza, l'*error iuris* "assume significato non come tale, ma nella misura in cui presupponga un'ignorantia iuris". Nello stesso senso l'articolo 5, nel riferirsi all'ignoranza, si applica a tutti i casi di errore che abbiano comportato, appunto, l'ignoranza della legge.

L'inevitabilità dell'ignoranza dell'illiceità ovvero della legge penale tiene poi conto dell'essere il reato oggetto di errore un c.d. reato naturale ovvero un c.d. reato di mera creazione legislativa: circostanza complicata dall'essere questa seconda categoria (e si tratta dei c.d. reati artificiali, secondo un diverso vocabolario) in progressiva espansione, e attinenti ad ambiti prettamente tecnici, economici, produttivi. Con riferimento a questi, quindi, a leggere le parole della Corte, da un lato le possibilità di errore sono maggiori, proprio perché maggiore è il rischio "oggettivo" di errore, essendo normative quantitativamente in espansione, e qualitativamente, spesso, complesse e difficili, se non oscure. Il rischio "soggettivo" è valutato però in maniera opposta, nel senso che tanto più l'ambito è complesso, tanto più all'agente è richiesto uno standard comportamentale "elevato", nel senso di una non scusabilità di comportamenti "maldestri" o disinformati.

Continua la sentenza nel senso che nella valutazione della inevitabilità scusante ex art. 5 "nuovo conio" va escluso il cosiddetto "**errore generale sul divieto**". La valutazione cioè deve essere "individualizzata", per cui non potrebbe essere scusata l'ignoranza indotta dalla generalizzata convinzione dell'essere un certo comportamento lecito; laddove infatti ciò fosse ammesso, avverte la Corte, varrebbe come riconoscere all'errore comune sul divieto penale "*il valore di consuetudine abrogatrice di incriminazioni penali*".

All'affermazione dell'esistenza del principio di colpevolezza, delle sue origini e delle sue implicazioni, seguono le conclusioni di sistema, che hanno aperto molti interrogativi, e di fatto (almeno in parte) spostato la rivoluzione copernicana della "riscoperta della colpevolezza", su altre sponde, in altri settori.

⁹⁵ VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 295.

Di grande interesse è la parte finale della sentenza della Corte Costituzionale.

Ci si cimenta cioè sul punto, sempre difficile quando si maneggiano i principi generali, di dare concretezza alle premesse sistematiche. Ci si chiede cioè: in che modo, e in quali casi, si può dire che l'ignoranza della legge sia inevitabile, e quindi scusabile?

E la Corte lo fa introducendo con due righe un concetto che lascia spiazzati, rispetto alle pagine precedenti. Perché sposta l'asse del problema, si vedrà, su un piano diverso. **Un piano con altri scenari e altre prospettive applicative.**

Afferma insomma la Corte che l'evitabilità dell'errore deve essere valutato non in funzione di criteri c.d. soggettivi puri, cioè che individualizzano, rapportano al soggetto agente la causa di esclusione della conoscibilità del precetto, bensì secondo criteri oggettivi.

Non bisogna cioè considerare le specifiche caratteristiche del soggetto agente, ma bensì tutti quei criteri classificabili come criteri c.d. oggettivi puri e c.d. oggettivi misti.

In funzione della prima categoria devono e possono essere valorizzate, al fine di ritenere il precetto non conoscibile, e quindi scusarne l'ignoranza, **quelle circostanze (e solo quelle circostanze) che comportano l'inevitabilità dell'ignoranza della legge da parte di ogni consociato.** Rientrano in questa ipotesi due "categorie" o "fonti" di non-conoscenza del precetto, e cioè (i) l'oggettiva mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa, ad esempio per assoluta oscurità del testo normativa, oppure (ii) un atteggiamento giurisprudenziale gravemente caotico.

Attengono invece alla categoria dei criteri c.d. oggettivi misti quelle circostanze di fatto "particolari" e "positive" in cui si s'è formata la deliberazione criminosa (vd. par. 9.3), nel senso di:

- (i) assicurazioni erronee di persone istituzionalmente destinate e giudicare sui fatti da realizzare;
- (ii) una consolidata giurisprudenza assolutoria per quella tipologia di fatti;
- (iii) una precedente sentenza di assoluzione di quello stesso individuo per un fatto analogo.

Si tratta del recepimento della casistica già vagliata, ed accolta, come sopra già visto, in tema della scusante della "buona fede"⁹⁶. Alcuni hanno dato una lettura abbastanza restrittiva di quali siano gli effettivi pareri positivi che, se sussistenti, fondino il carattere scusante

⁹⁶ Si tratta, come tale, di un dato non riferito ad una visione sostanziale della questione, bensì di politica criminale, per non dire di opportunità sociale: l'ordinamento si presenterebbe in questo modo ai consociati in modo del tutto contraddittorio, sanzionando un comportamento dopo avere incentivato il cittadino a tenerlo; vd. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 497 ss.

dell'ignoranza della legge. Si è escluso infatti che in questa tipologia di “atti-fatti” rientrino i pareri della pubblica amministrazione emessi all'indomani di una modifica normativa o a seguito di un mutamento giurisprudenziale cui gli uffici si erano adeguati (e però, in questo caso, è necessario oggi fare i conti con la disciplina dell'*overruling*), la tolleranza della stessa pubblica amministrazione e, da ultimo, i pareri rilasciati da soggetti privati qualificati: tutti questi elementi sarebbero inidonei a fondare il legittimo (e scusante) convincimento del consociato ad agire lecitamente, posto che “nessuno di essi configura un'espressa ed ufficiale autorizzazione in tal senso dell'ordinamento giuridico”⁹⁷. Sull'ultimo dei tre casi considerati, cioè il parere rilasciato da un esperto privato, sarà svolta in seguito qualche riflessione in più⁹⁸.

Ma ancora, in ragione di quel criterio “oggettivo” nella valutazione della sussistenza della scusante, l'erronea informazione pervenuta al soggetto agente non è di per sé sufficiente, dovendo essere valutata alla stregua dell'idoneità che la stessa avrebbe avuto nel trarre in inganno, ancora, *qualunque consociato*. Il consociato è destinatario di una falsa rappresentazione trasmessa da un'istituzione nella quale, per richiamare concetti penalistici in senso stretto, il privato deve poter fare “affidamento”⁹⁹. La verifica si compirà prendendo come riferimento una figura di agente modello, quindi con una valutazione secondo gli ordinari canoni di accertamento della colpa.

Il punto di partenza è l'oggettivizzazione delle cause di inevitabilità dell'ignoranza della legge o dell'errore di diritto, con l'esclusione di cause soggettive, cioè riferite alla specifica figura dell'agente. La causa, per essere tale, deve riguardare l'agente come membro della collettività, ed essere quindi egli protagonista (incolpevole) di un “caso” che poteva capitare a chiunque.

L'impostazione oggettiva vede però l'intervento di taluni **correttivi**, di alcune circostanze di “compensazione”, tese a soggettivizzare la valutazione della concreta inevitabilità dell'ignoranza della legge. E, si premette, si tratta di misure soggettivizzanti che hanno lo scopo, e l'effetto, di *alzare* lo *standard* dell'accertamento sull'inevitabilità e, quindi,

⁹⁷ STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale*, cit., 1338. Il quale riporta nondimeno aperture anche provenienti dalla dottrina tedesca (quanto meno di allora), nel senso che il parere dell'esperto privato potrebbe essere scusante dell'errore di diritto a condizione che (i) si tratti di un giurista indipendente e che (ii) la questione giuridica sia oggettivamente controversa (Meyer, *Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums und Erkundigungspflicht*, in *Ju.S.*, 1979, 250).

⁹⁸ Vd. Cap. III.

⁹⁹ E il riferimento alla teoria dell'affidamento non è certo ultroneo se solo si consideri come il ragionamento della Corte matura nella differenziazione tra la colpevolezza come principio e la colpevolezza come categoria entro il reato: due elementi diversi ma accomunati dall'essere entrambi finalizzate, e tendendo, a dare conto di una dimensione subiettiva di imputazione della responsabilità penale informata da queste circostanze.

restringere l'ambito di applicazione della scusante dell'errore inevitabile. Si tratta cioè di tutti quei casi in cui, tenuto conto di particolari qualità "positive" dell'agente, nel senso di conoscenze, abilità o anche solo responsabilità al di sopra della media, allo stesso è richiesto un maggiore grado di informazione (nonché una maggiore capacità di controllo e di corretta interpretazione delle informazioni così raccolte).

A valle di questa casistica, la Corte ripercorre due distinte ipotesi: quella del soggetto che versa in stato di dubbio, ovvero il soggetto che neppure si rappresenta questa possibilità.

Ed è questo l'ambito in cui qualche modo si recupera una "soggettivizzazione" dell'addebito di responsabilità all'agente, dal momento che si introduce, nel campo di valutazione del giudice al fine della formulazione del giudizio di evitabilità dell'ignoranza, la **socializzazione dell'individuo**.

Nel primo caso (cioè se c'è dubbio), non potrà mai invocarsi l'inevitabilità dell'ignoranza della legge. A fronte del dubbio, il soggetto dovrebbe, infatti, o approfondire il proprio reperimento di informazioni, fino al punto in cui il dubbio lasci il posto ad una consapevolezza dell'illiceità o ad una piena convinzione nella liceità del comportamento, ovvero astenersi dall'agire, potendogli imputare in caso contrario una sorta di responsabilità modellata sul dolo eventuale, per avere accettato il rischio dell'illiceità delle proprie azioni e non essendo quindi meritevole di "scusa" rispetto alle stesse¹⁰⁰. In caso cioè di c.d. *dubbio irrisolto* la posizione della Corte è particolarmente rigorosa, imponendo l'astensione, e ammettendo a questa regola generale una sola eccezione; si tratta di quelle ipotesi in cui il dubbio irrisolto investa sia l'azione che l'omissione, cioè sia l'agire che il non agire. Il soggetto ritiene che attivandosi potrebbe commettere un reato, ma non attivandosi teme che potrebbe comunque commettere un reato, seppur diverso (ad esempio, il pubblico ufficiale che attivandosi commette abuso d'ufficio, non attivandosi commette omissione d'atto d'ufficio). In verità, si vedrà nel prosieguo, la figura del "dubbio irrisolto" si presta ad ulteriori, e non marginali, necessità di approfondimento.

Si consideri poi che il dubbio si atteggia in maniera diversa nelle ipotesi di reati omissivi propri. La migliore dottrina ha sostenuto, in maniera condivisibile, come un conto sia imporre al consociato un'astensione, a fronte del dubbio sulla liceità di una certa azione, un conto è imporre ad un soggetto di attivarsi rispetto al dubbio sull'esistenza di un obbligo di

¹⁰⁰ Sul ricondurre la categoria del "dubbio" entro la tematica del dolo eventuale Vd. GALLO, v. *Dolo*, Enc. Dir., XIII, Milano, 1964, 750.

agire. Si tratterebbe in questi casi di una imposizione davvero molto onerosa per i cittadini, costretti ad agire in caso di (ricordiamolo) dubbio invincibile sulla doverosità dello stesso¹⁰¹.

Quanto invece alla seconda ipotesi, e cioè il non essersi il soggetto neppure posto il problema, occorre una valutazione concreta alla luce dei parametri di accertamento, si desume dal testo, della colpa. Perché il soggetto neppure si è posto il dubbio della possibile illiceità dei suoi comportamenti? Quale è stato il percorso logico, quale la situazione di fatto?

Ed è qui che si introduce il tema della scarsa socializzazione: questa deve essere valutata dal Giudice, e se accertata può fondare la scusante. Sotto una duplice prospettiva: sia come causa dell'assenza di dubbio, sia come fonte dell'ignoranza del divieto in caso di reati “*sforiniti di disvalore sociale*”: vale a dire, di “reati artificiali”, relativamente ai quali, in assenza di strumenti socializzanti, è più difficile per l'agente cogliere il significato, appunto, giuridico delle proprie azioni (e non già significato ‘sociale’, trattandosi di reati a condotta ‘neutra’).

Questo il quadro di intervento della Corte Costituzionale con la sentenza del 1988. Sentenza storica, certo sentenza rivoluzionaria nella prospettiva dell'enfatizzazione del necessario riscontro della relazione subiettiva tra agente e fatto di reato, come carattere fondante un sistema criminale laico e democratico. Nell'affermazione del binomio legalità – colpevolezza come presupposti del sistema punitivo risiede la natura liberale, o quanto meno laica, del diritto penale: natura che, nella lettura degli interpreti, rappresenta la vera cifra e il punto di svolta della sentenza in esame¹⁰².

Ma sentenza con tante, tantissime ombre.

Anzitutto sul piano applicativo, posto che, ci sembra di poter affermare, maggiori effetti la sentenza ha avuto su altri fronti, con la rivisitazione (almeno parziale, per certi versi ancora in atto) delle ipotesi di imputazione oggettiva. La disciplina dell'errore di diritto, invero, poca fortuna ha avuto come scusante, quanto meno fino ad importanti e stimolanti aperture di fonte convenzionale che, parlando di legalità, si sovrappongono su tanti punti alla

¹⁰¹ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit..

¹⁰² Vedi PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 962 ss, dove si riconosce alla pronuncia della Consulta di avere “valorizzato, quale principio ricostruttivo del sistema penale, un modello genuinamente liberale dei rapporti Stato – cittadino”.

pronuncia della Corte Costituzionale, approfondendo ed attualizzandone i contenuti, pur con una etichetta diversa.

4. La sentenza n. 364 nella lettura della dottrina. Spunti di riflessione, e punti critici.

Infrangendo il dogma della irrilevanza *dell'ignorantia iuris*, la sentenza del 1988 ha assunto, in generale, il principio personalistico-garantista come pietra fondante del sistema penale¹⁰³. Essa ha costituito il punto di arrivo di un percorso caratterizzato da una progressiva “autonomizzazione” della colpevolezza dal dolo e dalla colpa, cioè dalla colpevolezza intesa come categoria del reato. Si tratta di una ‘pietra miliare’ nella via dello sviluppo progressivo dell’ordinamento giuridico che, come tale, ha informato di sé in maniera rilevante lo studio della ‘questione criminale’, non solo all’ambito penale ordinario in senso stretto. Si ricordi, infatti, come la sentenza è stata seguita, a distanza di pochi anni, da un’ulteriore pronuncia della stessa Corte Costituzionale che estendeva il principio della scusabilità dell’ignoranza inevitabile della legge all’ordinamento penale militare¹⁰⁴.

Allo stesso modo, la giurisprudenza oggi riconduce e applica la medesima disciplina dell’errore di diritto scusabile di cui all’art. 5 c.p. al campo degli illeciti amministrativi, in cui l’inevitabilità dell’ignoranza del precetto deve essere apprezzata “*alla luce della conoscenza e dell’obbligo di conoscenza delle leggi che grava sull’agente*”¹⁰⁵.

Si è trattato di un percorso segnato dal progressivo distacco del tema della conoscenza/conoscibilità del precetto rispetto al dolo (e alla colpa). Si tratta di un distacco rinvenibile sotto un triplice punto di vista: strutturale, contenutistico e d’essenza¹⁰⁶. *Strutturale*, perché la conoscenza e volontà (tratti caratteristici quanto meno del dolo), ben si differenziano dalla “conoscibilità” della legge. *Contenutistico*, perché i due elementi hanno

¹⁰³ MANTOVANI, *Ignorantia Iuris scusabile ed inescusabile*, cit., 387.

¹⁰⁴ Si tratta della sentenza C. Cost. 24 febbraio 1995, n. 61, che dichiarava l’illegittimità, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., dell’art. 39 c.p.m.p., “*nella parte in cui non esclude dall’inescusabilità dell’ignoranza dei doveri inerenti allo stato militare l’ignoranza inevitabile*”, in Foro it., 1995, II, 2054, con nota di BRUNELLI, *L’ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell’art. 39 c.p. mil. pace: nuovi spazi per l’imputazione dolosa della ‘culpa iuris’?*.

¹⁰⁵ In questi termini Cass. Civ., Sez. VI – 2, 1 settembre 2014, n. 18471.

¹⁰⁶ PALAZZO, v. *Ignoranza della legge*, cit., 128.

oggetti del tutto diversi: il dolo e la colpa riguardano gli elementi naturalistici del fatto, mentre l'*error iuris* riguarda la tipicità e (in misura minore, come vedremo) il disvalore giuridico. *Essenziale*, perché la rimproverabilità giuridica presuppone, secondo lo schema dell'*ignorantia iuris*, almeno la possibilità di conoscenza della “norma” (da intendersi, si vedrà, come concreta regola giuridica, sviluppo interpretativo e applicativo della mera disposizione di legge¹⁰⁷).

Il dato di base da cui partire per una analisi della disciplina dell'*ignorantia legis*, così come maturata dalla pronuncia della Corte Costituzionale e arricchita oggi dall'orizzonte convenzionale, è una sostanziale discrasia e contraddittorietà entro la sentenza, tra le argomentazioni sistematiche e le conclusioni cui essa perviene quando si tratta di trarre le conclusioni, cioè di enucleare delle macro-ipotesi in cui si possa parlare di ignoranza della legge inevitabile e, quindi, scusabile.

Il dato di partenza, come visto, è dato dalla colpevolezza come principio, nel senso di enfatizzare una lettura organica, laica e democratica della Costituzione e dei valori in essa espressi (desumibili da un combinato di disposizioni costituzionali, cioè artt. 2, 3, 25, 27, 73). Si giunge alla conclusione che la legittimazione (e anche il senso) della punizione deriva da uno stretto rapporto subiettivo tra reato e autore. Questo il senso della statuizione di principio per la quale, per aversi responsabilità e quindi punibilità, è necessaria almeno la colpa con riferimento a tutti gli elementi più significativi della fattispecie¹⁰⁸.

Il principio, approfondito nel proprio precipitato applicativo dalla successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 1085 del 1988, implica che il principio di colpevolezza debba investire tutti gli elementi che concorrono a contrassegnare il *disvalore* della fattispecie, in quanto senza dolo o colpa rispetto a tali elementi la condotta del soggetto agente non potrebbe essere oggetto di rimprovero¹⁰⁹.

Ma poi, quando si tratta di enucleare delle ipotesi di *ignorantia legis* scusabili, la Corte disattende quanto affermato in precedenza, affermando che l'inevitabilità dell'ignoranza

¹⁰⁷ Sulla distinzione fra disposizione e norma vd. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 89.

¹⁰⁸ MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, cit., 388. Da ciò la progressiva censura delle ipotesi di responsabilità oggettiva sparse per l'ordinamento penale, quali la modifica dell'art. 59 c.p. sull'imputazione oggettiva delle circostanze aggravanti del reato, o ancora la modifica dell'art. 609 *sexies* c.p., nel senso di escludere la responsabilità per i reati sessuali nel caso di ignoranza incolpevole dell'età della persona offesa dal reato. V.

¹⁰⁹ PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Giappichelli, 2008, 67 ss. Il successivo dibattito dottrinale si svolse quindi nella direzione di valutare quali elementi della fattispecie fossero da considerare ‘significativi’ e quindi coperti dal requisito subiettivo minimo di cui alle citate sentenze della Corte Costituzionale. La significatività, per lettura abbastanza univoca della letteratura, ruota attorno all'*offesa*, da un lato, e alla *riconoscibilità*, dall'altro. In questo senso, vedi anche PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 706.

della legge non si può valutare su caratteri propri del soggetto agente, bensì che questa debba essere valutata in senso oggettivo (secondo criteri oggetti “puri” o “misti”), cioè considerando l’ignoranza inevitabile solo nella misura in cui questa sia tale per tutti i consociati.

Ferme restando, a chiusura, talune competenze specifiche del soggetto, che devono essere considerate: ma si parla sempre di competenze *in più* del soggetto rispetto ai consociati, che *alzano* il grado di esigibilità nel corretto adempimento al dovere di informazione, restringendo quindi la possibile sussistenza di una ignoranza inevitabile.

E che fine ha fatto quindi il rapporto subiettivo tra autore e reato? Che fine ha fatto la rimproverabilità concreta dello specifico soggetto/autore per il fatto di reato di specie, per il quale è richiesta almeno la colpa con riferimento a tutti gli elementi più significativi?

L’impressione, che troverà spazi interessanti di riflessione alla luce del diritto convenzionale, è che la Corte Costituzionale, nel 1988, avesse timore di “fare il passo più lungo della gamba”. Non si voleva cioè “aprire” il sistema a sviluppi imprevedibili. Si afferma un principio ma gli si toglie quasi subito portata applicativa, perché si sposta il discorso su un piano che non riguarda il rapporto subiettivo tra reato e autore.

Parla la Corte di (i) assoluta oscurità del dato normativo, (ii) gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giurisprudenziali, (iii) altre particolari, positive circostanze di fatto per le quali sia oggettivamente imprevedibile l’illiceità del fatto.

Ed è difficile mettere insieme, rapportare, queste ipotesi con le più ampie argomentazioni strutturali e sistemiche spese dalla Corte nella prima parte della sentenza. Analizzeremo poi, partitamente, le tre ipotesi indicate dalla Corte; si anticipi però che con riferimento alle ipotesi sub. (i) e (ii), ciò che fa difetto è, ancora e prima che entri in scena il soggetto persona fisica che commette il fatto di reato, la stessa previsione punitiva, per violazione del requisito di riconoscibilità.

A livello più “concettuale”, si consenta il seguente ragionamento: come può ricondursi al rapporto subiettivo reato/agente un elemento (quale l’assoluta oscurità del testo normativo, ma anche l’atteggiamento caotico della giurisprudenza) che vale indiscriminatamente per *tutti* i consociati? Certo, valendo per tutti, vale anche per *quel* particolare agente. Se il testo è oscuro per tutti i consociati, lo è anche per lo specifico consociato. Quando toccherà a lui venire alle prese con quella norma, il problema da generale diventerà particolare, perché riguarderà lui, nello specifico. Ma è un percorso logico debole, perché è evidente che il problema è a monte, e cioè che la norma è oscura, quale che sia il consociato che, casualmente, ne entri in contatto.

Il problema risiede quindi nel rapporto tra la norma e l'insieme dei consociati, cioè l'ordinamento. È un problema che si sviluppa al di sopra dei singoli: la norma infatti che sia "totalmente oscura" non potrà applicarsi a nessuno, e pertanto è essa stessa illegittima per carenza di tassatività, di determinatezza o di precisione. Il fraintendimento di base, insomma, sarebbe nel senso che *"facendosi questione di colpevolezza, si postula la permanenza del precetto che, a sua volta, presuppone l'esistenza di un qualche concreto destinatario"*¹¹⁰. E neppure aiuta, a superare questo impasse, il "correttivo" postulato in seguito dalla Corte, per cui l'inevitabilità dell'ignoranza o dell'errore devono tenere conto di particolari competenze o conoscenze del soggetto agente. Quale competenza o conoscenza potrebbe infatti mai superare, vincendola, *l'assoluta oscurità del dettato normativo?*

La riconoscibilità infatti, articolata o meno che sia, a seconda delle varie teorie su questo punto, tra 'precisione', 'determinatezza' e 'tassatività', nasce sul piano politico-garantista proprio per limitare l'area della punizione a quanto espressamente previsto, a conferma del principio di civiltà per il quale la libertà è la regola e la pena è l'eccezione: ma che libertà potrà esserci per un soggetto che non può sapere dove stia il confine tra il lecito e l'illecito?¹¹¹

La norma che presentasse queste caratteristiche prima ancora che "inopponibile" ad un soggetto, che non è da considerarsi colpevole, è illegittima per l'intero ordinamento. La rilevanza dell'*ignorantia iuris* "scatta in presenza di situazioni di obiettiva carenza dell'ordinamento che si assume non debbano esistere per dettato costituzionale"¹¹².

Questa affermazione, sembrata forse "drastica" nel momento in cui veniva formulata, trova oggi tante conferme nello sviluppo del diritto convenzionale¹¹³, e si ricava del resto dagli stessi argomenti di principio della Corte Costituzionale che sopra si sono sintetizzati. La Corte tratteggia l'equilibrio tra le "componenti" dell'ordinamento immaginando da un lato un ordinamento che si sforza di assemblare un corpo di precetti riconoscibili, rispettando quindi dei canoni di precisione nella redazione normativa (rivolto al Legislatore), coerenza applicativa (rivolto alla giurisprudenza) e interpretativa (rivolto anche alle pubbliche amministrazioni, nelle quali il consociato fa e deve poter fare affidamento); dall'altra parte il cittadino che, in attuazione di un obbligo di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., ha il dovere di informarsi, di attivarsi, di conoscere la legge.

¹¹⁰ STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1325.

¹¹¹ MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, cit., 60-61.

¹¹² STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1326.

¹¹³ Vd. *infra* Cap. II.

5. Il dovere di informazione.

L'adempimento del dovere di informarsi è quindi presupposto per l'applicazione della scusante dell'*error iuris*: se nonostante aver adempiuto al dovere, rispettando i canoni di diligenza previsti in questo ambito (visti sopra, con un'asticella che la giurisprudenza pone più in alto rispetto all'ordinario accertamento della colpa), il soggetto verte ancora in stato di ignoranza, o di errore, allora l'ignoranza (o l'errore) sono inevitabili e quindi scusati¹¹⁴.

Il dovere di informarsi è strettamente correlato allo svolgimento di attività normate. Nel momento in cui l'agente intende compiere una certa attività, è suo dovere, appunto, informarsi sul perimetro di liceità relativo a quell'attività che intende compiere¹¹⁵.

Come visto, il dovere di informarsi è la contropartita, di matrice contrattualistica, rispetto al dovere dello Stato di rendere l'ordinamento e le sue leggi riconoscibili per il consociato: si tratta non solo di un dovere di carattere normativo (che la Corte riconduce implicitamente ad ogni fattispecie di reato), ma anche di una "etica della responsabilità", la cui infrazione legittima, *ab origine*, la pena¹¹⁶.

La verifica dell'adempimento del dovere di informazione si articola su due diversi piani:

- (i) in un primo momento si verifica il *quantum* di diligenza posto in essere dall'agente, nel senso di cercare con maggiore o minore solerzia di ricostruire con la migliore precisione la cornice giuridica del proprio campo di azione. Si tratta di una dimensione prettamente *quantitativa*, per cui il soggetto adempie al dovere di informazione se si attiva in questo senso e, si può dire, pone in questo sufficiente "sforzo".

¹¹⁴ La ricostruzione in termini essenzialmente cautelari e colposi della valutazione della scusabilità dell'*error iuris*, anche in Cass., Sez. III, 21 maggio 2013, n. 38335, per cui "*per il comune cittadino tale condizione è sussistente, ogni qualvolta egli abbia assolto, con il criterio dell'ordinaria diligenza, al cosiddetto "dovere di informazione", attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento, per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia*".

¹¹⁵ Così ad esempio, in giurisprudenza, vedi Cass., 17 aprile 2014, n. 36707. Il caso di specie i ricorrenti erano stati condannati per avere esercitato attività di caccia entro l'area del Parco Nazionale dell'Alta Murgia. Nel contesto di una non chiara normativa regionale che si sovrapponeva a quella nazionale nell'estendere l'area di divieto di caccia entro i 100 metri dal perimetro del parco (previa segnalazione tabellare), la Corte sosteneva come gravi "*su chi esercita la caccia l'individuazione dei confini dell'area protetta all'interno della quale si configura il reato di cui alla L. n. 157 del 1992, art. 30*". Ancora Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2012, n. 6405, sull'obbligo per il conducente di autoveicolo di conoscere le norme del codice della strada (nella specie, la circostanza che il cartello di 'inizio centro abitato' corrisponde all'inizio del limite di velocità urbano di 50 km/h);

¹¹⁶ DONINI – RAMPIONI, *Il principio di colpevolezza*, cit., 302.

- (ii) Vi è poi un secondo momento di natura, invece, *qualitativa*, per il quale non è solo richiesto al soggetto di “sforzarsi” per ricostruire il dato giuridico, ma anche di capirlo.

Un punto interessante è verificare come il dovere di informazione, in entrambe le sue dimensioni, qualitativa e quantitativa, si declini in modo diverso in funzione di chi ne sia il destinatario.

Lo standard è differenziato anzitutto, già a partire dalla dottrina ma con ricadute anche applicative in giurisprudenza, tra soggetti “esperti” e “profani”. In questo senso è infatti Cass., SS. UU. 10 giugno 1994, Calzetta¹¹⁷, per cui il dovere di informazione (il cui assolvimento è condizione per il giudizio di scusabilità dell’ignoranza della legge) è assolto ogni qual volta il cittadino abbia svolto “*qualsiasi utile accertamento*”, per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia. Tale obbligo, per la giurisprudenza di legittimità citata, è “particolarmente rigoroso” per coloro che “*svolgono professionalmente una determinata attività*”, i quali risponderanno anche per colpa lieve per errori nello svolgimento dell’indagine giuridica a loro richiesta. Il punto è ormai costante nella giurisprudenza di legittimità, ed è a più riprese confermato anche in recenti sentenze¹¹⁸.

A ciò si riconduce un altro tema ricorrente nella giurisprudenza di legittimità, ovvero che taluni soggetti, in virtù della funzione che svolgono, rivestono una posizione di garanzia di tipo pubblicistico, nel senso di collettivo. Questo giustificherebbe, per costoro, una pretesa di conoscenza della legge in cui lo spazio scusante di errori è ancora più limitato che per i soggetti comuni, impiegati in attività comuni. Tanto si è affermato, ad esempio, a proposito dei vertici bancari, con riferimento alla conoscenza della normativa extra-penale sul calcolo dei tassi – soglia dell’usura, nell’erogazione del credito¹¹⁹.

¹¹⁷ In Foro It., 1995, II, 154 ss, con nota di BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell’ignorantia legis*.

¹¹⁸ Vedi Cass., sez. III, 21 maggio 2013, n. 38335, per cui l’obbligo di informazione è particolarmente rigoroso “*per tutti coloro che svolgono professionalmente una determinata attività, i quali rispondono dell’illecito anche in virtù di una "culpa levis" nello svolgimento dell’indagine giuridica. Per l’affermazione della scusabilità dell’ignoranza, occorre, quindi, che da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale, l’agente abbia tratto il convincimento della correttezza dell’interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto*”. Così anche in Cass., Sez. II, n. 46669/2011, vd. nota seguente; Cass., Sez. III, 5 aprile 2011, n. 35694; Cass., Sez. III, 10 marzo 2011, n. 18896, in tema di operazioni sotto copertura della polizia giudiziaria e sull’obbligo di diligenza per l’operante di conoscere con diligenza i limiti al proprio operato insiti in tale attività; Cass., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32069, in tema di regolamentazione europea, di cui al Reg. CE 30/05/2001 n. 1047, sui titoli di importazione e gestione dei contingenti tariffari per l’importazione di aglio da terzi paesi;

¹¹⁹ Così Cass., Sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669: i presidenti di consigli di amministrazione di istituti di credito non possono invocare l’inevitabilità dell’errore sulla legge penale ex art. 5 (relativa alla legge extra-penale – integratrice sulla determinazione del tasso di usura), svolgendo attività in uno specifico settore rispetto al quale gli organi di vertice hanno il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa esistente, essendo loro

In un'altra recente sentenza delle Sezioni Unite (adite tuttavia per una diversa questione di diritto) si specifica con chiarezza la distinzione nell'accertamento della inevitabilità dell'ignoranza della legge per il cittadino comune, impegnato in un'attività comune, rispetto al soggetto impegnato in un'attività 'qualificata'¹²⁰. Per il cittadino comune, infatti, sfornito di specifiche competenze, il dovere di conoscenza si adempie "*con ordinaria diligenza, attraverso la corretta utilizzazione dei mezzi di informazione, di indagine e di ricerca dei quali disponga*". Sono invece considerati soggetti 'abili' coloro che svolgono "*un'attività rispetto alla quale ha il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa esistente*"; non si tratta invero di una formulazione felice, perché sembra supporre che ci siano invece attività che possono essere svolte senza un dovere di informarsi con diligenza. Circostanza, questa, che non trova alcun fondamento nel diritto vivente, nel senso che non si riscontrano precedenti in cui l'ignoranza della legge sia scusata in virtù di un 'basso' livello di diligenza richiesto, in concreto, all'agente.

Fatto sta che tali soggetti 'qualificati', chiunque essi siano, sono tenuti "*alla puntuale conoscenza e osservanza (anche attraverso la scelta e l'ausilio di collaboratori competenti) delle normative correlate allo svolgimento della attività imprenditoriale*"¹²¹.

Il tema di indagine, a questo punto, è capire chi siano questi soggetti 'qualificati', e quali siano le coordinate per svolgere, nei loro confronti, la verifica dell'adempimento del dovere di informazione.

Occorre verificare a quali categorie, in concreto, il diritto vivente attribuisca, in virtù di qualità e (si intende) competenze specifiche, un onere di informazione più elevato. E, ancora, se lo standard di accertamento (evidentemente basato su un modello teorico di riferimento), sia diverso (in positivo o in negativo) rispetto all'*homo eiusdem condicionis et professionis* proprio della responsabilità colposa.

Quanto a questo secondo aspetto, la risposta sarebbe positiva, nel senso che la giurisprudenza invoca uno standard di diligenza molto rigoroso, prevedendo responsabilità anche per "*culpa levis*". Il dato si giustificherebbe con l'essere la scusabilità dell'*ignoranza legis* vista come un'eccezione al generale principio della irrilevanza della conoscenza dell'illiceità. In questi termini si è del resto espressa la dalla Corte Costituzionale che, a parere nostro, per quanto abbia proiettato il tema in una ampia dimensione di principio,

attribuiti, dai relativi statuti, poteri sull'erogazione del credito, ed avendo quindi una posizione di garanzia in questo senso.

¹²⁰ Vedi Cass. pen., SS.UU., ud. 28 marzo 2013, n. 37425.

¹²¹ Cass. pen., SS. UU., ult. cit.

fondandovi la “riscoperta” del principio di colpevolezza, ha argomentato la “chiosa” all’articolo 5 come una strettissima finestra di difficile percorribilità, ma necessaria per ridare coerenza all’ordinamento e, appunto, informare tutto il sistema ad una riscoperta del collegamento subiettivo tra reato e autore. Si è già avuto modo di osservare come, in verità, parlare di diversi standard di accertamento per i soggetti “comuni” e per i soggetti “qualificati”, sia più questione di stile che di sostanza. Una rassegna giurisprudenziale sul tema consente di riscontrare il seguente dato: nei casi in cui l’imputato è un soggetto ‘qualificato’, la sentenza fa riferimento al maggiore onere informativo e ad uno standard di diligenza più alto. Non si riscontrano però casi in cui, essendo imputato un soggetto “comune”, il Giudice rappresenti come il suo onere di diligenza sia più lieve, scusando quindi l’ignoranza anche in caso di colpa lieve nell’adempimento del dovere informativo¹²². Quanto al primo invece dei problemi sollevati, e cioè a chi spetti la qualifica di “esperto” rilevante per il diametro dell’accertamento “colposo” sulla violazione del dovere di informazione¹²³, questi sarebbero, nella lettura della giurisprudenza sopra richiamata, coloro che tali sono per motivi professionali. Cioè che esercitano una professione. Maggiori sarebbero per questi soggetti la capacità di reperire informazioni, sia la possibilità di richiedere il parere a soggetti qualificati¹²⁴.

Taluni obiettano come entro questa categoria di “esperti”, per i quali il dovere di informazione si atteggia in maniera particolarmente rigoroso, vadano *esclusi* i meri tecnici della materia interessata, e ne vadano invece *inclusi* i soli tecnici “giuridici”¹²⁵. Infatti, sarebbero le sole conoscenze giuridiche dell’agente ad aumentarne la capacità di accedere alle fonti e di comprendere il precetto, dovendo supporre che per i non-tecnici del diritto siano invece precluse, se non entro spazi molto limitati, la stessa consultazione della legge ovvero della giurisprudenza, svuotando quindi di senso il maggiore standard di diligenza a loro imposto.

¹²² Vedi note precedenti.

¹²³ Accertamento da compiersi secondo un procedimento “bifasico” tipico dell’accertamento della colpa, ricostruendo dapprima, su un piano oggettivo e causalistico, la rosa di condotte dotate di efficacia impeditiva dell’errore di diritto (nel senso di reperimento di informazioni, richiesta di pareri, ecc.), seguendo poi una fase tesa a soggettivizzare il rimprovero dell’ignoranza della legge, considerando quindi condizioni particolari, personali del soggetto (vd. PALAZZO, voce *Ignorantia legis*, Digesto, 142).

¹²⁴ Vedi anche sul punto MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, cit., 301-302.

¹²⁵ BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., 182: “ [...] a noi pare che la distinzione tra esperti e profani debba essere colta soprattutto con riferimento alle conoscenze giuridiche possedute dal soggetto agente, con la conseguenza finale che soggetti esperti rispetto ai quali aumentano le condizioni di affidabilità della fonte qualificata sono tutti coloro che costituiscono una possibile fonte di consultazione e quindi, in definitiva, i consulenti legali latamente intesi e gli appartenenti agli organi della pubblica amministrazione”.

Il ragionamento non ci sembra condivisibile. La giurisprudenza, sopra richiamata, specifica come il maggiore standard di diligenza richiesto a talune categorie, si giustifichi sia per le maggiori competenze proprie dell'agente (tra cui anche eventuali competenze giuridiche), sia per la possibilità di costoro di rivolgersi ad altre persone, in veste di consulenti qualificati. L'essere l'agente un non-tecnico del diritto, quindi, non è scusante, nella misura in cui avrebbe potuto rivolgersi ad un consulente.

Quale che sia l'ambito soggettivo di applicazione, l'inasprimento del dovere di informazione, o meglio dello standard di adempimento allo stesso, per i soggetti particolarmente qualificati, ha suscitato non poche critiche in dottrina. Questo "standard differenziato" vale anche, come si vedrà, con riferimento ai criteri oggettivi c.d. misti, cioè quelli che derivano ad esempio da un errato parere di diritto proveniente dalla pubblica amministrazione qualificata. Si ritiene di aderire sul punto a quanti criticano questo dato, nel senso dell'essere questo in contrasto con un generale criterio di esigibilità riconosciuto dall'ordinamento. Non pare conforme a giustizia, infatti, che un soggetto qualificato, solo perché qualificato, venga leso nel proprio diritto all'affidamento nel parere che gli giunge dagli organi tecnici, e quindi competenti, della pubblica amministrazione: *"anche il consociato jusperito ha diritto all'affidamento che oggettivamente quel parere offre"*¹²⁶. Un problema di discriminazione, evidentemente. Il tema è già stato accennato, e verrà ripreso oltre.

La stessa evoluzione del sistema criminale pone il problema di un aumento del rischio penale in funzione di caratteri sociali degli individui interessati. Tradizionalmente il rischio era inversamente proporzionale rispetto alla 'scala sociale', aumentando quindi verso il basso, ma l'aumento della regolamentazione delle attività tecniche ha comportato un aumento delle posizioni di garanzia, e quindi di responsabilità, verso l'alto, cioè verso soggetti più qualificati e dai quali quindi l'ordinamento più esige.

In questi termini, negare la scusante dell'ignoranza della legge equivale ad addossare al soggetto una responsabilità modulata secondo i canoni dell'**omissione impropria**; riconoscere l'ignoranza della legge come "evitabile" significa riconoscere che, se il soggetto si fosse correttamente attivato, l'ignoranza, o l'errore, sarebbero stati evitati.

¹²⁶ STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale.*, cit., 1335.

In questi termini, è quindi necessario procedere alla ricostruzione causale dell'evitabilità, nel senso che, con un giudizio controfattuale, occorre individuare il comportamento alternativo che, se tenuto, avrebbe consentito di evitare l'errore.

Occorre premettere però, da subito, una considerazione. Se il testo normativo è oscuro, ovvero la giurisprudenza è del tutto caotica, nessun comportamento "diligente" dell'agente ne avrebbe impedito l'errore. L'aver la Corte, in sintesi, ristretto le cause di ignoranza inevitabile alle sole ipotesi c.d. oggettive o oggettive – miste, ha in larga parte svuotato di significato il "doppio standard" di diligenza richiesto nell'adempimento del dovere di informazione.

Intendendo, in ogni caso, modulare un giudizio controfattuale, certo occorre soggettivizzare la gamma dei possibili comportamenti alternativi che l'agente avrebbe potuto tenere, considerando le sue specifiche condizioni o caratteristiche. Occorre valutare, *in primis*, il suo livello sociale, culturale o professionale, per comprendere quanto avrebbe potuto (i) porsi il dubbio sull'esigenza di informarsi e (ii) sottoporre a vaglio critico le informazioni raccolte, ovvero elaborare una ragionevole e fondata convinzione sulla liceità/illiceità del proprio comportamento.

Il parametro di valutazione è l'ignoranza colpevole, nel senso di ignoranza dovuta a colpa.

A ciò conseguono due ragionamenti.

Il primo è che, in linea con il principio del "almeno la colpa con riferimento agli elementi più significativi del reato", in tema di *error iuris* l'ordinamento si accontenta della colpa, anche con riferimento a fattispecie di reato dolose.

Il secondo, è che il giudizio di conoscibilità, secondo il procedimento inferenziale che sopra si è detto, è articolato sugli ordinari canoni della colpa¹²⁷, nel senso sia di violazione di una regola cautelare, sia di rimproverabilità dell'agente rispetto al fatto concreto.

La Corte Costituzionale, come visto, articola il dovere di informazione in via strumentale rispetto al precetto. L'introduzione di una disposizione di legge (di carattere penale) comporta due obblighi: quello stabilito dal precetto, nonché quello per il cittadino di comprendere, informandosi con diligenza, gli esatti confini del consentito/non consentito.

¹²⁷ Vd. su questi aspetti MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 230.

Il giudizio di evitabilità dell'ignoranza significa, fondamentalmente, un giudizio sulla possibilità che, attivandosi con diligenza, il soggetto possa “apprendere” quale sia il perimetro del campo d'azione consentito. È sul dovere di informazione che si basa la valutazione sulla colpevolezza, anche in termini di rimproverabilità, del soggetto agente.

Presupposto logico è la riconoscibilità della legge, cioè la conoscibilità astratta del precetto. Passo successivo nell'accertamento della colpevolezza dovrebbe essere la valutazione dell'aver il cittadino adempiuto al dovere di informazione. I canoni per l'accertamento, come già detto, sono quelli della colpa: si individua cioè un agente modello di riferimento (modellabile in funzione delle caratteristiche soggettive dell'agente) e lo si sovrappone al comportamento effettivamente tenuto, per verificare se vi è stata violazione della regola cautelare.

Il primo momento, corrispondente alla c.d. dimensione oggettiva della colpa, consisterà nella violazione delle regole cautelari di condotta, impeditive dell'ignoranza o dell'*error iuris*.

Per elaborare la regola cautelare si farà riferimento alla figura dell'agente modello, nella prospettiva dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, definendo i comportamenti tenendo i quali è “evitabile” tale ignoranza o errore¹²⁸. Le regole andranno infatti “individualizzate” in rapporto al tipo di attività, nel senso che il livello di informazione dovrà essere proporzionato al diverso grado di complessità dell'attività: quanto più è complessa l'attività da intraprendersi, tanto più l'informazione deve essere *approfondita e qualificata* nelle fonti informative¹²⁹.

Si tratta quindi, in prima battuta, di una valutazione *normativa*. Il dovere di informarsi sarà assolto, si badi bene, non quando avrà portato all'avere la persona compreso perfettamente l'ambito di liceità nel quale muoversi, ma quando sarà di per sé stesso considerato coerente con lo standard cautelare richiesto.

L'adempimento del dovere di informazione, occorre considerare come nella dimensione ‘vivente’ dell'interpretazione, cioè nel formante giurisprudenziale, lo standard cautelare

¹²⁸ MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, cit., 393.

¹²⁹ Il dato dell'innalzamento dello standard cautelare in funzione del tipo di attività svolta è presente nella stessa motivazione della sentenza 364/1988, laddove si rappresenta come “l'ignoranza delle norme incriminatrici dei c.d. reati di pura creazione legislativa, tenuto conto del loro sempre crescente numero e del relativo ‘più intenso’ dovere di conoscenza da parte dei soggetti che operano nei settori ai quali tali norme appartengono, si rivela, di regola, inescusabile”. In questo senso è sempre MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile e inescusabile*, 393; vedi anche in maniera conforme PALAZZO, *L'ignoranza della legge penale*, 143.

richiesto è molto elevato, e il campo di operatività della scusante dell'art. 5 c.p è molto ristretto¹³⁰.

In un modello *veramente* ispirato al principio colpevolezza, qualsiasi ipotesi di errore che residuasse da tale diligente accertamento sarebbe un errore inevitabile, e quindi scusabile. Come si è già accennato, l'impostazione però della Corte Costituzionale, che enuclea poi dei canoni di accertamento dell'evitabilità dell'errore di diritto 'oggettivi', (c.d. oggettivi puri ovvero c.d. oggettivi misti), riduce grandemente questa prospettiva, perché sposta in ogni caso "altrove" la verifica finale dell'evitabilità o meno dell'ignoranza/errore del divieto penale¹³¹.

La misura "oggettiva" della colpa, si diceva, cioè la conformità o meno al modello cautelare di riferimento, andrà infatti poi 'soggettivizzato' al fine di verificare la concreta esigibilità del comportamento alternativo lecito da parte dell'agente, nel senso di verificare situazioni o circostanze fattuali.

Occorre però mettere chiarezza sulla progressione di come deve essere svolta la verifica sulla rimproverabilità colposa nello specifico settore dell'*error iuris*.

Il punto di partenza, cioè la c.d. dimensione oggettiva della colpa, con la predisposizione di un modello cautelare di riferimento, attiene soprattutto al dovere di *raccogliere* informazioni, nonché alla successiva *comprensione* di quelle informazioni raccolte.

Il secondo '*step*' di questo accertamento, cioè quello riconducibile entro la c.d. dimensione soggettiva di una eventuale responsabilità colposa, ha ad oggetto l'attività di 'vaglio' o 'filtro' psicologico che il soggetto (quel soggetto, e non più l'agente modello di riferimento) avrebbe potuto svolgere rispetto alle informazioni acquisite. Ha ad oggetto, in sostanza, l'esigibilità concreta del diverso comportamento lecito.

Mentre è oggettivo, perché conforme al dovere cautelare di riferimento, il dato di cosa il cittadino debba fare per informarsi, in funzione delle condizioni nelle quali opera (secondo cioè il modello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* – e **in questa parte** della valutazione colposa viene già recepito, si ritiene, il particolare standard, indicato anche dalla Corte Costituzionale, relativo a determinate professioni o settori di attività), ci possono essere particolari circostanze, ultronee rispetto al modello cautelare di riferimento, per le

¹³⁰ In questo senso Cass., Sez. III., 10 giugno 2014, n. 36852, dove si afferma come perché operi la scusante "è necessario che dagli atti del processo risulti che l'agente abbia fatto tutto il possibile per uniformarsi alla legge, sicché nessun rimprovero, neppure di semplice leggerezza, gli possa essere mosso, e che, pertanto, la violazione della norma sia avvenuta per cause del tutto indipendenti dalla sua volontà".

¹³¹ Sullo specifico punto vedi nel prosieguo, entro il presente capitolo.

quali il soggetto avrebbe dovuto vagliare in maniera differente il ‘patrimonio’ informativo acquisito a valle delle regole di condotta formulate come standard cautelare.

Quanto a questo secondo profilo, che attiene quindi alla concreta esigibilità della conoscenza della legge, c’è chi ha criticato la possibile tendenza ad ‘alzare’ il livello di esigibilità per determinate categorie di soggetti qualificati, richiedendogli un maggiore sforzo interpretativo del significato legale dei dati acquisiti¹³².

La questione rientra nella tradizionale tematica dell’ammissibilità, entro il giudizio di esigibilità, e cioè della rimproverabilità soggettiva, di caratteristiche proprie del soggetto agente che ‘alzino’, e non che invece ‘abbassino’, lo standard comportamentale richiesto con la formulazione della regola cautelare, sotto forma dell’agente modello¹³³.

Ma invero, a ben rifletterci, la questione si pone in queste circostanze in termini diversi. Si consideri infatti che (in continuità con la ‘strada’ segnata dalla Corte Costituzionale) il privato, particolarmente perito, dovrebbe ‘dispiegare’ tutto il suo bagaglio di competenze per filtrare un ‘dato’ particolare, ovvero un dato proveniente da una fonte particolare. Riferendoci alla casistica elaborata dalla Consulta, e limitando il ragionamento alle ipotesi di inevitabilità c.d. oggettive miste, e cioè le uniche in cui il soggetto privato ‘ci mette del suo’, ci si riferisce ai pareri qualificati della pubblica amministrazione, ovvero precedenti assoluzioni per fatti analoghi o contrasti giurisprudenziali.

Ebbene la misura soggettiva della colpa, cioè la rimproverabilità, deve quindi essere valutata sull’esigibilità per il soggetto privato di discostarsi dai pareri o provvedimenti della p.a., piuttosto che da precedenti provvedimenti giurisdizionali, perché capisce che sono giuridicamente erronei, cioè gli suggeriscono una interpretazione giuridica sbagliata.

Ma a questo punto viene in gioco un altro e diverso elemento da considerare, e cioè il **principio di affidamento**. Il privato in queste ipotesi si affida all’interpretazione, alla prospettazione della realtà giuridica fornitagli, rispettivamente, dalla pubblica

¹³² STORTONI, *L’introduzione nel sistema penale*, 1335.

¹³³ Sul tema della valutazione della misura soggettiva della colpa, e quindi della formulazione del giudizio di esigibilità, vedi CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi di diritto penale – parte generale*, 2010, 322-323, per il quale il diritto penale non può esigere sempre e comunque, da coloro che si collocano al di sopra del livello ‘normale’, l’integrale sfruttamento di siffatte doti eccezionali: si consideri in questo senso il caso di scuola per cui al pilota di Formula 1 non sarebbe tenuto ad usare, nella guida di tutti i giorni, tutto il proprio bagaglio di maggiori competenze, ma dovrà essere valutato in funzione della figura di riferimento cautelare dell’automobilista ‘medio’, calato nel caso di specie.

Sulla funzione delle misure oggettiva e soggettiva della colpa per (i) descrivere l’illecito colposo e (ii) rimproverarlo all’agente concreto, vedi GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, 2012, 25.

amministrazione o da un giudice; cioè da figure istituzionalmente preposte all'interpretazione della legge.

è stato sostenuto, naturalmente, che anche lo Jusperito avrebbe diritto di fare affidamento sull'informazione pervenuta dalla fonte qualificata, e nei suoi confronti non è quindi esigibile discostarsi da quelle informazioni, cioè da quella interpretazione¹³⁴.

Si consideri del resto sul punto come le condizioni soggettive dell'agente, tali da far divergere il giudizio di concreta esigibilità rispetto al modello cautelare adottato come standard (c.d. agente modello), vengano, e debbano, di solito essere considerate *in bonam partem*, per l'iniquità insita nel punire un soggetto quando vi sia incompatibilità fra la pretesa d'obbedienza e la situazione concreta¹³⁵. Utilizzare la categoria dell'esigibilità per chiedere, invece, 'di più' all'agente, rispetto al modello cautelare standard, è un procedimento che si discosta rispetto all'ordinaria disciplina della colpa¹³⁶.

Ma ancora, il tema del "se", e "come", le maggiori competenze o conoscenze (giuridiche) del soggetto agente debbano rilevare in tema di *error iuris*, si presta ad una serie di altre considerazioni. Ci possono essere cioè una serie di alternative rispetto al valorizzare quei dati sul piano dell'esigibilità, e quindi sulla rimproverabilità, sulla valutazione delle informazioni acquisite.

Anzitutto una possibilità è quella di aderire all'impostazione che vede le caratteristiche soggettive dell'agente valorizzate non solo 'a valle' della violazione cautelare, sul piano cioè dell'esigibilità, bensì già 'a monte', nel processo di formazione della regola cautelare¹³⁷. Ovvero, nell'elaborare la figura dell'agente modello andrebbero utilizzate circostanze precise e analitiche che attengono alle caratteristiche proprie del soggetto: vi sarebbero quindi una pluralità di agenti modello, nell'ambito dello stesso *genus* di operatori, ognuno che rispecchia soggetti aventi diversi livelli di competenze, conoscenze, abilità: vale a dire, diverse concrete capacità di evitare il realizzarsi dell'evento (nella *culpa facti*), ovvero

¹³⁴ In questo senso STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale*, 1335, che sottolinea "l'inaccettabilità teorica secondo cui occorrerebbe pretendere dal consociato un comportamento in antitesi con quello che la pubblica amministrazione specificamente preposta all'applicazione della norma ed alla sua interpretazione suggerisce".

¹³⁵ PULITANÒ, *L'errore*, cit., 453.

¹³⁶ CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *L'Indice penale*, 29, nel quale si rappresenta infatti come la misura soggettiva della colpa sia proprio strutturata come valutazione per 'restringere' l'area del rimprovero penale rispetto al campo della violazione cautelare, che è più ampio: "L'accertamento si sposta, perciò, sulla eventuale sussistenza di elementi anomali ai quali si possa attribuire la funzione di cause scusanti o di esclusione della colpevolezza colposa, nella misura in cui facciano venire meno la possibilità di muovere un rimprovero personale al soggetto autore di una inosservanza già accertata come tale sul piano oggettivo – soggettivo".

¹³⁷ In questo senso vedi MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, cit., 396; della stessa opinione, istituzionalmente, CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., 322.

nell'evitare l'errore di diritto (nella *culpa iuris*), anche comprendendo, in questa seconda ipotesi, la capacità di contestare ad una autorità qualificata una interpretazione di diritto "sbagliata"¹³⁸.

La dottrina prevalente adotta proprio questa soluzione, per cui nel campo dell'*error iuris* il modello cautelare, funzionale all'adempimento del dovere di conoscenza, terrà conto di caratteristiche proprie del soggetto: non delle sue esperienze, ma anche "del diverso grado di socializzazione e di cultura"¹³⁹; una pluralità di agenti modello dunque, in base anche alla pluralità di livelli culturali e sociali riscontrabili in chi, concretamente, si pone a confronto con l'ordinamento.

Un medesimo risultato, cioè quello di considerare entro la dimensione oggettiva della colpa le caratteristiche 'superiori' del soggetto agente (sottraendole quindi ad un innalzamento del livello di esigibilità in concreto), può essere raggiunto differenziando le diverse superiori caratteristiche del soggetto considerato.

Si consideri l'esempio di un privato che, professore di diritto tributario, formula un interpello (cioè, essenzialmente, chiede un parere) all'Agenzia delle Entrate, sul dover indicare o meno nella *propria* dichiarazione dei redditi una certa componente attiva del proprio patrimonio. L'Agenzia risponde in maniera negativa, argomentando però secondo dei presupposti in contrasto con delle recentissime pronunce giurisprudenziali. Il professore, pur superficialmente a conoscenza di questi precedenti, si adegua al parere senza approfondire oltre, e non indica nella dichiarazione dei redditi quelle voci attive. L'amministrazione tributaria (un ufficio diverso rispetto a quello che aveva formulato il parere), ritiene che la voce avrebbe dovuto essere inserita in dichiarazione, accerta l'imposta evasa e denuncia il professore alla Procura della Repubblica per dichiarazione infedele, ai sensi dell'art. 4 D.lgs. n. 74 /2000.

In questo caso, quattro possibili soluzioni.

1 - Nonostante le sue 'superiori' competenze, il professore agiva in veste di 'privato cittadino', e all'agente modello di riferimento (cioè "privato che chiede un parere

¹³⁸ Utilizza il procedimento della creazione di agenti modello differenziati, che già dovrebbero assorbire in sé, la misura 'soggettiva' di rimproverabilità e quindi di esigibilità della colpa PUTINATI, *L'errore inevitabile sul precetto e l'abusivo esercizio della professione medica*, cit., 468: "occorre tenere conto, infatti, delle qualità personali del soggetto agente, del suo livello di cultura e preparazione specifica; di come il grado, l'intensità del dovere di informazione, cambi in funzione della specifica esperienza soggettiva, dello stato di inserimento nell'apparato sociale di cui il soggetto è portatore, e di come queste qualità personali vadano rapportate ad un 'modello medio' da valutarsi in base a criteri di esperienza e di probabilità il più vicino possibile alla realtà".

¹³⁹ In questi termini FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile*, cit., 1392; PALAZZO, *Ignoranza legis: vecchi e nuovi limiti*, cit., 180 ss.; ID., *Ignoranza della legge penale*, cit., 141 ss.; PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 469 ss.; ID., *Una sentenza storica*, cit., 714 ss.

all’Agenzia delle Entrate”) non può essere chiesto di contestare il dato giuridico positivo che proviene dall’amministrazione. Non ci sarebbe quindi violazione cautelare del dovere di informazione, e l’errore di diritto (da cui è derivata la commissione del fatto di reato) è inevitabile, e quindi scusato.

2 – Le sue ‘superiori’ competenze rendevano esigibile dal professore un vaglio critico del dato fornito dall’amministrazione tributaria: anche se non c’è violazione cautelare (avendo come riferimento l’agente modello del privato cittadino ‘normale’, non esperto giurista), la sua condotta è comunque rimproverabile: il suo errore di diritto non è *evitabile*, e quindi non è scusato.

3 – Il professore aveva delle “conoscenze causali” rispetto all’errore commesso (i precedenti giurisprudenziali difformi, incidenti su uno dei presupposti del parere rilasciato dall’amministrazione). Si tratta in questo caso di conoscenze in possesso del soggetto e inerenti a una concreta circostanza *di fatto*, esistente quando si apprestava a tenere la propria condotta. Queste conoscenze quindi non incidono sulla dimensione soggettiva bensì in quella oggettiva, nel senso che contribuiscono a formare la stessa regola cautelare. La figura dell’agente modello (standard della regola cautelare) deve quindi essere ‘arricchita’ di questa conoscenza in possesso del soggetto. In questo caso quindi il soggetto ha violato la regola cautelare, e non ha adempiuto correttamente al dovere di informazione. L’errore di diritto non è inevitabile, e non è scusato.

Si tratta questa di una ipotesi molto interessante, che consente di ‘soggettivizzare’ la regola cautelare senza spostare l’asse dell’agente modello di riferimento: questa opererebbe anche se il soggetto non fosse un professore di diritto tributario, e fosse a conoscenza di questi precedenti giurisprudenziali per qualche altra, diversa e strana ragione¹⁴⁰.

4 – L’essere professore di diritto tributario incide sulla formulazione della figura dell’agente modello, nel senso che il parametro di riferimento non sarà più “privato che chiede all’Agenzia delle Entrate” bensì “professore di diritto tributario che chiede all’Agenzia delle Entrate”. Si avrebbe cioè un agente modello ritagliato su misura rispetto al soggetto concreto. In questo caso c’è violazione della regola cautelare, l’errore non è inevitabile e non è scusato.

¹⁴⁰ Vd. CANESTRARI, *La doppia misura*, cit., 25. Le particolari conoscenze causali rientrano nella dimensione oggettiva della colpa, cioè nella delimitazione della regola di condotta cautelare, nella misura in cui impongono un maggiore livello di oggettivo di cautela a *tutti* i detentori di essa “*restando perciò ancora saldamente legata a un accertamento, appunto, impersonale, quale si addice al livello del fatto tipico colposo*”.

Quest'ultima è una visione alternativa a quelle sub. 2 e 3, per cui la particolare competenza del soggetto, potendo essere rappresentata in maniera standardizzata e impersonale, consente la creazione di agenti modello differenziati, specifici per tipi di attività e condizioni umane¹⁴¹.

Su un piano più generale, le attività 'informative' del soggetto agente possono essere sottoposte a vaglio critico nella misura in cui 'ci siano state'. Nella misura in cui cioè il soggetto si sia per lo meno attivato al fine di ottenere una rappresentazione della cornice giuridica del campo nel quale intende muoversi. Attivarsi per raccogliere informazioni è, senz'altro, il primo *step* obbligato nell'adempimento alla regola cautelare.

E ciò, come si vedrà nel prosieguo, fa sorgere qualche perplessità in tema di rapporti tra errore/ignoranza e dubbio, nel senso che la situazione più probabile è che, *a monte* dell'attività informativa, vi sia proprio una condizione di dubbio. Viene giustamente osservato come spesso, infatti, in carenza di dubbio il soggetto neppure avrebbe avuto lo stimolo per attivarsi¹⁴².

Ma, nella maggior parte dei casi, il soggetto agirà senza neppure porsi il problema di conoscere la legge, non maturando alcun dubbio in questo senso. E questi sono gli unici casi di vera *ignoranza*, versando nelle altre ipotesi il soggetto in stato di *errore*.

Nel caso cioè in cui il soggetto neppure si sia attivato, il dovere di informazione risulterà violato nella misura in cui, utilizzando i consueti parametri colposi sopra delineati, l'agente *avrebbe dovuto* attivarsi¹⁴³.

Si tratta quindi di compiere una verifica strutturata su due livelli diversi: da un lato verificare la presenza di uno 'stimolo' esterno che, se percepito, avrebbe attivato l'agente nella propria 'ricerca di informazioni'; dall'altro, stabilire la percepibilità di questo stimolo. E si tratta ancora una volta di un'indagine da compiersi ai sensi dei parametri di valutazione della colpa: in sintesi, occorre valutare la presenza di *segnali percepibili*.

Il tema è evidentemente analogo a quello che, nel settore del diritto penale societario, è noto come "*teoria della percezione dei segnali d'allarme*"¹⁴⁴.

¹⁴¹ Vedi altresì, per una efficace ricostruzione delle diverse modalità di agenti-modello, MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, 7 ed., cit., 346 – 349.

¹⁴² MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 244.

¹⁴³ PALAZZO, v. *Ignoranza*, cit., 135.

¹⁴⁴ Vedi su questo tema, CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009.

L'alternativa a ciò sarebbe nel senso di affermare che una persona, ogni qualvolta intraprenda *qualsiasi* tipo di attività, debba per dovere cautelare informarsi sul significato giuridico del proprio agire.

Ci sono senz'altro dei casi in cui il dovere di informazione è 'autonomo', ovvero non dipendente da stimoli esterni. In questo senso si esprime anche la Corte Costituzionale, riferendosi però a quelle (sole) attività che sono di per sé idonee, anche astrattamente, a ledere un qualche interesse giuridico. In questi casi infatti l'agente può raffigurarsi, anche solo nella sfera laica della propria percezione 'metaguridica', l'esigenza di un qualche approfondimento.

Ma l'ammettere questa ipotesi in maniera indiscriminata, come se ci fosse un immanente, perenne dovere di informazione giuridica in capo ad ogni cittadino, vorrebbe dire di fatto reintrodurre una sorta di 'responsabilità oggettiva occulta', posta l'evidente inattuabilità di un simile presupposto¹⁴⁵.

La necessità di un qualche stimolo esterno rispetto all'adempimento del dovere di informarsi, poi, si presenta in maniera particolarmente rilevante nel caso dei reati omissivi propri "*a situazione tipica neutra*" i quali, ponendo problemi in tema di offensività e nella discussa distinzione tra reati naturali e reati artificiali (distinzione invero molto ricca di problemi forse ancora irrisolti), non creano nel destinatario del precetto alcuno stimolo ad agire. In questi casi vi è la concreta possibilità che il consociato non possa neppure sospettare l'esistenza di un comando a compiere una certa azione, e quindi la circostanza di restare inoperoso senza aver adempiuto ai doveri di informazione sarebbe, in questa prospettiva, a lui non contestabile¹⁴⁶.

¹⁴⁵ MANTOVANI, *Ignorantia Iuris scusabile ed inexcusabile*, cit., 390.

¹⁴⁶ CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., 939 ss.

6. L'equiparazione tra l'ignoranza della legge e l'errore di diritto.

I commenti alla sentenza n. 364 pubblicati all'indomani, o in tempi relativamente prossimi, alla storica pronuncia, riportano come uno dei suoi più rilevanti precipitati fosse nel senso di avere equiparato, sia sul piano concettuale che applicativo (nella prospettiva del rivisitato articolo 5 c.p.) l'ignoranza della legge all'errore di diritto¹⁴⁷. Non si intende in questa sede ripercorrere interamente la questione; è però necessario, per completezza espositiva oltre che come importante punto di partenza logico per i ragionamenti che si faranno nel prosieguo, riassumerne anche solo brevemente le coordinate.

Invero, il tema della distinzione tra ignoranza ed errore si era posto all'attenzione degli interpreti già da prima, al fine di distinguere quanto disposto sul piano normativo dall'art. 5 c.p. (che considera naturalmente l'*ignoranza* della legge) e dall'art. 47 c.p. (che considera invece l'*errore* e nella specie, sotto il profilo dell'*error iuris*, l'errore su legge extra penale)¹⁴⁸.

La differenza di base tra ignoranza ed errore starebbe nel fatto che nella prima ipotesi, cioè in caso di ignoranza, il soggetto ritiene la propria condotta penalmente lecita, nel senso di non sapere che una disposizione di legge sanziona quella condotta: significa, insomma, la radicale non conoscenza dell'esistenza del divieto, rispetto al caso concreto affrontato¹⁴⁹. Rientrano in questa ipotesi quei casi 'di scuola' di ignoranza dovuta a problemi nell'accesso alle fonti di conoscenza normativa (quali la mancata distribuzione della Gazzetta Ufficiale, o gli errori nella pubblicazione della legge).

Nello stato di errore il punto di arrivo è il medesimo, ma cambia il punto di partenza. L'agente che, infatti, commette un errore sul precetto, rappresentandosi la propria condotta come lecita, ha avuto sì cognizione dell'esistenza di un precetto relativo all'attività che si appresta a compiere, ma ritiene però che il proprio caso concreto non rientri nell'ambito di applicazione di quella norma, per (appunto) un errore nell'interpretazione della norma stessa¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Tra gli altri, vedi MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 241.

¹⁴⁸ PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, cit.; PULITANÒ, *L'errore*, cit.; LANZI, *L'errore su legge extrapenale*, cit.

¹⁴⁹ PALAZZO, *Ignoranza sulla legge extrapenale*, cit., 133: "in questi esempi il soggetto attivo ignora l'esistenza del divieto penale; e questa ignoranza del divieto penale non nasce, ovviamente, da un errore sul fatto, ma neppure da un errore sulla fattispecie astratta, poiché non si tratta tanto di una imperfetta conoscenza dei termini in cui è descritto il fatto, quanto invece di una assoluta ignoranza dell'intero precetto".

¹⁵⁰ In questi termini MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 241.

Per quanto il risultato, quindi, sia lo stesso, la diversità delle due situazioni si rileva anche considerando la diversità che assume, con riferimento alle due ipotesi, il dovere di informarsi e la correlata valutazione dello standard comportamentale di riferimento (giudizio di accertamento, si è detto, basato sui canoni dell'accertamento della colpa).

E infatti, nel caso in cui il punto di partenza sia *l'ignoranza* della legge, il dovere di informazione riguarda la conoscenza dell'esistenza della disposizione di legge che regola il caso di specie. Se invece la situazione di partenza è *l'errore*, allora punto di accertamento non è la mera conoscenza dell'esistenza del precetto (che ne è presupposto, anche solo sotto forma di una conoscenza 'laica' di un obbligo giuridico inerente all'attività che si intende compiere¹⁵¹), bensì la *corretta interpretazione* di quel precetto. Si tratta infatti, nell'ipotesi dell'errore di diritto (sul precetto) di un 'errore intellettuale' in cui male si verificano i confini di rilevanza della norma, la cui esistenza quindi, per forza di cose, già si conosce¹⁵².

Nei casi di errore quindi, l'oggetto della valutazione della conoscibilità da parte del soggetto non è più quindi il precetto, perché quello già è a lui noto, quanto piuttosto l'esatto significato da attribuire allo stesso precetto, nel senso dell'esatta interpretazione del precetto¹⁵³.

Volendo quindi distinguere, anche sul piano concettuale, la *disposizione* dalla *norma*, oggetto dell'ignoranza è la *disposizione*, ma oggetto dell'errore (e costituiscono questi senz'altro le ipotesi più interessanti sul tema) è la *norma*¹⁵⁴.

E infatti, l'errore di diritto viene valutato con riferimento non già a qualsiasi interpretazione, ma all'esatta interpretazione, all'esatto significato della disposizione¹⁵⁵. Tra disposizione e norma, possiamo quindi ripetere, oggetto dell'ignoranza è la disposizione, mentre oggetto dell'errore, è la norma.

Occorre tenere presente che, secondo una certa prospettiva, i reati omissivi propri sarebbero l'unico ambito in cui si possano verificare delle effettive ipotesi di *ignoranza della legge*, mentre in tutte le altre ipotesi si verterebbe in ipotesi di *errore di diritto*¹⁵⁶. Ciò in quanto nelle fattispecie commissive l'agente pone in essere un *facere* che è quanto meno una

¹⁵¹ MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, 242.

¹⁵² PULITANÒ, *L'errore*, cit., 9.

¹⁵³ MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, 244.

¹⁵⁴ Sulla distinzione tra disposizione e norma vedi DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2012, 89, per il quale la disposizione è il dato astratto fornito dal Legislatore, mentre la norma è il contenuto concreto prodotto dall'interpretazione di quella norma. In sintesi, disposizione è l'articolo del codice penale, mentre la norma è contenuta nella disposizione unitamente alle pagine del commentario che ne spiegano l'interpretazione.

¹⁵⁵ MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, 243.

¹⁵⁶ CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., 941.

condotta cosciente e volontaria, con riferimento al fatto, cioè alla dimensione materiale di quanto realizzato. In questa prospettiva, sussistendo coscienza e volontà quanto al fatto commesso, ma non rappresentadosene l'illiceità, ci sarebbe sempre un *errore* di diritto.

Nel caso omissivo, invece, l'agente si limita a non fare nulla: se ignora l'esistenza del comando, cioè non conosce la norma che gli comanda di agire, non commetterà neppure, di regola, un'omissione 'cosciente e volontaria', perché neppure si accorgerà, il più delle volte, di non aver compiuto *quell'azione che doveva compiere*.

Ma ciò posto, dato che parametro di giudizio per l'erroneità di una certa convinzione giuridica dell'agente non è la mera disposizione, bensì non può che essere la norma, come si fa a determinare quale sia, tra le tante possibili, l'interpretazione corretta? Ovvero, come si può affermare che l'interpretazione data dall'agente alla disposizione sia errata, perché giusta è invece un'altra?

Si tratta di un tema di grande interesse, che attiene ad uno tra gli argomenti fondamentali delle scienze giuridiche nel loro complesso, ovvero i limiti, i termini, il significato dell'interpretazione giuridica.

Se si dice che una interpretazione è 'sbagliata', allora è necessario individuarne una 'giusta'. La letteratura afferma come, essenzialmente, la posizione 'giusta' sia quella "*assunta come esatta allo stato delle conoscenze*", ovvero assunta come tale dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁵⁷.

7. Oggetto dell'*error iuris*: generica illiceità o specifica rilevanza penale?

Ma qual è l'esatto perimetro della conoscibilità del precetto, accertato il quale l'agente non può andare esente da responsabilità perché, appunto, in uno stato di errore evitabile? Si discute cioè se la conoscibilità debba attenersi alla generica antigiusuridicità o illiceità del comportamento che si intende tenere, ovvero alla specifica rilevanza penale.

¹⁵⁷ In questo senso PALAZZO, *Ignoranza*, cit., 142; conforme MUCCIARELLI, *Errore e Dubbio*, cit., 243.

Sul punto si è sviluppato, negli anni, un acceso e vivace dibattito tra interpreti che vale la pena richiamare per sommi capi, senza pretesa di esaustività su quanti hanno affrontato il delicato argomento.

La sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale non si esprime sempre in maniera univoca, oscillando, anche semanticamente, tra riferimenti alla stretta conoscenza dell'illiceità 'penale' della condotta, a più generici riferimenti all'antigiuridicità 'generale' di un dato comportamento¹⁵⁸.

Di certo, nell'analizzare 'l'attuale formulazione' (cioè la formulazione ante-sentenza) dell'art. 5 c.p., la Corte sottolinea come il dato letterale della norma suggerisca di considerare oggetto dell'ignoranza inescusabile quella strettamente penale, differenziando il dato normativo tra legge penale ed extra-penale e disponendo la disciplina dell'inescusabilità dell'errore esclusivamente con riferimento alla legge penale.

Parte della dottrina ritiene che la scusante sia esclusa laddove per l'agente fosse conoscibile anche la sola e generica contrarietà alla legge del fatto: contrarietà alla legge da intendersi in senso ampio, non per forza penale¹⁵⁹. In questo senso, se per un soggetto fosse "conoscibile" la natura illecita di un fatto, la scusante dell'art. 5 non potrebbe mai operare.

Altra dottrina propende invece per una impostazione differente, per cui sarebbe solo la conoscibilità della punibilità (non punibilità in senso stretto, naturalmente, ma quanto meno punibilità in senso lato, nel senso di astratta sottoponibilità a sanzione penale) a fondare il giudizio di evitabilità dell'errore ex art. 5. La conoscenza o conoscibilità dell'antigiuridicità 'generale' del fatto non sarebbero di per sé sufficienti a considerare l'*error iuris* inescusabile. E questo per una serie di ragioni, tutte certo di grande interesse. Il punto di partenza è che la "colpevolezza" (al cui accertamento è funzionale la verifica in oggetto) ha come fondamento la contrarietà del soggetto all'ordinamento penale. La diversa soluzione di estendere la colpevolezza (intesa come principio) alle ipotesi di contrarietà tra il soggetto e altre regole dell'ordinamento, di carattere non penale, espone al rischio di estendere il giudizio di rimproverabilità (nucleo essenziale della colpevolezza) ad ipotesi di contrarietà dell'individuo rispetto a componenti sociali di carattere etico, morale, politico, religioso. E infatti, l'antigiuridicità potrebbe essere trasformata in un generico contenitore dai confini sfumati "*nel quale sarebbero destinati a rientrare tutti i fatti di cui sia possibile predicare la*

¹⁵⁸ CADOPPI, *La nuova configurazione dell'art. 5 c.p. ed i reati omissivi propri*, in AA.VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Jovene, 1989, nota 77.

¹⁵⁹ Così anche PALAZZO, v. *Ignoranza della legge*, 133.

*generica contrarietà ai valori sociali dominanti*¹⁶⁰. E questo risultato sarebbe in contrasto, perché incompatibile, con una visione laica e secolare dello Stato e del suo ordinamento. E infatti, i valori sociali e culturali sono elementi che, per poter essere riconducibili al soggetto, devono essere in qualche modo interiorizzati. Ciò significherebbe spostare il *focus* dell'accertamento penale al foro interno del soggetto, in violazione della suddetta prospettiva laica dell'ordinamento e delle sue istanze punitive¹⁶¹.

La soluzione poi di accontentarsi della conoscibilità di una generica anti giuridicità è criticata in punto di 'equità' dei risultati raggiunti, per cui colui che abbia ignorato (incolpevolmente) la illiceità penale del proprio comportamento, avendo invece conosciuto, o potuto conoscere, la generica illiceità dello stesso (nell'essere ad esempio quello stesso fatto illecito amministrativo), si sia determinato a tenere quel certo comportamento sulla consapevolezza (in buona fede, perché incolpevole), di non commettere un reato. Nell'ottica dell'agente non vi è stata alcuna trascuratezza nella decisione della scelta da compiere, e il suo comportamento non manifesta alcuna 'ribellione' al comando penale¹⁶².

Questo dato sarebbe confermato anche considerando la diversa "qualità" degli illeciti ricompresi nel sistema penale, rispetto ai comportamenti illeciti per altre branche dell'ordinamento. È necessario infatti riconoscere un maggiore disvalore sostanziale alle norme penali, in virtù della loro oggettiva derivazione da un sentire sociale riconoscibile in '*Grundkulturnormen*', che qualificano quei comportamenti come 'reati', a differenza di altri illeciti che, pur magari dotati di un certo disvalore etico, non sono riconosciuti come tali dai consociati¹⁶³.

La tesi per la quale l'oggetto della conoscibilità dovrebbe essere limitato alla punibilità, quindi alla contrarietà al sistema penale, si potrebbe esporre, a nostro parere, ad almeno due critiche, la prima argomentativa, la seconda più sistemica e di principio.

La prima. Si teme che ampliando l'area della non scusabilità alle ipotesi dell'errore evitabile su aspetti di anti giuridicità "generale", si introducano profilo sanzionatori di carattere etico,

¹⁶⁰ MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, 269.

¹⁶¹ PALAZZO, v. *Ignoranza*, cit. 133.

¹⁶² VENEZIANI, *L'oggetto dell'ignorantia legis' rilevante*, in *Foro It.*, 1995, 503: "[...] a prescindere dalla natura della distinzione tra illecito penale e amministrativo, non pare trascurabile il dato per cui chi viene punito con sanzione criminale, avendo agito sapendo, o dovendo sapere, del mero carattere anti giuridico del fatto, patisce conseguenze diverse e più gravi rispetto a quelle concretamente rappresentate o prospettabili, in realtà secondo un meccanismo di vera e propria responsabilità oggettiva occulta". Rappresenta quindi l'Autore come oggetto dell'*ignorantia iuris* di cui al 'rivisitato' art. 5 c.p. non possa che essere l'illiceità strettamente penale del fatto, rimanendo invece estranei all'oggetto dell'*ignorantia iuris* tutti gli elementi a questi diversi.

¹⁶³ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, CEDAM, 1988, 695.

morale e interiore dell'agente. Premesso che si concorda senz'altro sul fatto che non basti la conoscibilità del disvalore sociale o etico per fondare la colpevolezza (perché il disvalore etico non significa disvalore giuridico, e in ciò sta la 'secolarizzazione' del diritto penale rispetto, ad esempio, ai testi religiosi, che pure si esprimono in termini di divieti e sanzioni), il problema piuttosto sta nel fatto che disvalore etico/morale e anti-giuridicità (anche solo 'generale') possano coincidere. Ovvero, l'assunto che non sembra potersi apprezzare è quello per cui ci sarebbe coincidenza tra anti-giuridicità e disvalore sociale o etico. Al netto della grande incidenza che su questi discorsi hanno l'offensività e le *Kulturnormen* quali strumenti per selezionare e filtrare le scelte di incriminazione¹⁶⁴, il precipitato della posizione della Corte Costituzionale non è nel senso di punire un soggetto perché questi avrebbe potuto sapere che ciò che faceva era 'sbagliato' (visione morale/etica), bensì perché avrebbe potuto sapere che ciò che faceva fosse 'illecito', cioè contrario alla legge. Ci possono essere casi in cui certo i due dati si accomunano perché (si presume) le scelte dell'ordinamento nel tracciare i perimetri di liceità/illiceità, e non solo entro il campo penale, ma in ogni altra branca, sia allineato con il sentire sociale, ne sia in qualche modo specchio, pur in senso laico e democratico. Ma anche in questi casi, il dato poco conta: è comunque la contrarietà all'ordinamento il dato rilevante, non la sua 'ingiustizia' sostanziale in caratteri etici o morali. Ciò significa che, oggettivamente, il richiedere la conoscibilità dell'anti-giuridicità generale come presupposto per elaborare un giudizio di rimproverabilità, e quindi di colpevolezza, non significa di per sé rimproverare una scelta etica del soggetto, proprio perché la scelta del Legislatore laico deve essere, a monte, quella di dare spessore di 'illecito', cioè di anti-giuridicità, *in maniera laica*, cioè staccandosi dal mero valore etico e ispirandosi ad altri criteri secolarizzati quali l'offensività.

La seconda. In un'ottica sistemica, e informata al mutato orizzonte dell'ordinamento nazionale inserito, com'è, in un contesto internazionale che tanto lo ha visto cambiare, ad essere entrata in crisi è la natura stessa della categoria di 'ordinamento penale'. Le barriere del diritto penale (positivo) sono state 'abbattute', essendo stato a più livelli (nazionale ed internazionale) riconosciuto l'esistenza di un più generale 'ordinamento sanzionatorio', al

¹⁶⁴ CADOPPI, *Il ruolo delle Kulturnormen nella 'opzione penale' con particolare riferimento agli illeciti economici*, in Riv. Trim. dir. pen. econom., 1989, 289ss.

quale si riconducono molte categorie concettuali del tradizionale “sistema penale”, *in primis* quelle inerenti le garanzie¹⁶⁵.

Si tratta, come noto, dell’elaborazione di una nuova definizione di “materia penale”, secondo un percorso iniziato nel 1976 nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, con l’elaborazione dei noti “*Engel criteria*” (dal caso *Engel e a. c. Paesi Bassi*, del 23.11.76). Nel caso citato veniva individuato, come criterio da osservare per la determinazione del carattere ‘penale’ dell’illecito, la severità della sanzione comminata.

In seguito, la giurisprudenza CEDU si è espressa modificando questi criteri, sostituendo alla dimensione *quantitativa* in essa contenuta (che si basavano cioè su livello di afflittività della misura) una dimensione *qualitativa*; si consideri, al riguardo, l’importante sentenza *Jussila* del 2006¹⁶⁶, che ha definitivamente affermato quello che è e sarà nell’immediato futuro il criterio distintivo del carattere sanzionatorio di una disposizione legale, e cioè la valutazione della *natura penale della sanzione*¹⁶⁷.

In questi termini, parlare di conoscibilità della anti giuridicità penale di un comportamento e di conoscenza della sua anti giuridicità ‘generale’, come concetti diversi, non è più sostenibile. L’estensione delle garanzie proprie della materia penale a tutte le disposizioni che, pur sotto un’etichetta diversa, sono sostanzialmente afflittive e quindi penali, opera evidentemente, appunto, come norma di garanzia, cioè *in favor* del soggetto che se le vede applicare. Allo stesso tempo, non è possibile negare questo effetto ‘unificante’ di tutte le norme sanzionatorie entro un unico ‘cappello’ solo per quei casi in cui questa unificazione risulterebbe *in sfavore* del soggetto.

Ma questi due ordini di rilievi, forse, non risolvono il problema. Cerchiamo di capirne il motivo.

Occorre considerare con attenzione il dato di partenza. Si tratta di un soggetto che, pur conoscendo o potendo conoscere l’illiceità ‘*generale*’ di un fatto, non conosce e non può conoscere (perché è inevitabile) l’illiceità *penale* di quel fatto. Il caso emblematico è di un

¹⁶⁵ Vd. sul tema del ‘doppio binario’ e dell’allargamento del sistema sanzionatorio agli ambiti non formalmente penali, FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il ‘doppio binario’ della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2013, 1899. Si tratta di un vasto e fecondo settore di ricerca, che verrà considerato nel Cap. II in tema di continuità sul terreno convenzionale della ‘riscoperta della colpevolezza’, già operata dalla Corte Costituzionale nel 1988.

¹⁶⁶ *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006.

¹⁶⁷ Le conseguenze pratiche dell’elaborazione di questo principio di diritto sono state rilevanti, e spaziano dall’irretroattività della confisca per equivalente alla violazione di *ne bis in idem* tra aggraggiamento e illeciti amministrativi del T.u.F. (vd. sentenza *Grande Stevens v Italia* del 2013).

soggetto convinto che un certo comportamento integri un illecito amministrativo, non potendo sapere, in maniera incolpevole, che quel fatto costituisce, invece, reato¹⁶⁸.

Riconoscere la responsabilità penale di quel soggetto vorrebbe dire (come evidenziato in dottrina, vd. in nota) applicare in maniera occulta una sorta di responsabilità oggettiva per cui, essendo il soggetto consapevole dell'antigiuridicità del proprio comportamento, a questo possono essere addossate anche le (peggiori) conseguenze da questi (incolpevolmente) non previste. Questo processo richiama alla mente, con immediatezza, un altro tema, e cioè quello del concorso anomalo ex art. 116 c.p., in cui analogamente si sanzionava la posizione del *versari in re illicita*, ipotesi da ritenersi in contrasto con il principio di colpevolezza¹⁶⁹. Ritenere sufficiente la consapevolezza della generica antigiuridicità di un comportamento, al fine di irrogare le più gravi conseguenze penali (dall'agente incolpevolmente ignorate), significa 'rimproverare' quel soggetto per la sua scelta di porsi in una condizione di illiceità, anche se non penale.

Il procedimento logico è il medesimo: la disposizione di cui all'art. 116 c.p. si recuperava a legittimità richiedendo la colpa come coefficiente di colpevolezza minimo sulla prevedibilità del diverso reato più grave rispetto a quello voluto¹⁷⁰; allo stesso modo, sarebbe quindi fondato ritenere che, in un caso come quello descritto sopra, occorra almeno la colpa con riferimento alla non – previsione della natura penale dell'illecito violato: ossia, che questo sia conoscibile dall'agente. E si tratta, quindi, dell'ordinario canone di accertamento

¹⁶⁸ Si tratta del caso di cui a Cass., sez. III, 22 marzo 1994, Munari, in Foro It., 1995, II, 498, con nota di VENEZIANI, *L'oggetto dell'ignorantia legis rilevante*, cit. Nel caso in esame, un soggetto veniva imputato ai sensi della fattispecie (contravvenzionale) di cui all'art. 21, comma terzo, L. 10 maggio 1976, n. 319 (c.d. Legge Merli), che puniva con l'arresto scarichi di acque che superassero "i limiti di accettabilità di cui alle tabelle allegate alla presente legge". L'imputato veniva assolto in primo grado perché per conforme orientamento giurisprudenziale nonché ai sensi di una circolare del 10 aprile 1990 della Regione Emilia Romagna, la fattispecie di reato si applicava solo agli scarichi produttivi, e non già agli scarichi civili, e che il superamento dei limiti tabellari per questi scarichi costituisse illecito amministrativo. Nelle more dell'appello, con sentenza del 12 febbraio 1993, le Sezioni Unite ribaltavano (vero proprio *overruling in peius*) l'orientamento tenuto fino ad allora, sostenendo che invece anche gli scarichi civili rientravano entro l'ambito di applicazione della fattispecie. La Corte d'Appello e la Corte di Cassazione confermavano l'assoluzione, sostenendo l'inevitabilità dell'ignoranza della legge.

¹⁶⁹ Vd. su questo tema PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., 67: nella seconda pronuncia del 1988 (la n. 1085) la Corte Costituzionale ha affinato come noto il principio di cui alla precedente sentenza n. 364/88, arricchendolo il precipitato in tema, proprio, del dolo o colpa come elementi subiettivi minimi del reato; sullo stesso tema vedi anche INSOLERA, *L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva e modello di colpevolezza*, in Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., 457 ss.

¹⁷⁰ Così statuiva la Corte Costituzionale con sentenza 13 maggio 1965, n. 42, su Arch. Pen. 1965, II, 432, con nota di PANNAIN, sull'art. 116 c.p., che in particolare affermava come "la interpretazione che in definitiva si è affermata nella giurisprudenza, pur tra qualche difformità e incertezza di formulazione, esige, sostanzialmente, come base della responsabilità ex art. 116, la sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale ma anche di un rapporto di causalità psichica, escludendo con ciò che l'art. 116 importi una violazione del principio della personalità della responsabilità penale".

dell'inevitabilità dell'errore, come conseguenza dell'inadempimento del dovere di informazione.

Tema diverso, è la valutazione di come, pur a fronte della conoscenza della antiggiuridicità 'generale', la illiceità 'penale' sia effettivamente non conoscibile, cioè ci possa essere *error iuris* inevitabile. Ma non si tratta più, in questo caso, di un problema sostanziale, quanto di una questione probatoria nella ricostruzione della colpa¹⁷¹.

Naturalmente, se il soggetto è a conoscenza dell'essere il comportamento che intende tenere un illecito amministrativo, può ritenersi che per addivenire ad una esatta qualificazione dell'illecito che pure si intende compiere (e cioè penale, e non amministrativo) potrebbe volersi un *quid pluris* di diligenza anche modesto, che ben potrebbe richiedersi al consociato ai sensi dell'elevato standard cautelare che si applica nel campo dell'errore di diritto¹⁷². Perché, ancora una volta giova ripeterlo, è l'accertamento colposo dell'ignoranza (o dell'errore) della legge, il nodo fondamentale. Come afferma infatti la Corte Cassazione nella citata sentenza del 1994, la formulazione dell'art. 5 c.p., come integrato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88, significare che "*L'ignoranza della antiggiuridicità penale, quando sia inevitabile, abbia carattere di scriminante*"¹⁷³.

A valle di tali considerazioni però, e alla luce di quanto sopra richiamato a proposito della categoria della 'natura penale' e influssi convenzionali sul diritto interno, sia concessa una considerazione di chiusura. Si ritiene cioè che, pur sposando la tesi da ultima esposta quanto all'essere oggetto dell'*ignorantia legis* la illiceità 'penale', occorre considerare che è la stessa categoria dell'illiceità 'penale' ad essere ormai entrata in crisi, essendo al dato formale dell'etichettatura legislativa sostituito un criterio sostanziale di effettiva natura della sanzione¹⁷⁴. La definizione quindi, di 'materia penale', partorita e ancora in via di definizione a livello di Corte EDU, non può che interessare anche il campo dell'ignoranza o dell'errore di diritto.

Potrebbe infatti proporsi l'ipotesi, che necessita però senz'altro di successivo studio e analisi, che oggetto della disciplina dell'*error iuris* non sia più da considerarsi la sola antiggiuridicità penale di un certo comportamento, ma l'essere quel comportamento destinatario di 'punizione' da parte dell'ordinamento. Ricordiamo infatti come, a partire

¹⁷¹ VENEZIANI, *L'oggetto*, cit., 505.

¹⁷² VENEZIANI, *L'oggetto*, cit. 505.

¹⁷³ Cass., sez. III, 22 marzo 1994, cit.

¹⁷⁴ Così FR. MAZZACUVA, *Il doppio binario*, cit., 1900: "*Sulla scena del costituzionalismo multilivello, fa così la sua comparsa un concetto 'nomade', nato dall'incontro tra l'ordinamento interno e la giurisprudenza di Strasburgo, che apre una definitiva frattura in quel tradizionale inquadramento 'monolitico' dei principi penalistici che li vuole tutti riferiti ad un'area di confini (almeno in chiave sincronica) invariabili*".

dalla nota sentenza Ozturk fino ad arrivare alla già citata sentenza Jussila, è la *natura della sanzione* il carattere dirimente, e cioè, nella specie, la sua natura punitiva¹⁷⁵.

In una prospettiva ‘conforme a Convenzione’ (alla quale si usa ormai riferirsi), questa sarebbe, si ritiene, la soluzione più corretta. A conferma di ciò starebbe un ulteriore ragionamento, che pure verrà nel prosieguo approfondito. Ai sensi della giurisprudenza CEDU, la prevedibilità del precetto (che, insieme all’accessibilità dello stesso, fonda il principio di legalità di cui all’art. 7 CEDU), investe non solo la ‘sanzionabilità’ del fatto, ma anche la stessa sanzione (si parla in questi termini di prevedibilità della pena), vale a dire che il consociato deve essere posto nelle condizioni di prevedere le conseguenze sanzionatorie rispetto a quel fatto di reato¹⁷⁶. In questi termini, oggetto della prevedibilità non può che essere la ‘sanzionabilità’, intesa però in senso materiale, cioè come ‘materia penale’, del precetto che si viola.

Il problema che si pone, quindi, è il seguente. Un soggetto è a conoscenza di conseguenze punitive derivanti da un certo comportamento, ma (senza colpa, perché altrimenti il problema neppure si porrebbe, chiaramente) ritiene che tali sanzioni abbiano carattere amministrativo, e non penale. Si tratta, ad esempio, del caso di cui alla sentenza della Corte di Cassazione più volte citata. Il caso rientra nella scusante di cui all’art. 5 c.p.? La risposta positiva vorrebbe dire, forse, non fare i conti con il nuovo assetto che l’ordinamento sta assumendo, come sopra già accennato. Una risposta negativa, tuttavia, avrebbe il paradossale effetto che l’applicazione di sistema di garanzie, come è quello elaborato dalla Corte EDU, il cui compito è ispirato al principio del “*maximum right standard*”¹⁷⁷, avrebbe conseguenze peggiorative e più afflittive per l’individuo.

Il problema potrebbe forse risolversi ricorrendo ad un altro argomento, già trattato prima dell’irruzione sulla scena del diritto convenzionale. Sostenuto, come visto, che oggetto

¹⁷⁵ Il criterio della severità della sanzione, strumentale, secondo il precipitato di *Engels e a. c. Paesi Bassi*, all’identificazione della natura penale della disposizione di legge, viene sostituito in quella stessa ‘funzione’ dalla ‘finalità punitiva’ della sanzione, per la prima volta, in *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, nella quale si afferma come “*the relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot divest an offence of its inherently criminal character*”. Questa chiave interpretativa può dirsi ormai consolidata, essendo stata ripresa e confermata in numerose altre pronunce, tra le più recenti delle quali si ricordino Anghel c. Romania, 4 ottobre 2007 e Huseyin Turan c. Turchia, 4 marzo 2008).

¹⁷⁶ Vedi sul punto la sentenza Corte EDU, Grande Camera, *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 Ottobre 2013.

¹⁷⁷ Vd. su questo punto VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. It.*, 2007, 45, in cui sottolineano sia le differenze di approccio che pure ci sono sempre state tra penalisti sostanziali e processuali, essendo i secondi storicamente molto più sensibili nel riconoscere nella CEDU una fonte di *standard* di tutela più avanzata, e di come però anche la dottrina italiana abbia superato il preconcetto per cui la Costituzione italiana, se considerata nella sua dimensione applicata, cioè in action, assicurerebbe sempre i medesimi standard di tutela di diritti fondamentali garantiti in sede europea: “*l’Europa, come vedremo subito, ha parecchio da dirci, anche in materia di diritto penale sostanziale – e in settori di importanza tutt’altro che trascurabile*”.

dell'*error iuris* sia la anti giuridicità *penale* del fatto, ci si è domandati se debba in questo modo intendersi, e sia quindi necessario, l'accertamento tecnico-giuridico della rilevanza penale del fatto, ovvero se fosse sufficiente la conoscibilità per il soggetto della c.d. sfera laica del disvalore penale del fatto¹⁷⁸.

Sul punto, autorevole dottrina ha suggerito di procedersi nel primo modo, cioè per la piena consapevolezza del significato penale, nei casi di “diritto penale accessorio” (*Nebenstrafrecht*), essendo invece sufficiente la coscienza (o la conoscibilità) “profana” del disvalore penale nei casi di diritto penale classico (*Kernstrafrecht*)¹⁷⁹. E la coscienza profana del disvalore penale lo si ricaverebbe dalle *Kulturnormen* diffuse nella coscienza sociale, ‘interiorizzate’ dalla comunità in cui il soggetto vive. Si potrebbe, a questo punto, aggiustare questa prospettiva a quanto appena esposto in tema di ingresso nell’ordinamento interno di nuovi canoni di “materia penale” che provengono da Strasburgo. Oggetto dell’errore di diritto scusabile ex art. 5 c.p. può allora essere considerata quella disposizione che abbia un contenuto afflittivo riconosciuto come tale dalla coscienza sociale, nel senso che lo stesso consociato è a conoscenza (o potrebbe esserlo, adempiendo agli *standard* di comportamento collegati al dovere di informazione) che a fronte di quel comportamento “*sarà punito*”: allargando chiaramente l’orizzonte rispetto alla pena detentiva (con la quale, in prospettiva quantitativa, veniva identificata la sanzione penale), e ricomprendendo altre, e diverse, misure afflittive che abbiano comunque (nell’insegnamento della Corte EDU), contenuto sanzionatorio (e non già preventivo o risarcitorio). L’aver spostato la Corte di Strasburgo l’attenzione dal contenuto quantitativo ad uno qualitativo, al fine dell’identificazione della norma penale, aiuta, si ritiene, in questo processo. Se infatti ciò che connatura come ‘penale’ una disposizione è la punizione disposta dalla stessa, il contenuto (anche per integrare i principi di prevedibilità ed accessibilità propri della legalità convenzionale¹⁸⁰) punitivo deve essere considerato (e previsto) come tale dal sentire sociale: si potrebbe recuperare in questo

¹⁷⁸ Sul concetto di sfera laica, FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale - parte generale*, Zanichelli, 1989, 2° ed., 264.

¹⁷⁹ CADOPPI, ‘*Error Iuris*’: *coscienza dell’anti giuridicità extra penale e ritardo nel versamento delle ritenute*, in *Riv. trim. Dir. pen. econ.*, 85, nota 30: “*ritengo che ciò dipenda da quale concezione si abbia del contenuto materiale dell’anti giuridicità penale. Se essa è – come ritiene chi scrive [...] – da rinvenire nel fatto che le Kulturnormen diffuse nella coscienza sociale ritengono degno di sanzione detentiva un certo comportamento umano, allora il soggetto, per essere considerato colpevole ex art. 5 c.p. dovrebbe essere a conoscenza (o in evitabile ignoranza) di tale fatto*”.

¹⁸⁰ Vd. su questo tema MANES, *commento all’art. 7*, in *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, ZAGREBELSKY (a cura di), 274: il principio della prevedibilità del precetto come requisito per la legittimazione della sanzione nasce con S.W. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, nella quale si affermò la prevedibilità del mutamento giurisprudenziale della scriminante di *common law* del *marital rape* e, di conseguenza, l’ammissibilità dell’*overruling* negativo.

modo il ruolo delle *Kulturnormen*, come l'interiorizzazione che la società compie del contenuto punitivo di certe misure afflittive, siano esse etichettate o meno come "pene", e della conseguente natura 'penale' della relativa disposizione di legge.

In questo modo, forse, sarebbe possibile riallineare questo importante ambito della disciplina dell'errore di diritto alla mutata prospettiva convenzionale dell'ordinamento penale.

8. Errore e dubbio.

Si è richiamato, nell'esposizione di sintesi delle argomentazioni della sentenza n. 364/1988¹⁸¹, come la Corte Costituzionale toccasse anche il tema del 'dubbio', disciplinandolo in una maniera all'apparenza semplice. Ma che in realtà, ad essere anche solo sommariamente approfondito, quanto affermato dalla Consulta presenta diverse scoperture.

Accennava cioè la Corte che, attivatosi il soggetto per conoscere la legge, o meglio per conoscere *con esattezza* la legge, potrebbe permanere in capo all'agente una condizione di dubbio. Si parlerà, in questi termini, di un '**dubbio irrisolto**'.

Ebbene, la soluzione offerta dalla Corte è istintivamente quella corretta: in caso di dubbio invincibile sulla liceità o meno di una condotta, l'agente, nel rischio di ledere interessi giuridici rilevanti, deve astenersi dall'agire. Se non si astiene, e agendo lede effettivamente l'interesse protetto commettendo il reato, ne risponderà, con una ricostruzione simile a quella del dolo eventuale. Fatti salvi, rispetto a ciò, i casi di dubbio nei quali le diverse opzioni che si presentano all'agente comportano tutte la commissione di un reato (si è fatto, sopra, l'esempio del pubblico ufficiale, il quale è in dubbio tra due 'opzioni' entrambe costituenti reato: abuso d'ufficio o omissione d'atti d'ufficio?).

Anche la recente giurisprudenza di legittimità affronta il tema del dubbio in maniera sostanzialmente analoga, nel senso che ogni volta in cui si parla di 'dubbio interpretativo', vi sarebbe un corrispettivo obbligo di evitare la condotta a rischio di sanzione¹⁸².

¹⁸¹ Vd. *supra*, par. 3.

¹⁸² In questi termini si rinviengono Cass., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37425; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2011, n. 6991; Cass. Sez. III, 16 aprile 2004, n. 28397. In questi termini anche Cass., sez. VI, 25 gennaio 2011, n. 4613, in cui la situazione di "serio e concreto dubbio" sarebbe da ricondursi da informazioni di stampa che rappresentavano come il delitto di detenzione a fine di cessione di sostanza stupefacente, di cui all'art. 73 del D.P.R. n. 309/1990, presentasse un quantitativo minimo di sostanza, che l'agente credeva di non avere oltrepassato.

Ma si potrebbero enucleare alcune ipotesi idonee a ‘mettere in crisi’ la posizione della Corte sul “dubbio irrisolto”.

Anzitutto il caso in cui il dubbio permanga anche a valle di un puntuale adempimento del dovere di diligenza da parte dell’agente, ad esempio dopo un parere rilasciato dalla pubblica amministrazione. C’è chi afferma come in questi casi, se anche il parere della pubblica amministrazione (parere sbagliato, a quanto pare, perché altrimenti questo problema neanche si porrebbe) abbia lasciato qualche dubbio al soggetto, la sua buona fede nella liceità del comportamento, ricavata appunto dal parere dell’autorità, prevalga sul dubbio residuo¹⁸³.

Come visto in precedenza, l’ipotesi in oggetto deve essere risolta mettendo due elementi sul piatto della bilancia, per verificarne il ‘bilanciamento’: da un lato, il principio di affidamento nella correttezza della lettura giuridica rilasciata da soggetti istituzionalmente a ciò preposti, di per sé idonei a fondare la buona fede del destinatario nella bontà di questo¹⁸⁴.

Dall’altro, l’onere del soggetto di effettuare una verifica sul contenuto del parere rilasciatogli. Quest’onere, laddove richiesto, chiaramente non potrebbe che essere richiesto a soggetti dotati delle necessarie competenze o conoscenze. Abbiamo già risolto la questione in questi termini, che si ritiene utile richiamare: nessun rimprovero può essere mosso al soggetto qualificato sul piano della rimproverabilità, cioè dell’esigibilità di un suo successivo controllo dell’informazione trasmessagli dall’autorità. Se tale ‘rimprovero’ deve essergli mosso, allora l’unica via è spostare le maggiori conoscenze dell’individuo entro la stessa regola cautelare richiesta nell’ottemperare al dovere di informazione. Ciò significa che, per rispettare lo standard di condotta, egli dovrà operare utilizzando anche le sue maggiori conoscenze e competenze¹⁸⁵.

Ma tuttavia, complessivamente considerato, il profilo del ‘dubbio’ è uno di quegli aspetti in cui si verifica una delle maggiori confusioni logiche sul tema dell’errore.

Il ragionamento della Consulta si articola, come visto, sul fatto che il dubbio irrisolto imponga all’agente di non procedere, nel dubbio (appunto) di commettere un illecito. L’unico caso in cui, pur in presenza di dubbio, la Consulta esclude esserci meritevolezza di sanzione è quando all’agente si presenta un dubbio articolato in modo tale che, quale che sia

¹⁸³ Si tratta della determinazione oggettiva della buona fede. Vd. PULITANÒ, *L’errore*, cit., 517: qui si afferma come l’obbligo di astensione “indiscriminato” in caso di dubbio possa portare ad una indebita restrizione della libertà degli individui, che vedrebbero quindi astenersi dal compimento di atti in realtà leciti. Ma ciò nonostante, si sostiene che il problema di ciò risiede nella scarsa determinatezza tra lecito e illecito, e cioè che “*il sospetto di illiceità di una data condotta, finché non eliminato, non può non restare una ragione normativamente valida, e soggettivamente riconoscibile, per richiedere l’astensione dall’agire*”.

¹⁸⁴ Vd. STORTONI, *L’introduzione nel sistema*, cit.

¹⁸⁵ Vedi *supra*, par. 5.

la scelta presa, il soggetto ritenga che in ogni caso potrebbe commettere un reato. Sia cioè attivandosi, che rimanendo inerte. Solo in questo caso, dice la Corte, si può parlare di dubbio 'invincibile', e quindi può il soggetto andare esente da sanzione.

Il ragionamento tuttavia, è mal posto.

L'attenzione si è impropriamente qui spostata sulla qualità del dubbio, tralasciando l'unico dato centrale, che si trova a monte, e che è, come detto, il dovere di informarsi.

In sintesi, il problema si potrebbe risolvere nei seguenti termini.

Il dovere di informarsi è adempiuto se il soggetto è diligente nel cercare e vagliare informazioni, nel conoscere prima di agire. Se a valle della ricerca il soggetto è ancora in stato di dubbio, e la ricerca è stata condotta rispettando tutti i canoni cautelari propri del dovere di informarsi allora vuol dire che il dubbio è invincibile. Ovvero, vuol dire:

1. che la disposizione di legge è formulata (o interpretata dalla giurisprudenza), in maniera tale da non consentirne una conoscenza 'piena', cioè una conoscenza che non lasci dubbi (in senso oggettivo, cioè per tutti i consociati); oppure
2. che nonostante tutti i suoi buoni sforzi (sforzi esenti da colpa), l'esatta conoscenza di quella disposizione si trovava al di fuori della possibilità conoscitiva del soggetto: nella duplice possibile accezione, come visto, di rispetto dei canoni cautelari relativi al proprio agente modello di riferimento, ovvero, sul versante del rimprovero soggettivo della colpa, sotto forma di inesigibilità del comportamento conforme al modello cautelare.

E allora, perché il dubbio, stando così le cose, dovrebbe essere un ostacolo al riconoscimento della scusante?

Si considerino sul punto due ulteriori circostanze.

Si è visto come il disvalore dell'agire senza ottemperare al dovere di informazione costituisce violazione, da parte del consociato, del dovere di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. Questo, è il punto di base per l'affermazione della colpevolezza. Ma se il dovere di informazione è ottemperato correttamente (cioè senza colpa), allora quel disvalore viene meno, in quanto il grado di indifferenza (e/o) di ostilità del soggetto al generalissimo dovere di informarsi in modo esatto prima di agire non spicca in maniera netta¹⁸⁶.

Si consideri sul punto come, del resto, ci sembra ben difficile che si verifichino situazioni senza dubbio. Proprio in presenza di quelle condizioni di oggettiva incertezza che manifesta l'ordinamento, che si sono già richiamate come una sorta di condizione immanente del

¹⁸⁶ Vedi su questo punto PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 933.

sistema invaso da un accresciuto tecnicismo e normativo esasperato¹⁸⁷, la condizione di dubbio è una costante che, specie in taluni settori di attività, non potrà purtroppo mai venire meno.

Certo la valutazione, a questo punto, come detto, deve anche considerare la ragionevolezza di tali dubbi, nel senso di quanto siano ‘verosimili’ le diverse interpretazioni che ‘balenano’ nella mente dell’agente.

Ma a parte ciò, si consideri come sia proprio la condizione di dubbio a stimolare la ricerca di informazioni dell’agente. Si verifica a questo punto, specie nel campo dei reati “artificiali” che, come già detto, costituiscono il punto centrale della disciplina dell’errore di diritto scusabile¹⁸⁸, una curiosa tendenza.

Si registra cioè che maggiore è lo sforzo del consociato di adeguarsi alle prescrizioni e alle regolamentazioni dello Stato dirigista, maggiore è il rischio di esporsi alle conseguenze sanzionatorie, ovvero l’esposizione al rischio penale.

Paradossalmente quindi, minore è il tasso di colpevolezza (intesa come rimproverabilità per, appunto, non aver adempiuto al dovere sociale di informazione), maggiore è la possibilità del consociato di essere sanzionato.

Si tratta della “*seconda legge*” del “*Reato come rischio sociale*”¹⁸⁹, fondata essenzialmente su tre motivi:

- 1) Anzitutto, un dato fattuale. Chi si espone chiedendo riscontri sulla propria attività, ha poi maggiori possibilità di essere accertato o valutato. E così, interPELLI all’Agenzia delle Entrate, domande di fattibilità alle autorità provinciali ambientali, per non parlare poi di informative o corrispondenza con la Procura della Repubblica ovvero con organi di polizia giudiziaria: più ci si espone, nel mondo del regolamento, più si viene accertati.
- 2) Dal momento che, alla lettera della Corte Costituzionale, in presenza di dubbio c’è obbligo di astenersi, la richiesta di riscontri può essere letta quale dubbio sulla liceità del proprio comportamento, e quindi come “prova presuntiva” del “dolo eventuale” quanto alla illiceità dell’attività da compiere.
- 3) La regolamentazione tecnicistica delle attività centrali è strutturata a cascata: all’adempimento di un obbligo conseguono altri obblighi, la cui inosservanza è, a loro volta, sanzionata. Adempiere quindi al ‘primo gradino’ di questa scala di

¹⁸⁷ VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit. 235.

¹⁸⁸ Vd. PALAZZO, *Ignorantia legis*, 939.

¹⁸⁹ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 61 ss.

obblighi fa nascere ulteriori obblighi in capo all'agente: più si adempie, maggiore è il rischio penale.

9. Le ipotesi di ignoranza inevitabile.

A valle dell'enunciazione della “visione” sistemica sul principio di colpevolezza, la Corte Costituzionale enuclea delle ipotesi per dare concretezza alle suddette statuizioni di principio. Si tratta di casi che, fondando l'impossibilità della conoscenza del precetto, possono ‘limitare’ l'applicazione del dispositivo dell'art. 5; perché il principio *ignorantia legis non excusat* continua a vivere nell'ordinamento positivo, avendo la pronuncia della Consulta introdotto solo delle deroghe, limitate e tipizzate, sotto forma di scusanti. Da una presunzione cioè assoluta di conoscenza o conoscibilità della legge, che come si è visto costituisce una delle basi culturali e storiche al principio *ignorantia legis*, si è passati ad una presunzione relativa, *hominis tantum*¹⁹⁰.

Da ciò un importante precipitato, sia concettuale che applicativo.

Concettuale, perché mentre la colpevolezza intesa come categoria è un dato *positivo* nella ricostruzione della responsabilità (nel senso che deve esserci dolo o colpa con riferimento agli elementi più significativi della fattispecie), l'inevitabilità dell'ignoranza della legge è, al contrario, un dato *negativo*, nel senso che per aversi rimproverabilità occorre appunto che non ci sia alcuna ipotesi di inevitabilità dell'ignoranza della legge.

Applicativo, perché la trasformazione della presunzione della conoscenza della legge da assoluta a relativa, ha posto sulle spalle dell'imputato l'onere dell'allegazione della sussistenza della suddetta causa di esclusione. Allo stesso tempo, è invece onere dell'accusa l'allegazione della sussistenza del dolo o della colpa, in quanto fatti positivi della responsabilità, e che come tali devono essere rappresentati dalla pubblica accusa.

¹⁹⁰ MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 238.

9.1 Sotto il profilo oggettivo.

9.1.1. Il cittadino e il 'diritto': l' oscurità del testo normativo.

L'assoluta oscurità del dettato normativo è, tra le ipotesi enucleate dalla Corte Costituzionale, quella immediatamente riconducibile all'assunto per il quale presupposto e, insieme, legittimazione del principio di colpevolezza, è il corrispettivo obbligo per l'ordinamento di rendere il precetto 'riconoscibile'. E il primo requisito per dare "riconoscibilità" al comando legale è il rispetto per il Legislatore dei requisiti di determinatezza, chiarezza o precisione della disposizione¹⁹¹.

L'aggancio normativo del principio di riconoscibilità del precetto è da rintracciarsi, nelle parole della Corte, entro l'art. 73, comma 3, Cost., e costituirebbe quindi un'articolazione del dovere di 'pubblicità' delle leggi¹⁹².

Il significato storico e culturale della sentenza n. 364 sta proprio nell'aver ricostruito e valorizzato un modello liberale del sistema Stato - cittadino, in cui la legittimazione a punire deriva dal rispetto di un corrispettivo dovere di chiarezza: non è più solo l'individuo il destinatario di un dovere di obbedienza, ma anche lo Stato è destinatario di una serie di doveri inerenti il rapporto ordinamento – individuo¹⁹³.

Quando si parla di 'oscurità della norma', non possono considerarsi solo quelle ipotesi in cui la lettera della legge presenti un contenuto assolutamente privo di significato, ovvero una assoluta incomprendibilità, anche semantica, della disposizione. E cioè, non può limitarsi alla sola 'oscurità assoluta'¹⁹⁴. Se solo a questo caso fosse limitato il campo applicativo della scusante, allora la stessa non potrebbe praticamente mai essere applicata, nel senso che,

¹⁹¹ A partire dalle teorie illuministiche la 'chiarezza' della legge penale si è posta come uno dei requisiti alla legittimazione della potestà punitiva statale: *"quando il giudice sia costretto... a fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza [...] quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi dalla legge scritta, quando la norma del giusto o dell'ingiusto non è un affare di controversia, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti... Così acquistavano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto"*, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Harlem, 1766, a cura di Venturi, 1981, 16-17.

¹⁹² VASSALLI, *Ignoranza inevitabile della legge penale*, cit., 11.

¹⁹³ PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 698, il quale scrive: *"Com'è noto, è fra le idee chiave del pensiero giuridico moderno l'idea che il diritto penale è il limite invalicabile della politica criminale; che la garanzia apprestata dal diritto penale è, ad un tempo, tutela coercitiva di beni giuridici ed estrema salvaguardia delle condizioni della libertà e della certezza dell'agire individuale"*, e la misura storica della sentenza della Corte Costituzionale starebbe nell'aver affermato questa idea in verità non nuova del pensiero penalistico, recuperando esplicitamente l'idea liberale come principio fondante l'ordinamento positivo.

¹⁹⁴ PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 723.

oggettivamente, un qualche significato una disposizione deve pur sempre averlo. Infatti, anche dalle articolazioni semantiche formulate nella maniera più astrusa è pur sempre possibile ‘cavarne fuori’ un senso compiuto. In questi termini, il dovere di informarsi del consociato, e cioè il suo dovere di cogliere il senso di quella disposizione, non verrebbe mai meno¹⁹⁵.

Inoltre, occorre ritenere che una norma viziata da questo tipo di ‘oscurità’, prima che porre qualsivoglia problema di conoscibilità della legge, si porrebbe in palese contrasto con il requisito di tassatività e determinatezza della legge, e per tanto sarebbe essa stessa incostituzionale¹⁹⁶.

Certo, in questi termini la sentenza della Corte Costituzionale si giustifica anche per l’essere l’art. 5 c.p. strumento molto più agevole (per tutti) rispetto alla ‘eliminazione’ di una norma dall’ordinamento per declaratoria di illegittimità ad opera della Consulta. Del resto, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale sono molto poche le pronunce di illegittimità costituzionale per carenza di determinatezza, ovvero per eccessiva genericità della descrizione normativa, preferendo piuttosto la Corte adottare delle sentenze interpretative di rigetto, tracciando in motivazione delle restrizioni nella possibile interpretazione della norma¹⁹⁷.

Si tratterebbe insomma, a nostro avviso, più di una scelta di politica ‘giudiziaria’ che di stessa politica criminale, perché in questo modo gli organi giudicanti hanno a disposizione uno strumento valido per *la* selezione o *di* selezione dell’opzione penale.

Quando si parla di impossibilità oggettiva di conoscenza della legge, come fa la Corte Costituzionale, ci si riferisce cioè ad una dimensione che non attiene la colpevolezza come tale, cioè la riconducibilità soggettiva di un fatto di reato al suo autore, quanto ad una violazione del principio di legalità, per avere il Legislatore introdotto nel sistema una

¹⁹⁵ In questo senso sembra essersi mossa la giurisprudenza, anche di legittimità, negli anni immediatamente seguenti la sentenza Dell’Andro, nel senso che si fatica a riconoscere la assoluta oscurità del testo di legge preferendo insistere sul dovere del cittadino di adempiere ai suoi obblighi informativi e di conoscenza. Vd. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, 260, nota 110. In tempi più recenti, vedi la giurisprudenza riportata supra al par. 5.

¹⁹⁶ Sul punto, poi vastamente richiamato e condiviso, vs. STORTONI, *L’introduzione*, cit., 1324.

¹⁹⁷ Come sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale per genericità della norma, si registrano: Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 177, sulla genericità della definizione di “proclività a delinquere” di cui all’art.1, n. 3, L. n. 1423/1956 in tema di misure di prevenzione; Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96, dichiarativa della illegittimità costituzionale del reato di “plagio” ex art. 603 c.p.; Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 370, sulla genericità delle “altre cose” di cui al reato di possesso ingiustificato di valori ex art. 708 c.p. Cfr. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Ius17@unibo.it, 2009, 75, nota 73.

disposizione di legge che manca dei requisiti per essere considerata ‘legittima’, e cioè assolvere al compito che gli è proprio ex art. 25 Cost.¹⁹⁸

Ma forse sembra di potersi spingere addirittura oltre, in questa sede, sostenendo come in verità una norma da cui non fosse proprio possibile trarre alcun senso compiuto, cioè nessuna interpretazione, sarebbe praticamente un *tamquam non esset*, nel senso che sarebbe paragonabile ad una sorta di errore materiale negli atti parlamentari o nella pubblicazione in Gazzetta Ufficiale: un vizio cioè che rende anche materialmente nullo l’atto normativo (prima ancora di una sua valutazione ai sensi dei canoni di determinatezza ex art. 25 Cost.), che non dovrebbe neppure superare il vaglio di legittimità formale costituito dall’atto di promulgazione del Presidente della Repubblica. Del resto, la valutazione della ‘oscurità normativa’, secondo l’insegnamento della Corte, deve essere letta in senso oggettivo, e cioè secondo una chiave di lettura valevole per tutti i consociati: anche, ad esempio, per i magistrati del pubblico ministero. Sarebbe ben difficile immaginare un’incolpazione (o imputazione) formulata sulla base di una norma siffatta, perché per formulare la contestazione occorre pur sempre dare una qualche interpretazione alla norma che si assume violata. Una norma cioè da cui non sia possibile ricavare alcuna interpretazione non si presta cioè materialmente ad essere contestata.

Per dare un senso applicativo compiuto all’enunciato della Corte Costituzionale è allora preferibile e, sembra, doveroso, parlare di ‘*oscurità relativa*’, nel senso di una formulazione normativa non priva di qualsivoglia significato, ma che si presenti oggettivamente confusa vista la possibilità di darne letture semanticamente e logicamente diverse, magari alternative o in contrasto le une con le altre¹⁹⁹.

¹⁹⁸ CADOPPI, *Natura giuridica della mancanza dell’autorizzazione*, cit., 387; nello stesso senso PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 929, per il quale la colpevolezza più che completare il principio di legalità, ne costituisce il secondo aspetto, quello più garantistico. Nel senso che è necessario, perché si abbia una forma effettiva di ‘sicurezza giuridica’, che il cittadino quanto meno possa conoscere preventivamente eventuali conseguenze giuridiche (negative) delle proprie azioni, e quindi determinarsi nelle proprie scelte. In questo senso, si vedrà, il percorso giuridico e culturale iniziato con la sentenza 364/1988 (anzi approdato in una sentenza, visto che la letteratura andava ripetendo questi concetti già da un certo periodo) viene portato avanti e completato in alcune sue parti a livello convenzionale, sotto due aspetti: anzitutto con l’elaborazione dei concetti di ‘prevedibilità’ e ‘accessibilità’ al precetto, e poi (e questo è forse il dato più rilevante) con l’esplicita inclusione della giurisprudenza, cioè della *law in action*, entro il perimetro della legalità; della legalità vista, per lo meno, nella prospettiva del privato alle prese con un ordinamento punitivo nel quale fa fatica a distinguere, appunto, tra disposizione e norma, cioè tra diritto scritto e i (vedi oltre, su questi temi, su tutti, CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit.; MAZZACUVA, *Materia penale e doppio binario*, cit.; MANES, *Commento art. 7*, cit.).

¹⁹⁹ MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, 260, che così definisce le situazioni di difficoltà esegetica della norma diverse, appunto, alla ‘oscurità assoluta’: è alle ipotesi di ‘oscurità relativa’ che occorre guardare, perché quelle di più probabile, se non unica, reale ricorribilità.

Occorre poi procedere individuando diverse ipotesi di “oscurità relativa” della norma, differenziando le conseguenze di ognuna di esse con riferimento all’accertamento della responsabilità.

Dal momento che l’evitabilità dell’ignoranza della legge deve sempre essere valutata alla luce del corrispettivo dovere di informazione, occorre verificare l’adempimento del soggetto agli standard ‘cautelari’ propri, e quindi della possibilità, rispettando quegli standard, di risolvere la situazione di dubbio, uscendo dall’errore. Laddove le diverse possibili soluzioni interpretative siano tutte ragionevolmente plausibili, allora si pone in primo piano un problema di rispetto dei principi di tassatività e determinatezza del sistema. Sono infatti queste le ipotesi dove l’ordinamento maggiormente manca al proprio dovere di chiarezza, non rendendo cioè riconoscibile al consociato il perimetro della liceità.

Se a valle del diligente espletamento del proprio dovere di informazione il soggetto opta per una interpretazione sbagliata, ma ragionevole, certo andrà esente da responsabilità perché l’ignoranza è inevitabile.

Se invece della norma fosse possibile dare due diverse interpretazioni, una però ragionevole e l’altra irragionevole (nella prospettiva chiaramente propria dell’*Homo eiusde condicionis et professionis*), e il soggetto sceglie (sbagliando) quella irragionevole, occorre valutare se il percorso logico che ha determinato la scelta sbagliata sia viziato da colpa: in questo caso l’errore di diritto non sarebbe scusato perché evitabile. Occorre cioè verificare, in concreto, la ‘ragionevolezza’ dell’interpretazione preferita (che ha guidato i suoi comportamenti), la presenza o meno di precedenti giurisprudenziali sul punto, l’eventuale apporto di pareri di esperti o meno esperti che lo hanno determinato. Si dovranno quindi differenziare i casi in cui l’errore è comunque dovuto a colpa (essendo quindi era evitabile), ovvero i casi in cui non lo fosse (e quindi era inevitabile, ovvero scusato).

Dai casi suddetti si differenziano naturalmente quelli in cui, data una possibile lettura della disposizione di legge in due diverse interpretazioni, una (quella corretta) fosse ragionevole e l’altra (quella errata, e causale alla commissione del reato) fosse invece fortemente irragionevole. In questo caso la valutazione sulla sussistenza della colpa di cui sopra sarebbe per certi versi precluso *ab origine*, perché una interpretazione (fortemente) irragionevole può essere stata scelta solo a valle di una valutazione viziata da colpa grave, e pertanto ben oltre i rigidi standard di accertamento colposo nell’ambito dell’*error iuris*²⁰⁰.

²⁰⁰ Una esauriente complessiva ricostruzione delle graduazioni, nella prospettiva della responsabilità, tra le diverse maniere in cui l’oscurità del testo normativo può presentarsi, in MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, 261-265.

La giurisprudenza sul punto si presenta particolarmente rigida, e la possibilità di addivenire ad un proscioglimento ex art. 5 c.p. per via di un testo normativo oscuro è quantomeno remota. Afferma infatti la recente giurisprudenza come né “*il carattere di frammentarietà*” di una disciplina normativa, né il fatto che sulla stessa si siano verificati plurimi orientamenti interpretativi, tanto da necessitarne una legge di interpretazione autentica, possono essere invocati come causa di ignoranza incolpevole della legge penale, specie quando, secondo un ‘ritornello’ già evidenziato a proposito del dovere di informazione “differenziato”, l’agente svolga un’attività professionale²⁰¹.

Deve aggiungersi una circostanza da considerare nella critica che non può non essere mossa alla soluzione di individuazione dei casi di inevitabilità del precetto enucleata dalla Corte Costituzionale. La Consulta enuclea infatti dei casi aventi carattere “oggettivo” (poi suddivisi in c.d. oggettivi puri e c.d. oggettivi misti), che in quanto tali potrebbero verificarsi a prescindere dall’essere stato l’agente ‘bravo’ o ‘non bravo’ nell’aver adempiuto al suo dovere sociale di diligenza nell’informazione: in questo sta una certa contraddittorietà del sistema enucleato dalla Corte. Se infatti il dato normativo è oscuro, tale resta a prescindere dall’espletamento dei doveri di informazione. E quindi, se il criterio per la valutazione dell’inevitabilità dell’ignoranza fosse squisitamente ‘oggettivo’, la scusante potrebbe essere riconosciuta anche in caso fosse rappresentata la totale inerzia del soggetto nell’informarsi sulle contenuto legale dell’attività che si accingeva a compiere.

Il parametro ‘oggettivo’ della valutazione dell’inevitabilità della legge, insomma, prescinde dall’accertamento della violazione cautelare, e quindi della rimproverabilità colposa, del soggetto autore dell’infrazione.

Ma come è possibile ottenere dal Legislatore norme e precetti ‘chiari’, sì da impedire il verificarsi di tali dubbi sui confini della norma penale? La Corte Costituzionale, sul punto, insiste sul requisito della “riconoscibilità” del precetto.

Si tratta anzitutto di un *requisito formale*, cioè di corretta redazione della norma. La stessa Corte Costituzionale del resto, in una successiva pronuncia, ha affermato che, purché il sogno illuminista di una normazione che consenta una sola interpretazione possibile resti un’utopia, e un certo grado di dubbio interpretativo è insito nella natura delle cose, vi sono però dei “*requisiti minimi di riconoscibilità e di intelligibilità del precetto penale in difetto*”

²⁰¹ Così Cass., Sez. III, 5 aprile 2011, n. 35694; curioso notare come la Corte parli di frammentarietà della disciplina per indicarne la confusione, laddove la frammentarietà vorrebbe proprio indicare, nella ricostruzione della sistematica penale, la attenta selezione di solo alcune delle condotte lesive del bene giuridico protetto, portando di fatto ad una “confusione ordinata”.

*dei quali la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate*²⁰². Con una precedente sentenza, la Corte Costituzionale aveva altresì affermato come *“il Legislatore ha l’obbligo di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intelligibilità dei termini impiegati”*²⁰³.

È il rispetto di tali canoni a dare corpo al cosiddetto **‘principio di precisione’**, che riguarda proprio il modo in cui la norma viene redatta e il grado di sicurezza che il cittadino da ciò beneficia, nella doppia prospettiva di poter conoscere il precetto (e ciò influirà esattamente sulla riconoscibilità in un’ottica della colpevolezza) ovvero che il giudice sia seriamente vincolato, nell’applicazione, alla lettera del Legislatore (aspetto riguardante, questo, la tassatività).

Si tratta di un tema vasto e che non è possibile approfondire nella presente sede. Si considerino però, per dovere di completezza, le coordinate essenziali di tale questione²⁰⁴.

Anzitutto la ‘precisione’ della norma incriminatrice risentirà dell’utilizzo di un modello di legislazione casistica ovvero di legislazione per clausole generali; la legislazione casistica, che pure garantisce il maggiore grado di precisione, comporta il costo di (i) pericolose lacune della tutela penale che potrebbero essere colmate ‘per analogia’ dal giudice, e (ii) una elefantiasi del diritto penale. La prima delle criticità indicate può superarsi considerando che l’interpretazione analogica dovrebbe in ogni caso evitarsi con il divieto di interpretazione analogica, di cui agli artt. 1 c.p. e 14 prel. c.c., nonché con la considerazione che eventuali lacune nella tutela penale rientrano nella piena legittimità del Legislatore, delimitando l’area di rilevanza penale anche con riguardo alle diverse modalità di lesione, in ossequio al principio di frammentarietà. Se il Legislatore cioè ha lasciato un ‘vuoto’, non prevedendo una certa modalità di offesa del bene protetto nell’elencazione casistica, il significato che l’interprete deve cogliere è di una consapevole limitazione delle ipotesi che, pur offensive, costituiscono reato²⁰⁵.

La redazione per clausole generali, a sua volta, presenta lo svantaggio di una scarsa precisione nell’indicare i confini del perimetro sanzionatorio, ma è allo stesso tempo

²⁰² Corte Cost., 22 aprile 1992, n. 185, in *Giur. Cost.*, 1992, 1333 ss.

²⁰³ Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96.

²⁰⁴ Per una concisa, efficace ed esaustiva enunciazione dei canoni e dei corollari del principio di precisione, vedi MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1999, cit., 60 ss.

²⁰⁵ Sulla selezione delle modalità di lesione, essenza del principio di frammentarietà, riposa uno dei cardini della certezza e della tassatività della legge penale: *“cardine della certezza è la frammentarietà del sistema penale: la tassatività vive sulla descrizione articolata delle condotte punite e sulla forza della lacuna; scomparirebbe di fronte ad un’unica fattispecie penale onnicomprensiva”*; così SGUBBI, *Il nuovo delitto di ‘autoriciclaggio’ una fonte inesauribile di effetti perversi dell’azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014, p.3.

strumento più ‘duttile’ e quindi efficace, nell’impossibilità oggettiva di poter prevedere casisticamente tutte le ipotesi concrete in cui possa articolarsi l’integrazione di una certa fattispecie di reato.

La precisione della fattispecie sarà poi aumentata con un ponderato, e attento, uso di elementi descrittivi, che descrivano cioè oggetti della realtà fisica, ovvero elementi normativi, che completano invece la fattispecie facendo riferimento a dati giuridici o extragiuridici ma, in ogni caso, comprensibili solo con l’ausilio di un’altra norma²⁰⁶.

La riconoscibilità attiene cioè, specie nella sua dimensione ‘applicativa’, cioè in quella più vicina al soggetto che ha dovere di informazione, alla dimensione ‘formale’ della formulazione del precetto, nel senso del dare alla norma un significato che non si presti ad interpretazioni diverse e tutte egualmente ragionevoli, tali da porre il cittadino (anche il ‘buon’ cittadino che diligentemente si informa) in una posizione di incertezza sul significato giuridico dei propri comportamenti.

Ma a monte del profilo ‘formale’ della riconoscibilità del precetto, va considerata la sua dimensione ‘sostanziale’, e cioè come la riconoscibilità non passi solo attraverso la buona formulazione normativa, ma anche attraverso delle buone scelte incriminatrici, cioè un buon utilizzo dell’opzione penale²⁰⁷.

La Corte Costituzionale in diversi passaggi si riferisce ad una visione del diritto penale come *extrema ratio*, e cioè strumento posto a difesa di pochi e determinati interessi meritevoli di tutela, cioè poche norme che siano anche ‘socialmente’ riconoscibili. Tale carattere del diritto punitivo sarebbe infatti funzionale all’effettivo rispetto delle garanzie di cui agli artt. 73, comma terzo, e 25, secondo comma Cost. In questi termini infatti si esprime la Corte: *“queste ultime [le norme penali] possono essere conosciute solo allorché siano ‘riconoscibili’. Il principio di riconoscibilità dei contenuti delle norme penali, implicato agli artt. 73, comma terzo, e 25 secondo comma, Cost., rinvia, ad esempio, alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la ‘extrema ratio’ di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di ‘rilievo costituzionale’ e tali da essere percepite anche in funzione di norme extrapenali, di civiltà, effettivamente vigenti nell’ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare”*²⁰⁸.

²⁰⁶ MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 69.

²⁰⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 123 ss.

²⁰⁸ C. Cost. cit., par. 17.

E si tratta ancora una volta di un obbligo per il Legislatore. Non più di un obbligo formale (cioè riconducibile allo ‘scrivere bene le norme’), ma un obbligo sostanziale. In primo luogo, si evince dalla lettera della Corte, il diritto penale deve essere *extrema ratio*, cioè le norme penali devono essere “*non numerose ed eccessive rispetto ai fini di tutela*”, per tutelare valori di interesse almeno costituzionale. Un diritto penale minimo, dunque, che prevedendo pochi precetti e sanzioni, sia facilmente riconoscibile dai consociati. Si tratta, con tutta evidenza, di un precipitato del principio di sussidiarietà. prima di addivenire all’incriminazione, il Legislatore dovrebbe valutare la disponibilità di altri mezzi di tutela idonei, meno invasivi di questo.

E numerosa dottrina sottolinea quanto l’attuale assetto del diritto penale renda utopistico parlare di diritto penale minimo²⁰⁹.

Anzitutto, il moltiplicarsi delle funzioni promozionali e di difesa sociale (tratto proprio dello Stato-sociale) comporta il moltiplicarsi dell’apparato sanzionatorio a ciò connesso²¹⁰. Si verificheranno quindi fenomeni come il c.d. ‘diritto penale del rischio’ nonché il ritorno a funzioni simboliche o promozionali delle scelte incriminatrici: tutti ostacoli nella realizzazione del principio di sussidiarietà²¹¹. Oltre a ciò, ad incidere negativamente su un apparato sanzionatorio già sovra-dimensionato sta anche l’abuso, riconosciuto da tutti gli esperti della materia, della criminalizzazione che, da *extrema ratio*, diventa *prima ratio*, nel senso di misura di facile introduzione, di basso costo nell’applicazione e di sicuro impatto mediatico nella corsa al consenso elettorale²¹².

In uno Stato moderno, al fine di garantire la libertà *sociale* dei consociati, come visto, corrisponde una spinta all’incriminazione, nel senso di dover sanzionare la violazione del grande numero di regole a ciò finalizzate (dalle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro, alla tutela dei piccoli risparmiatori). Ma allo stesso tempo, si verifica una contro-spinta di segno opposto, che dovrebbe ridurre l’area della rilevanza penale, in quanto pesante compressione della libertà dei consociati. Lo strumento, o meglio lo standard di valutazione per garantire l’equilibrio tra le due spinte risiederà, secondo alcuni Autori, nel c.d. principio della stretta necessità, nel senso che il ricorso alla sanzione penale va circoscritto nei rigorosi

²⁰⁹ Vd. per tutti VASSALLI, *Ignoranza inevitabile della legge penale*, cit., 11, il quale afferma come “*in questo passo, forse, la sentenza si è spinta troppo oltre, con affermazioni che se pur sono da condividersi, potrebbero domani essere richiamate in contesti di difficile soluzione*”.

²¹⁰ Vd. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit.

²¹¹ DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 10-11: “*la visuale dell’extrema ratio [...] contiene in sé, insieme al messaggio di riduzione della sofferenza che la pena comporta, anche la responsabilizzazione (sociale, extrapenale, extragiuridica) verso un autentico impegno preventivo di conoscenza e di azione per ridurre le cause e gli effetti della criminalità: garanzia per gli autori e tutela per le vittime*”.

²¹² CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit. 124.

limiti della necessità di tutelare i diritti fondamentali della persona nonché i beni-mezzo, indispensabili per il reale godimento di tali diritti²¹³. I corollari di detto principio (o sottoprincipi), risiedono ne (i) la meritevolezza di pena, da riservarsi alla tutela di beni fondamentali; (ii) la proporzionalità della pena, da limitare quindi alle offese di natura intollerabile, anche sotto il profilo quantitativo; (iii) nel bisogno di pena, nel senso dell'inadeguatezza delle altre sanzioni (amministrative o civili) alla tutela che si vuole apprestare: soprattutto in questa prospettiva si parla di diritto penale come ultima ratio, nel senso di essere impegnata solo quando gli altri strumenti a disposizione non sono sufficienti; (iv) nella stessa legalità-determinatezza, che rappresenta il 'complemento tecnico' del principio di necessità.

Si rivela in dottrina come, del resto, il ritorno ad un diritto penale 'minimo', ultima barriera di tutela riservata alla protezione di interessi di particolare meritevolezza, incontra oggi nuovi e più temibili ostacoli. Alcuni in verità 'classici', nel senso di un ritorno (ciclico) ad un diritto penale eticizzante, cioè finalizzato a compiti di tutela etici che entrano facilmente in attrito con il principio di offensività²¹⁴. Ne sono un esempio alcuni aspetti, di carattere prettamente promozionale, della legislazione in tema di pedopornografia, e reati sessuali in genere²¹⁵. D'altra parte, la spinta all'utilizzo dello strumento penale trova nuova 'linfa', e ragione fondante, nella dimensione europea degli obblighi di incriminazione (o meglio, obblighi di tutela penale), fino ad arrivare addirittura ad una vera e propria 'competenza penale' dell'Unione Europea, secondo una prospettiva incentrata sull'art. 83 TFUE. Temi questi ancora non del tutto esplorati, eppure già protagonisti di molte delle più importanti modifiche normative degli ultimi anni nel settore penale²¹⁶.

La riconoscibilità della legge penale, presupposto della colpevolezza, passa anche attraverso un importante filtro, sempre inerente la scelta di incriminazione, che è l'essere la norma penale percepibile come tale dai consociati anche sulla base di norme di civiltà extra-penali, "effettivamente vigenti nel settore sociale dove tali norme sono destinate ad operare". Con

²¹³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., XLII: il principio di stretta necessità si giustifica con la considerazione che essendo la libertà la regola, la sanzione penale deve essere l'eccezione.

²¹⁴ Vd. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

²¹⁵ La moderna disciplina in tema di pedopornografia, originariamente introdotta con la legge n. 269/1998, è stata poi oggetto di modifica ad opera dalla L. n. 38/2006, n. 94/2009 e, da ultimo, n. 172/2012; modifiche che ne hanno per certi versi aumentato la portata eticizzante. Vd. su questo tema MAZZACUVA, *I delitti contro lo sviluppo psicofisico dei minori*, in CADOPPI – VENEZIANI (a cura di), *Elementi di diritto penale – parte speciale*, Vol. II – I, CEDAM, 2014, 178 ss.

²¹⁶ Vedi su questi temi SALCUNI, *L'europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2012; e (su una dimensione lievemente diversa, tale da considerare anche gli obblighi di tutela penale di fonte convenzionale), ASHWORT, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, 2013.

queste parole la Corte conferisce spessore costituzionale alla c.d. teoria delle *Kulturnormen*, che vede le scelte di incriminazione come specchio delle norme di cultura, ovvero norme di civiltà, presenti in una data società in un certo periodo storico²¹⁷.

Senza entrare sull'argomento in maniera troppo specifica, dal momento che se ne parlerà anche in seguito in merito alla distinzione, utile ai fini della disciplina dell'errore di diritto, fra reati 'naturali' e reati 'artificiali', si ricordi come questa categoria è utile nel superare alcune limitazioni insite nella dimensione costituzionale del diritto penale, come modalità di selezione dei beni giuridici meritevoli di tutela²¹⁸.

Infatti, la dimensione costituzionale del diritto penale vuole che i beni giuridici meritevoli di tutela (penale) siano solo quelli identificabili, esplicitamente o implicitamente, entro la Costituzione²¹⁹. Ma ciò non è sufficiente ad esaurire il vaglio critico sulle scelte di incriminazione, dal momento che è necessario non solo selezionare i beni giuridici meritevoli di tutela, bensì anche (i) quale sia il *livello minimo di offesa* sufficiente a determinare la risposta sanzionatoria e (ii) *quali fatti*, lesivi di quel bene giuridico, debbano costituire oggetto di divieto penale. Tanto richiede il principio di frammentarietà, nel senso di una prospettiva del reato come illecito di modalità di lesione²²⁰. È su questo piano che entra 'in scena' la teoria costituzionale-culturale del bene giuridico. La scelta di incriminazione è legittimata solo laddove la coscienza sociale, secondo una preponderanza di consensi, ravvisi la 'criminosità' di un certo *fatto*²²¹. Fatto inteso, quindi, sia come condotta che come evento: entrambi questi elementi devono essere riconosciuti come 'criminosi', cioè meritevoli di sanzione (detentiva), dalle norme di cultura, cioè dalla maggioranza dei consociati. La teoria delle *Kulturnormen* ha quindi il pregio di abbracciare sia la disvalore dell'evento che il disvalore della condotta²²². Come *limite* alle scelte incriminatrici, cioè a garanzia di un diritto penale laico e non fondato sul giustizialismo della

²¹⁷ Vedi diffusamente, sulla teoria delle *Kulturnormen*, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., Vol. I, pt. II.

²¹⁸ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 127.

²¹⁹ Sulla teoria costituzionale del bene giuridico, BRICOLA, *Teoria del reato*, cit., 19ss; DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale nella Carta Costituzionale*, in *Foro it.*, 2001, II, 1.

²²⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., XLIII.

²²¹ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 127.

²²² Nella medesima opera, cit. nella precedente nota, l'Autore formula un esempio utile ad inquadrare il problema. Si ipotizzino due casi: nel primo caso Tizio è inadempiente di un'obbligazione contrattuale, procurando a Caio un danno patrimoniale di 1000 Euro. Nel secondo caso, Tizio 'ruba' a Caio un bene di sua proprietà del valore di 1000 Euro. Ebbene, il mero disvalore d'evento dei due fatti sarebbe analogo, nel senso di una lesione al bene giuridico protetto (patrimonio) equivalente. Ma nel secondo caso le *Kulturnormen* di riferimento percepiscono come 'criminoso' e quindi meritevole di pena la condotta di Tizio, cosa che non vale per il primo caso, trattandosi di un'obbligazione civilistica che potrà essere fatta valere nelle sedi competenti.

piazza, si sottolinea come le *Kulturnormen* non agiscono mai in positivo, cioè non obbligano il Legislatore ad incriminare certi fatti, solo perché ritenuti meritevoli di sanzione.

Un problema della teoria delle *Kulturnormen* è costituito naturalmente dal relativismo, cioè dalla difficoltà da un lato, di individuare quali siano le *Kulturnormen* stesse, in un contesto valoriale sempre più parcellizzato e frammentato, dall'altro, di evitare che le opinioni 'della preponderante maggioranza', diventando scelte incriminatrici, si impongano fino a negare le opinioni delle componenti 'non allineate' della società. Ciò lederebbe, e sacrificerebbe, da un lato la democraticità del sistema, dall'altro la stessa riconoscibilità del precetto penale, per coloro quanto meno che 'appartengono' ad un gruppo culturale o sociale non in sintonia rispetto alla scelta di incriminazione. Si tratta di un problema pratico e contingente, che potrebbe risolversi alzando il livello quantitativo del consenso, e considerando come punto di riferimento '*la stragrande maggioranza dei consociati*'²²³. In questo senso, anche l'appartenente a gruppi di minoranza potrebbe riconoscere il precetto, anche senza dividerlo in base alle proprie norme di cultura.

9.1.2 (segue) ... e il caos giurisprudenziale

L'inevitabilità dell'ignoranza della legge può poi fondarsi, ai sensi della motivazione della Corte Costituzionale, nel '*gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari*', idoneo ad ingenerare nel privato, nel consociato, una obiettiva (perché sempre di criteri 'oggettivi' stiamo parlando) impossibilità di conoscere il precetto, e quindi di potersi adeguare ad esso.

Si prenda in considerazione ad esempio il contrasto creatosi nella giurisprudenza (ai tempi della sentenza della Corte Costituzionale), su quale fosse da considerarsi il termine ultimo per il versamento delle ritenute di cui all'art. 2, comma secondo, L. n. 516/1982, e da cui quindi dipendeva la commissione del relativo reato omissivo proprio²²⁴. Sul piano tributario infatti era possibile versare la ritenuta in ritardo, pur con una maggiorazione di costo, disponendo quindi diversi termini per adempiere, successivi al primo.

Sul fronte penale, si contavano quattro diversi orientamenti su quale rilievo attribuire al versamento tardivo della ritenuta: chi riteneva che si potesse adempiere entro la sentenza di condanna, chi entro la presentazione del modello 770, chi entro il terzo giorno seguente alla

²²³ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 131.

²²⁴ CADOPPI, *Error Iuris e conoscenza dell'antigiuridicità*, cit., 76.

scadenza del primo termine tributario, chi invece (linea ‘durissima’) entro la prima scadenza tributaristica, pena la commissione del reato che si configurava infatti come una omissione propria a condotta istantanea²²⁵. Il termine entro cui adempiere al comando rappresenta un elemento essenziale del reato omissivo proprio, stante, fino a quel momento, la carenza di qualsivoglia disvalore sia nella condotta (che non si è ancora tenuta) che nell’evento (che non si è realizzato, neppure in nuce)²²⁶.

E non ci si può certo oggi giorno riparare dietro alla scusa della pluralità normativa, che pure caratterizzava i primi decenni dell’unità italiana, dove a fronte di ben tre diversi codici penali e cinque diverse Corti di Cassazione (situate a Torino, Firenze, Roma, Napoli, Palermo), nel 1888 Lucchini contava ben 256 questioni di diritto penale sostanziale o processuale che davano luogo a ‘discordanze’ di giurisprudenza²²⁷.

Trascorso un secolo e più e unificate la normativa e la giurisdizione, continuano a registrarsi anche recentissimi casi di contrasti interpretativi che danno una chiara idea di quanto vasto e profondo sia il problema della non omogeneità delle interpretazioni giurisprudenziali. E si tende a limitare la ricerca, e la relativa ‘costernazione’, alla sola giurisprudenza di legittimità, cioè alle pronunce della Corte di Cassazione.

Fra tutti, si pensi al contrasto venutosi a creare recentemente sulla natura della dichiarazione di fallimento entro le fattispecie di bancarotta fraudolenta. La natura della sentenza dichiarativa di fallimento è sempre stata oggetto di dibattito tra dottrina e giurisprudenza²²⁸. La giurisprudenza sul punto appariva abbastanza costante, in quanto a partire dalla sentenza delle SS. UU. della Corte di Cassazione del 25 gennaio 1958, n. 2, ne riconosceva la natura di “elemento costitutivo” del reato di bancarotta, pur senza specificare esattamente di quale elemento si trattasse, e cosa questo comportasse a livello di ricostruzione della fattispecie. Ebbene, in una recente sentenza (Cass., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502), la Suprema Corte affermava come fosse necessaria alla sussistenza della bancarotta fraudolenta la presenza (e la relativa ricostruzione processuale) di un nesso di causalità tra la condotta tipica di bancarotta e il dissesto dell’azienda, in ossequio “*ai principi generali dell’ordinamento in materia di responsabilità penale personale, di cui agli artt. 27 Cost. e*

²²⁵ Vedi, per una panoramica sulle diverse soluzioni prospettabili, vedi CADOPPI, *Commento all’art. 2*, in CARACCIOLI – GIARDA – LANZI, *Diritto e procedura penale tributaria - Commentario della legge n. 516 del 1982*, CEDAM, 1989, 115 ss.

²²⁶ vd. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., Vol. II.

²²⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 69.

²²⁸ Vedi sul tema BELTRAMI, *Il ruolo della sentenza di fallimento nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione: le contraddizioni della giurisprudenza*, in *L’Indice Penale*, 2014, 1, 85 ss.

40 c.p.”. In questi termini, la dichiarazione di fallimento avrebbe natura di “evento” del reato di bancarotta.

Lo stesso giorno, la stessa sezione (la V), nella stessa composizione, ma con relatore diverso, affermava un principio opposto, per cui per aversi bancarotta fraudolenta non era necessario alcun collegamento eziologico tra la condotta tipica e il dissesto, data la natura di reato di pericolo della fattispecie di bancarotta²²⁹.

Insomma, come felicemente rilevato in dottrina, “*che il panorama della nostra italica giurisprudenza penale sia più assimilabile ad una inestricabile giungla amazzonica che ad un pratino all’inglese, è cosa tutto sommato risaputa*”²³⁰.

Lo studio del contrasto giurisprudenziale assomiglia ad uno studio di filologia, perché essenzialmente occorre mettere in atto tecniche di esegesi del linguaggio e di ricostruzione del pensiero.

Il contrasto giurisprudenziale può dividersi in diacronico e sincronico; si avrà contrasto diacronico quando una precedente interpretazione viene cambiata da una sentenza successiva (sarà questo il caso dell’*overruling*, con annesso problema della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale²³¹), mentre il contrasto sarà sincronico quando, nello stesso tempo, convivono nel diritto vivente, cioè nella *law in action*, diverse interpretazioni di un medesimo problema giuridico, senza che nessuna possa dirsi ‘consolidata’²³². I contrasti saranno poi semplici, se basati su due diverse interpretazioni di una medesima questione, ovvero multipli, se coesistono in un certo periodo più di due interpretazioni. Costituisce esempio di contrasto sincronico multiplo quanto avvenuto nella giurisprudenza di legittimità in tema di distinzione, e di spazi applicativi, delle fattispecie di concussione, corruzione propria e induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui gli artt. 317, 319 e 319 *quater* c.p., a valle della riforma dei reati contro la pubblica amministrazione di cui alla L. n. 190/2012, e che determinava quindi la rimessione della questione alle Sezioni Unite²³³. Le Sezioni Unite si pronunciavano sul punto con la sentenza n. 12228/2013, che invero

²²⁹ Così Cass., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 733.

²³⁰ CADOPPI, Il valore del precedente, cit., 73.

²³¹ Vd. infra, Cap. II.

²³² Nella Giurisprudenza di legittimità, la nozione di ‘diritto vivente’ è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, “*con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall’ordinamento giudiziario*”, così Cass. SS.UU., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Cass. Pen.*, 2011, 17 ss. Vedi anche CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit. 73.

²³³ Sentenza pubblicata su *Dir. pen. proc.*, 2014, 5, con commento di SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*. Con la sentenza 24 ottobre 2013, n. 12228 le SS.UU. ‘risolvevano’ il contrasto tra tre diversi filoni interpretativi che aveva affrontato il difficile tema della distinzione tra le fattispecie nate dalla riforma di cui alla L. n. 190/2012, creando in pochi anni un ‘fiume’ di sentenze di legittimità profondamente diverse per contenuti e soluzioni pratiche adottate.

risolveva il contrasto ‘*palese*’ della giurisprudenza di legittimità introducendone uno ‘*occulto*’, o almeno così sembra poter pronosticare. La soluzione del contrasto passava infatti attraverso maglie argomentative talmente ‘larghe’ che consentirà di fatto a qualsiasi giudice in futuro di applicare le succitate norme secondo dei paradigmi interpretativi del tutto diversi tra loro, ma al riparo dalla denuncia di contrasto giurisprudenziale, in quanto ciascuna delle diverse interpretazioni troverà nelle Sezioni Unite uno spazio di riconoscimento e quindi di legittimazione²³⁴.

In che modo si pone esattamente in relazione la giurisprudenza, rispetto alla riconoscibilità della legge penale, con il requisito dell’imputazione colpevole di un fatto di reato? In due modi, fondamentalmente.

Da un lato, ed è quanto si è visto sinora, il caos giurisprudenziale, come ammoniva anche la Corte Costituzionale, crea incertezza per il cittadino su cosa sia lecito e cosa non lo sia. In questi casi tuttavia il rischio è che la scusante dell’ignoranza inevitabile non sia facilmente utilizzabile, dal momento che incombe il ragionamento formulato dalla Corte Costituzionale in tema di dubbio: nel dubbio della rilevanza penale di una certa condotta, il consociato dovrebbe astenersi dall’agire. Se agisce, accetta il rischio di commettere un reato, e si mette quindi nella posizione soggettiva ‘rimproverabile’ di aver violato una regola dell’ordinamento. Sopra si è già osservato come invero il discorso non meriti accoglimento: è la diligenza nell’adempimento del dovere di informazione il parametro di valutazione della rimproverabilità dell’agente. Ovvero, se a valle di uno sforzo informativo incolpevole permane il dubbio sull’interpretazione da dare ad una certa norma (anche ai sensi di contrasti sincronici, magari di tipo multiplo), allora l’ignoranza della legge è inevitabile, e dovrebbe trovare applicazione la scusante di cui alla nuova lettera dell’art. 5 c.p.

Ma i casi ancora più insidiosi, perché non lasciano al consociato alcuna possibilità non solo di riconoscere il precetto, ma anche di astenersi dal commettere fatti che *potrebbero* costituire reato, è il contrasto diacronico, nel senso di una soluzione data al caso di specie diversa da quella affermata in precedenza. Questo è un caso che, più ancora delle ipotesi precedenti, esprime tensioni con il principio di legalità, nel senso che diventa strumento, in determinati casi, per una vera e propria applicazione retroattiva di scelte incriminatrici maturate dalla giurisprudenza: perché il diritto penale giurisprudenziale, fondato su casi concreti in cui il fatto di reato, per forza di cose, è commesso *prima* delle decisioni del

²³⁴ Per una lettura critica della Sentenza, che non dà chiavi di lettura univoche e quindi si presta all’arbitrio applicativo giurisprudenziale, BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2014.

giudice, è sempre retroattivo²³⁵. Si tratta del fenomeno del cosiddetto *Overruling* sfavorevole, nei confronti del quale, ai sensi della migliore dottrina che per prima si è occupata di questo tema, il consociato dovrebbe essere tutelato proprio grazie alla scusante dell'art. 5 c.p.²³⁶.

Parlando di caos giurisprudenziale, ovvero di non riconoscibilità del precetto dovuta a comportamenti della giurisprudenza ondivaghi, ci si riferisce, anzitutto, ad una crisi della legalità. Nel senso che non viene solo minacciata la riconoscibilità del precetto da parte del consociato, ma anche altri sotto-principi sono a rischio, prima fra tutti la riserva di legge.

La riserva di legge, nel senso della potestà parlamentare sulle scelte di incriminazione, è minacciata dalle 'applicazioni conformi' delle norme interne alle fonti internazionali, di una certa visione distorta della 'funzione supplente' e, in generale, da tutto quell'"ordinamento politico occulto" che ha portato alla creazione della categoria della giurisprudenza-fonte²³⁷.

Ma i due problemi non coincidono, e vanno quindi trattati su due piani separati. Anche un diritto di creazione giurisprudenziale può essere riconoscibile, laddove rispetti dei canoni di omogeneità applicativi, quali possono essere il vincolo del precedente delle giurisdizioni superiori e il divieto di *overruling*, cioè di cambiamento interpretativo *contra reum* (e imprevedibile) al caso *sub Judice*.

Anzi, si potrebbe aggiungere di più. La riconoscibilità della 'legge penale', nel senso di conoscibilità dei confini della rilevanza penale delle proprie condotte, passa *soprattutto* attraverso il diritto vivente, che affina e riempie di significato la *law in the books*. La disposizione legale, diventa norma. Ma, a queste condizioni, una norma, ancorché conoscibile, può essere comunque in contrasto con il principio di legalità, nel senso di una violazione della riserva di legge.

La Corte Costituzionale non pensava al diritto vivente come categoria distinta dal diritto scritto. Quando si riferiva al 'caos giurisprudenziale', intendeva evidentemente il 'classico' problema dei contrasti interpretativi, cioè della non omogenea lettura delle disposizioni normative e della loro applicazione scostante, sia in senso 'verticale', cioè fra giudici sovraordinati l'uno all'altro, ovvero 'orizzontale', ovvero fra giudici dello stesso livello, ma in luoghi differenti²³⁸.

²³⁵ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 113,

²³⁶ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 146.

²³⁷ Vedi su questi temi INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda*, cit.; MANTOVANI, *Intervento in Legalità e giurisdizione – le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, CEDAM, 2001, 7ss.

²³⁸ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 74.

In alcune pronunce, anche molto risalenti, la Consulta introduceva il tema del ‘diritto vivente’, inteso però come norma giuridica attualizzata alla quotidianità, ossia interpretata dai giudici ordinari, ogni giorno, nei casi di specie²³⁹. Il diritto vivente di derivazione CEDU, entrato nel nostro ordinamento ai sensi, specie, delle sentenze gemelle della stessa Corte Costituzionale del 2007, ha tutto un altro spessore, nel senso di una fonte parallela e complementare al Legislatore al livello di elaborazione delle fattispecie di reato.

Ed è proprio su questo punto che si apre, come un vortice, il tema della crisi della legalità dell’odierno sistema penale. Legalità come riconoscibilità del precetto, da un lato. Legalità come riserva di legge, cioè come monopolio delle scelte di incriminazione del Legislatore, dall’altro.

La colpevolezza, non è ‘specchio’ di entrambe queste facce della legalità. Lo è solo della prima, cioè della riconoscibilità. Ma se poi la norma ‘riconoscibile’ abbia o meno, e in che misura, risentito dell’intervento ‘creativo’ giurisprudenziale, ovvero sia il frutto di ‘letture conformi’ a Costituzione o a elementi normativi sovranazionali, al consociato che si informa, poco importa. Si vedrà nel prosieguo uno dei precipitati applicativi di questa affermazione: e cioè che la fonte convenzionale riconosce al massimo grado la ‘riconoscibilità’ del precetto, ma non la riserva di legge.

9.2 Sotto il profilo soggettivo.

Già si è ampiamente riferito come la Corte Costituzionale, nel tirare le conclusioni dell’apertura alla scusabilità dell’errore di diritto, si rivolga a criteri oggettivi, cioè criteri che, nella critica degli interpreti, spingono in una direzione per certi versi ultronea rispetto al tema in discussione, perché non attengono al soggetto agente, e molto invece all’ordinamento, reo di non presentarsi in maniera riconoscibile al consociato²⁴⁰. In violazione, cioè, del principio di legalità.

A questi criteri la Corte Costituzionale aggiungeva i c.d. criteri oggettivi misti, cioè le ipotesi di buona fede dell’agente, causate da una ‘induzione in errore’ da parte di soggetti qualificati. E si tratta, in questo caso, di una derivazione ‘lontana’, cioè il sostanziale recepimento della originaria scusante della buona fede nelle contravvenzioni.

²³⁹ Si veda in questi termini, tra le altre, e più risalente, Corte Cost. 3/1956, ove ci si riferisce alla “*norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici*”.

²⁴⁰ In questi i termini soprattutto i già citati STORTONI, *L’introduzione nel sistema penale*, cit.; CADOPPI, *Error Iuris*, cit.; MANTOVANI, *Ignoranza della legge penale*, cit.; PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, cit.

Accanto però a queste ipotesi, già originariamente tracciate dalla giurisprudenza costituzionale nel 1988, la giurisprudenza di legittimità ha enucleato una casistica di ipotesi c.d. soggettive, che attengono cioè in maniera specifica al soggetto. Si tratta di quelle ipotesi in cui non sono il precetto o la norma la causa dell'ignoranza, ma si considera invece l'incapacità soggettiva del destinatario di riconoscere, e quindi conoscere, quella norma.

Il dato in effetti è estraneo alla pronuncia della Corte Costituzionale, la quale non ammetteva invece che l'ignoranza della legge potesse essere scusata, laddove conseguenza di per sé di caratteristiche del soggetto, essendo necessaria la sussistenza di una causa oggettiva, o al più oggettiva mista, da agganciarsi quindi alla norma o al precetto²⁴¹.

Le cause di ignoranza c.d. soggettive pure, cioè da ricondursi in toto alle qualità o caratteristiche del soggetto agente, sono da ricondurre a quei casi in cui, appunto, è l'appartenenza del soggetto ad un determinato gruppo sociale o culturale la 'causa' del suo stato di ignoranza²⁴².

In una recente pronuncia, la Corte di Cassazione così sinteticamente esprime il parametro soggettivo di ignoranza inevitabile del precetto penale, come quello basato: *“sulle caratteristiche personali dell'agente che abbiano influito sulla conoscenza del precetto, come l'elevato deficit culturale, alla luce, ad esempio, della condizione di straniero proveniente da aree socio-culturali molto distanti dalla nostra e da poco in Italia; o l'incolpevole carenza di socializzazione”* (Cass., Sez. VI, ud. 7 novembre 2013, n. 6744).

Le situazioni enucleate dalla giurisprudenza di legittimità sono quindi essenzialmente due. La prima è un elevato deficit culturale, la seconda è la (incolpevole) carenza di socializzazione.

Quanto al **deficit culturale**, non vi è dubbio che la condizione di straniero proveniente da un contesto sociale e culturale molto diverso possa senz'altro esserne un valido esempio. Del resto, in ordinamenti stranieri è stata introdotta una specifica ipotesi di “errore di diritto culturalmente condizionato”: si tratta dei codici penali peruviano del 1991 e boliviano del 2008²⁴³.

²⁴¹ BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore*, cit. 96.

²⁴² In questi termini vedi ad esempio Cass., Sez. II, 20 maggio 2010, n. 26799, in tema di ricettazione.

²⁴³ Le specificità sociali dei Paesi in questione la dicono lunga sul contesto politico di previsione di una tale disposizione: si tratta di ordinamenti di carattere 'occidentali' a confronto con una minoranza culturale di matrice autoctona. In queste condizioni, cioè in alcuni Paesi con forte minoranza autoctona, sono stati altresì previsti dei sistemi punitivi – conciliativi paralleli e separati rispetto a quello ordinario, e riservato ai 'culturalmente diversi'. Vd. BERNARDI, *Il fattore culturale*, cit., 65. Nel caso dei Paesi europei il tema si pone evidentemente in maniera diversa. Vd. M. LANZI, *La Claim of Right*, cit.

Non si ritiene naturalmente che una analoga situazione possa, e neanche tutto sommato debba, introdursi in Italia, né si intende dilungare sullo specifico tema; basti però ricordare, con poche battute, come nel rapporto tra il fattore culturale e l'ignoranza della legge, a entrare in crisi può esse sia il requisito della riconoscibilità del precetto, sia materiale che formale, sia il requisito, per usare una terminologia di derivazione più "Convenzionale", come si vedrà, dell'accessibilità dello stesso precetto²⁴⁴.

Quanto alla riconoscibilità, si è visto sopra come questa debba essere considerata nella sua dimensione materiale e formale. Riconoscibilità materiale, nella misura in cui si compiono scelte di incriminazione in maniera condivisa con il comune sentire sociale²⁴⁵. Riconoscibilità formale, nel senso di una corretta redazione della norma, nel rispetto del principio di determinatezza-tassatività²⁴⁶.

Sotto questo secondo profilo, il problema si pone quindi nel senso di capire come una la provenienza culturale del soggetto possa influire sulla sua capacità di comprendere la formulazione letterale delle disposizioni normative. Sul punto, non sembrerebbero esserci spazi apprezzabili di scusabilità: il profilo di 'inaccessibilità' della norma per lo straniero potrebbe essere, naturalmente e in prima battuta, la stessa lingua in cui sono redatte le norme. La 'barriera linguistica' è senz'altro riconosciuta a livello processuale, con la previsione del diritto, riconosciuto anche a livello europeo ai sensi della Direttiva dell'Unione Europea 2010/64, all'assistenza linguistica per la traduzione degli atti e nello svolgimento del processo. Ma non si ravvisano precedenti nel senso del costituire questa fondamento per la scusabilità dell'ignoranza della legge italiana.

Con riferimento invece alla *riconoscibilità materiale* del precetto, la giurisprudenza, che pure ha in varie occasioni riconosciuto l'inevitabilità dell'ignoranza della legge italiana per soggetti stranieri, ha ricondotto tali ipotesi nel campo dei c.d. reati artificiali, e non già in quello dei c.d. reati naturali.

²⁴⁴ Il vasto tema del rapporto tra cultura del soggetto e ignoranza della legge si sostanzia nell'istituto delle esimenti culturali. Si richiama sul punto la nota già formulata a pagina 5 del presente Capitolo, e si richiama soprattutto BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit.; nonché BERNARDI, *Il 'Fattore culturale' nel sistema penale*, Giappichelli, 2010, 110 ss, sullo specifico tema di fattore culturale ed errore sul precetto.

²⁴⁵ Come visto, il punto è richiamato nella sentenza della Corte Costituzionale, ed approfondito da CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 127 ss., con l'avvertimento che la prevedibilità sociale, cioè la conformità dell'incriminazione a *Kulturnormen* deve riguardare l'intero fatto, cioè sia l'offesa (come evento naturalistico) sia la condotta: questo rileverà, soprattutto, nel dare effettività al principio di frammentarietà, cioè della selezione della modalità di lesione.

²⁴⁶ M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV. *Introduzione al sistema penale*, cit., 224 ss. Se, infatti, la tassatività è letta più che altro come vincolo per il giudice nell'applicazione della norma, con il correlato divieto di interpretazione analogica, la determinatezza si apprezza proprio nella prospettiva del consociato, che può "individuare con certezza la linea di confine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è".

Sul punto si ritiene interessante ricordare un passaggio della motivazione della sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale, nel quale si esclude che il c.d. ‘errore *generale*’ o ‘*comune*’ sul divieto costituisca valida scusante per l’ignoranza della legge²⁴⁷. Significa che l’appartenere ad un gruppo umano, sociale, in cui sia generalizzato l’errore di diritto, e la non conoscenza del precetto, non è scusante. Certo, l’appartenenza a tale gruppo potrà incidere nella valutazione della evitabilità dell’errore, nel senso di incidere sull’accertamento della colpa relativa al dovere di conoscenza. Ma in che modo? Non sotto il profilo oggettivo della predisposizione della regola cautelare, perché il principio di uguaglianza formale impone, a nostro parere, che non si possano agevolare gruppi sociali rispetto ad altri, quanto piuttosto alla conoscenza della legge (e questo potrebbe valere anche in negativo, nel senso dell’inopportunità di prevedere standard più alti per i c.d. soggetti qualificati)²⁴⁸.

L’appartenenza ad un gruppo sociale in cui sia diffuso un generalizzato errore di diritto, tuttavia, può incidere sulla rimproverabilità dell’agente, ovvero sulla misura soggettiva della colpa, in termini di inesigibilità della conoscenza del disposto normativo. In questi termini, sarebbe più difficile per quel soggetto, rispetto ad altri, adempiere al dovere di conoscenza²⁴⁹.

Ma questa valutazione attiene alla verifica della colpa nell’adempimento del dovere di informazione, e nulla implica invece sulla vigenza, anche per l’agente, della norma sconosciuta e violata: la Corte Costituzionale sottolinea come altrimenti vorrebbe dire assegnare all’errore comune una sorta di valore di “*consuetudine abrogatrice di incriminazioni penali*”.

Proprio in tema di errore comune, interessante una moderna pronuncia della giurisprudenza di legittimità con la quale si nega effetto scusante alla ‘generalizzata’ convinzione, perché riportata sui mass media, sul limite di quantità di sostanza rilevante ai fini della sussistenza del reato di cessione di sostanze stupefacenti ex art. 73 D.P.R. n. 309/1990, sostenendo come, dal momento che la Corte Costituzionale ‘aggancia’ la scusante dell’art. 5 alla “ragionevole inevitabilità” dell’ignoranza sul precetto, e che questa vada valutata a valle del compimento diligente del proprio dovere di informazione, a ciò non possono essere ricondotte “*distorte e generiche informazioni mass-mediologiche o correnti nel pubblico*”²⁵⁰.

²⁴⁷ Vd. par. 26/2 sent. cit.

²⁴⁸ vd. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 384.

²⁴⁹ Si può richiamare sul punto le teorie sulla colpevolezza di ZAFFARONI, ne *La cuestion criminal*, Ibanez, 2013, laddove si parla di ‘vulnerabilità’ penale, proprio nella prospettiva del *background* sociale di appartenenza.

²⁵⁰ Così Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2011, n. 4613.

Quanto alla distinzione, sotto questo profilo, tra reati naturali e reati artificiali, si diceva che maggiore è la lontananza del reato rispetto al sentire sociale (e maggiore è la distanza culturale tra l'agente e l'ordinamento), maggiore è la possibilità che l'ignoranza possa essere considerata inevitabile, e quindi scusata.

Proprio in questa prospettiva si inquadrano ad esempio le sentenze sul rapporto tra circoncisione rituale e esercizio abusivo della professione sanitaria²⁵¹. Nel caso riportato in nota, la Cassazione riconosce l'ignoranza inevitabile, mischiando in verità tra loro tanti elementi diversi. Si riferisce della (i) liceità sostanziale delle pratiche di circoncisione rituale, in una società multiculturale; ci si riferisce (ii) alla mancanza di lesione di diritti indisponibili del piccolo sottoposto all'intervento; e ci si riferisce, solo alla fine, (iii) alla carenza di socializzazione della donna africana imputata, (iv) al suo comportamento premuroso verso il bambino e (v) alla sua 'naturalzza' nel raccontare ai medici quanto avvenuto.

Di tutte queste circostanze, solo la carenza di socializzazione (iii) dovrebbe rilevare per la determinazione dell'essere l'ignoranza della legge che vieta quel tipo di intervento, svolto in quelle circostanze, scusabile o meno. La naturalzza nel racconto ai medici (v) incide a livello probatorio sulla buona fede della donna nella liceità della propria condotta (perché se avesse avuto il dubbio di avere svolto qualcosa di illecito, non avrebbe raccontato tutto ai medici dell'ospedale). Il punto (i) sul relativismo culturale, è una considerazione di politica criminale che potrebbe al massimo condurre ad una lettura costituzionalmente orientata della scriminante putativa dell'esercizio di un diritto; il punto (ii), ovvero la modesta offensività, potrebbe al più incidere sull'essere il fatto appunto inoffensivo, e il punto (iv), infine, cioè l'aver la madre portato il bambino in ospedale senza ritardo, può incidere sulla valutazione complessiva di essere questa donna, nonostante la circoncisione andata male, una madre premurosa. Ma nulla di tutto ciò dovrebbe riguardare l'accertamento della colpa sull'*error iuris*. Come si vedrà a breve, parlando della rilevanza dell'*error iuris* nel campo dei reati naturali, spesso i piani si confondono, e un principio generalissimo come quello di colpevolezza, e la disciplina dell'*error iuris*, vengono applicati in modo più o meno rigoroso a seconda del campo in cui si opera, e se quindi da un punto di vista di politica giudiziaria sia ammissibile (probabilmente agli occhi dell'opinione pubblica), un'assoluzione o meno.

In generale, la giurisprudenza riconduce la maggiore 'frequentazione' che il soggetto straniero possa avere con persone di nazionalità italiana, ad un effetto di "avvicinamento"

²⁵¹ Così la più recente sentenza riscontrabile sul caso: Cass., Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646.

del soggetto allo stesso ordinamento, così da poter annullarne la distanza culturale: è questo il caso ad esempio delle coppie miste, quando uno straniero sia coniugato o convivente con un cittadino italiano²⁵².

Interessante notare un caso in cui in verità si è affermato l'opposto, nel senso che proprio la *vicinanza* (e non la *lontananza*) del Paese di origine può fare nascere un affidamento del soggetto nell'omogeneità degli ordinamenti giuridici, senza conoscere in questo modo, incolpevolmente, alcune differenze pure esistenti tra i due. Nel caso di specie due soggetti tunisini residenti in Francia transitavano per l'Italia per imbarcarsi a Genova e tornare in Tunisia. Venivano trovati in possesso di un fucile ad aria compressa, e denunciati per detenzione abusiva d'arma. Il dato giuridico è che in Francia (almeno all'epoca dei fatti) non occorre alcuna licenza per il porto di armi ad aria compressa, mentre secondo la normativa italiana tali armi erano equiparate alle armi comuni da sparo. Ebbene, i due soggetti venivano assolti, perché la vicinanza culturale e giuridica tra i due Paesi (Italia e Francia) aveva fatto sorgere in essi, in buona fede, la convinzione che la relativa legislazione dovesse essere analoga²⁵³. Si sottolinea giustamente nella già citata dottrina come questa considerazione potrebbe oggi essere ancora più fondata, alla luce dell'eliminazione delle frontiere e delle dogane tra i Paesi UE, espressiva di "*non solo di rapporti politici non conflittuali, ma anche di un processo di riavvicinamento 'socio-culturale' destinato a riflettersi sul piano normativo*"²⁵⁴.

Nessuna apertura invece si riscontra verso il riconoscimento di ignoranza inevitabile, dovuta a fattori culturali, nel caso di commissione di reati c.d. naturali. La ragione, si ritiene, è di segno prettamente politico-criminale: ovvero, non si vuole ammettere questa possibilità.

Non potrebbero infatti escludersi, almeno a livello astratto, casi in cui ad un soggetto straniero, o de-socializzato, sia effettivamente ed incolpevolmente sconosciuta la rilevanza penale di fatti quali maltrattamenti in famiglia, ovvero riduzione in schiavitù²⁵⁵. Tuttavia la chiusura sul punto, da parte della giurisprudenza di legittimità, è fortissima.

Affermano infatti in maniera costante i Giudici come la scusante dell'*error iuris* non possa mai operare quando le condotte oggetto di valutazione si caratterizzino nella "*palese violazione dei diritti essenziali ed inviolabili della persona quali riconosciuti ed affermati dalla Costituzione nazionale, che costituiscono la base indefettibile dell'ordinamento*

²⁵² Vedi Cass., Sez. I, ud. 4 dicembre 2008, n. 3599.

²⁵³ Trib. Genova, sent. 30 maggio 1989, in *Foro It.*, 1989, II, 540.

²⁵⁴ BERNARDI, *Il fattore culturale*, cit., 114.

²⁵⁵ BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'*, cit., 136 ss.

giuridico italiano e il cardine della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali”²⁵⁶. La sentenza cita, e richiama in diversi passaggi, il leading case della Corte di Cassazione sul tema dei reati ‘culturali’ o ‘culturalmente orientati’, ovvero Cass., sez. VI, n. 46300/2008, che chiude in maniera così netta ogni possibile diversa apertura sul tema.

L’affermazione della Cassazione, tuttavia, alla luce di quanto si è potuto fino a qui osservare sull’argomento dell’*error iuris*, ha molto l’aspetto del proclama, del cui spessore contenutistico è lecito dubitare. Quando si legge di “base indefettibile dell’ordinamento” e “cardine della regolamentazione dei rapporti interpersonali”, tornano alla mente gli argomenti che venivano spesi precedentemente al 1988 dalla giurisprudenza per difendere il dogma dell’inescusabilità assoluta dell’ignoranza della legge. Uno dei fondamenti del principio, infatti, era proprio “l’obbligatorietà della legge”, senza che tuttavia si riuscisse bene a capire a cosa ci si riferiva. Bene, queste parole della Corte di Cassazione sembrano intendere che le norme che tutelano diritti inviolabili della persona siano “obbligatorie”, nel senso appartenere ad uno zoccolo duro di disposizioni su cui non è ammessa la scusante dell’ignoranza della legge, perché appunto “base indefettibile” dell’ordinamento²⁵⁷. Quasi come fosse una “super-obbligatorietà”: le norme “obbligatorie” ammettono la scusante, ma le norme “super-obbligatorie”, no. Questo discorso, evidentemente, non avrebbe alcun pregio.

Ben si può argomentare che, dato il disvalore sociale espresso dalla norma, i margini per configurarne una ignoranza inevitabile sono talmente sottili da essere praticamente nulli, ovvero si possono giusto ipotizzare dei casi di scuola (al limite del paradossale: il cacciatore di teste della Nuova Guinea mai entrato in contatto con il mondo occidentale appena sbarcato da una nave al porto di Genova..), ma alla prova dei fatti si rivelano casi impossibili nella pratica. Ma affermando che queste norme sono ‘indefettibili’, implicitamente si dice che ve ne sono altre che sono, invece, ‘defettibili’. Nel senso che vi sarebbero norme delle quali l’ordinamento può fare a meno, per cui la scusante è ammessa, e norme invece di cui l’ordinamento non può fare a meno: e allora, in questo caso, niente scusante. Il discorso non tiene, perché la regola vale per tutti, o per nessuno. La colpevolezza come principio non può che abbracciare tutto il sistema penale²⁵⁸, anche i reati naturali.

²⁵⁶ In questi termini Cass., Sez. VI, ud. 28 marzo 2012, n. 12089.

²⁵⁷ Vedi su questo tema, ovvero sui “principi fondamentali” quali sbarramento invalicabile, CASSANI, *Tutela penale della famiglia*, DIKE, 2013, 23 ss.

²⁵⁸ Vedi PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit.; DONINI – RAMPIONI, *Il principio di colpevolezza*, cit., 291.

9.3 Sotto il profilo misto oggettivo – soggettivo.

Sono queste, tra le ipotesi di inevitabilità dell'ignoranza della legge penale elaborate dalla Corte Costituzionale, quelle più risalenti, perché volte a tutelare la buona fede del consociato nell'affidamento prestato verso l'opinione di fonti qualificate²⁵⁹. In questa prospettiva, questa categoria di scusanti è direttamente riconducibile alla buona fede nelle contravvenzioni, prima apertura del sistema penale ad ipotesi di scusabilità dell'ignoranza della legge.

Questa circostanza è confermata dalla giurisprudenza di legittimità, che nel descrivere questa terza categoria di scusanti dell'errore di diritto fa riferimento alla 'buona fede' del consociato²⁶⁰.

Si tratta di una categoria scusante 'residuale', nella quale sono comprese tutte le ipotesi in cui operano "*con varia misura e con diverso spessore*"²⁶¹, criteri oggettivi e soggettivi, in combinazione tra loro.

Non è in verità molto chiaro, si ritiene, a cosa corrispondano le varie misure o il diverso spessore. In concreto, la giurisprudenza come detto riconduce ciò allo statuto della buona fede, nel senso dell'aver fatto l'agente "*tutto il possibile per adeguarsi al dettato della norma e questa sia stata violata per cause indipendenti dalla volontà dell'agente, al quale quindi non possa essere mosso alcun rimprovero*". Da ciò, si deducono due elementi: (i) l'atteggiamento positivo del soggetto, che fa tutto quanto possibile per adeguarsi alla legge; (ii) come la buona fede determini la carenza di "rimproverabilità".

Quanto all'atteggiamento positivo, la Corte Costituzionale enuclea le note ipotesi del parere rilasciato da "*persone istituzionalmente destinate a giudicare sui fatti da realizzare*"; ovvero "*precedenti assoluzioni dell'agente per lo stesso fatto*" [da intendersi naturalmente come 'fatto analogo', giacché se fosse 'stesso fatto' sarebbe un problema di *bis in idem*, non già di ignoranza della legge]. Si tratta sempre di ipotesi di tipo oggettivo, nel senso che qualunque consociato, in linea di massima, sarebbe caduto nell'errore sul divieto, ove si fosse trovato nelle stesse particolari situazioni dell'agente.

²⁵⁹ VASSALLI, *Ignoranza inevitabile della legge penale*, cit., 13.

²⁶⁰ Così, tra le altre, Cass. Sez. III, 10 giugno 2014, n. 36852; Cass., Sez. VI, 15 giugno 2012, n. 33590; Cass., Sez. I, 18 dicembre 2003, n. 25912; Cass., Sez. V, 25 settembre 2003, n. 41476.

²⁶¹ Vd. Cass., Sez. VI, 15 giugno 2012, n. 33590.

L'oggettivizzazione di questa considerazione è però bilanciata dalla soggettività dell'essere l'errore 'modellato' sull'agente concreto, perché un altro non si trova nelle medesime situazioni: avendo ricevuto, per esempio, un parere (questa volta, corretto) di un'altra amministrazione sulla medesima questione, non è caduto in un errore di diritto.

Si è già detto come a venire in rilievo in queste ipotesi sia la tutela dell'affidamento. E, stando ai casi enucleati dalla Corte, l'affidamento tutelato in queste ipotesi oggettive-miste, non è diverso da quello tutelato nelle ipotesi oggettive pure. In entrambi i casi, il dovere di informazione si ritiene rispettato, e il consociato si fida, per regolare le proprie azioni, dell'ordinamento. Ordinamento *in senso astratto*, quando legge una disposizione normativa o si informa sulla giurisprudenza su un certo argomento (e cade in errore a causa di una norma oscura o per una giurisprudenza gravemente caotica); ovvero ordinamento *in concreto* nella misura in cui un soggetto pubblico (un'amministrazione, o un giudice), gli rappresentano una interpretazione giuridica.

Quanto alla precedente assoluzione del medesimo soggetto per fatto analogo, recente giurisprudenza di legittimità ha affermato come in questo caso farebbe difetto la coscienza di antisocialità della condotta, e quindi in ultima analisi di dolo²⁶²: la sentenza confonde pericolosamente i piani in vero, come se l'antigiuridicità o l'antisocialità fosse oggetto della rappresentazione e volizione dell'agente; ipotesi questa, come visto, scartata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, per non parlare poi della nutrita giurisprudenza di legittimità, richiamata in diversi passi, che ha dato una lettura molto restrittiva della scusante in esame negando quindi questa eventualità, che avrebbe invece evidenti effetti 'espansivi' della tutela e correlati effetti 'restrittivi' dell'ambito della responsabilità. I criteri enucleati dalla Corte di Cassazione perché operi la scusante sono due: (i) che il precedente presenti realmente caratteri di *stretta analogia* con il fatto contestato, e che (ii) il precedente non si sia limitato a prosciogliere l'imputato, ma lo abbia assolto affermando la liceità della condotta. Sussistendo questi requisiti, afferma la Corte, si fonderebbe la buona fede dell'agente.

La Giurisprudenza ha ribadito poi in diverse occasioni come la buona fede debba fondarsi in un comportamento positivo dell'organo qualificato, e come quindi non siano a questi

²⁶² Il caso di specie è stato definito con Cass., Sez. VI, 23 giugno 2009, n. 26163. Nel caso di specie un soggetto veniva condannato per evasione perché, detenuto dagli arresti domiciliari, aveva lasciato la propria dimora per recarsi alla locale Stazione dei Carabinieri, per chiedere di essere riportato in carcere. La Corte di Cassazione annullava con rinvio la sentenza di condanna, invitando il giudice del rinvio a considerare la precedente assoluzione del soggetto, ad opera del Tribunale di Lanusei, per un fatto identico a quello di specie, verificando la sussistenza dei requisiti perché tale sentenza potesse fondare la buona fede del soggetto quanto alla liceità della propria condotta.

equiparati i meri silenzi. In questi termini, il silenzio dell'amministrazione, ad esempio, equivarrebbe al permanere di uno stato di dubbio, a fronte del quale, come sopra già richiamato, vi sarebbe un obbligo di astensione, e l'espletamento di ogni ulteriore e utile accertamento. Rileverebbero infatti, ai fini dell'integrazione della buona fede scusante, solo "positivi ed espliciti comportamenti della Pubblica Amministrazione", dai quali l'agente abbia tratto la convinzione della liceità del proprio comportamento"²⁶³.

²⁶³ In questi termini Cass., sez. VI, 28 settembre 2007, n. 35813; punto ripreso da Cass., Sez. III, 16 aprile 2004, n. 28397.

CAPITOLO II - Dalla Corte Costituzionale alla Corte EDU.

1. Una nuova dimensione legale basata sulla pluralità delle fonti.

La struttura della concezione liberale del diritto penale, è stato affermato, si poggia sulla capacità degli uomini di autodeterminarsi nell e scelte che compiono²⁶⁴. A ciò si accompagna la libertà lasciata ad ogni individuo di compiere le più svariate scelte di azione, in funzione dei propri gusti, delle proprie inclinazioni o anche della propria mera volontà; con l'unico limite costituito dal *harm to others*, cioè dal recare danno ad altri: sia ad altre persone fisiche che alla società nel suo complesso. Si rigetta, in questo senso, qualsivoglia ipotesi di paternalismo penale: nel diritto penale liberale, si dice, non c'è posto per reati senza vittima²⁶⁵.

Ma il presupposto perché questo sistema possa operare è il rispetto del principio di legalità: solo ponendo il soggetto di fronte alla chiara rappresentazione di cosa sia lecito o illecito (per la legge) si può dare effettività al suo diritto ad autodeterminarsi.

Il principio, come visto nel capitolo precedente, è stato enunciato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364/1988. La scusante dell'ignoranza della legge opererebbe come rimedio nei casi in cui, appunto, il soggetto non sia stato posto nelle condizioni di autodeterminarsi, a causa della non conoscibilità del precetto.

Ma sul tema dell'*error Iuris*, specie nella sua accezione di pieno sviluppo, come si è detto, del principio di legalità, nello scenario penalistico interno si è 'abbattuto' un altro grande protagonista, che negli ultimi anni ha avuto effetti di grande impatto su primarie questioni giuridiche, con risultati 'innovativi' e talvolta 'dirompenti': si sta parlando naturalmente della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e della relativa giurisprudenza della Corte EDU di Strasburgo²⁶⁶.

²⁶⁴ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 64.

²⁶⁵ CADOPPI, *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè, 2010. Sulla dimensione del paternalismo penale e sul pensiero di John Stuart Mill in Saggio sulla libertà, vero manifesto del liberalismo giuridico, vedi CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.

²⁶⁶ Sul panorama della 'dimensione CEDU', sulla sua origine, la sua struttura e il suo funzionamento, vedi MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, 4 ed., 2012, 182 ss.

Nata dalle ceneri della seconda guerra mondiale per lo sviluppo e la tutela della democrazia e delle libertà fondamentali dei Paesi europei, il Consiglio d'Europa, di cui la Convenzione EDU rappresenta senz'altro la 'manifestazione' principale, impone limitazioni alla sovranità dei singoli Stati aderenti; conseguenza, questa, al parallelo declino di autorevolezza degli Stati, dovuto alla ferita aperta degli eventi bellici appena verificatisi²⁶⁷. L'esigenza di una ricostruzione morale, oltre che materiale, delle rovine in cui era precipitata l'Europa era del resto colta e affermata da moltissimi Autori, protagonisti e spettatori insieme di quella tragica stagione²⁶⁸.

E proprio la disciplina dell'errore, così strettamente connessa, abbiamo visto, tanto con la dimensione della legalità che con quella della colpevolezza, ha avuto posizione centrale per uno dei 'mutamenti copernicani' che hanno profondamente modificato il sistema punitivo degli Stati europei, Italia inclusa.

Come punto di partenza, funzionale ad inquadrare e a meglio comprendere quanto si dirà nel prosieguo, si consideri come il 'diritto convenzionale' sia un sistema *judicial law making*, ovvero un sistema in cui le precedenti statuizioni hanno carattere di vincolatività. La Convenzione EDU, insomma, vive e si sviluppa attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. La normazione sintetica utilizzata per redigerne il testo del resto si presta perfettamente proprio a questo scopo. Composta cioè di articoli brevi e concisi, con un linguaggio semplice e quindi adattabile ad ordinamenti anche molto diversi tra loro²⁶⁹, la Convenzione è (al pari di altre Carte fondamentali, tra cui anche la Costituzione italiana) uno strumento 'elastico', che consente "al flusso della storia di arricchirne continuamente il contenuto normativo"²⁷⁰. La Corte cioè segue un metodo 'casistico', in cui le interpretazioni del testo della Convenzione 'vive' nelle pronunce giurisprudenziali, vincola il giudice seguente con l'autorità di 'cosa interpretata', e garantisce (effetto benefico primario, questo,

²⁶⁷ CASSESE, *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, Il Mulino, 2011, 71ss.

²⁶⁸ Così scriveva BETTIOL nell'introduzione alla prima edizione del proprio "Diritto penale", che riporta la data del settembre 1945: "Siamo ormai decisamente orientati verso una ricostruzione di un pensiero giuridico europeo che il nazionalismo esasperante degli ultimi tempi aveva frantumato, perché una ricostruzione spirituale dell'Europa non è possibile senza una ricostruzione giuridica che tenga conto di quei "valori" essenziali allo spirito umano che formano il lievito della civiltà occidentale, che è civiltà cristiana". BETTIOL, *Diritto penale*, cit., XXVIII.

²⁶⁹ Il Consiglio d'Europa, istituito a Londra nel 1948, comprende 47 Stati fra loro molto distanti, e non solo geograficamente. Oltre infatti a tutti i Paesi dell'Unione Europea, esso comprende la Turchia, la Russia, così come larga parte dei Paesi facenti parte della ex Unione Sovietica.

²⁷⁰ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 186.

del sistema della fonte-giurisprudenziale) una applicazione omogenea e stabile della propria giurisdizione²⁷¹.

La dimensione giurisprudenziale della sistema convenzionale viene riconosciuta nell'ordinamento italiano dalle note sentenze 'gemelle' della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007²⁷², con la quale la Consulta afferma che le norme della Convenzione, *così come interpretata dalla Corte EDU*, è parametro interposto di legittimità costituzionale delle norme dell'ordinamento nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.; si tratta cioè di una fonte di rango sub costituzionale: le norme CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non hanno lo stesso valore delle norme della Costituzionale, e sono quindi sottratte al vaglio della Corte Costituzionale. Solo, la Corte utilizzerà la norma 'vivente' CEDU per effettuare il *tertium comparationis* nel test di tenuta, cioè di legittimità costituzionale, delle norme interne²⁷³.

Volendo ricostruire che influsso ha avuto o potrà avere sulla disciplina dell'*ignorantia legis* il diritto convenzionale, il punto di riferimento normativo è l'art. 7 CEDU, il quale, diviso in due paragrafi, racchiude ed esprime l'orizzonte del principio di legalità, o del *Rule of Law*, della Convenzione. La norma, rubricata "*nullum crimen sine lege*" dispone che:

*"1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso"*²⁷⁴.

Il dato di immediata percezione, cioè il suo prevalente precipitato, è il riconoscimento del principio di irretroattività delle norme incriminatrici, come anche delle norme che aggravano

²⁷¹ ZAGREBELSY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, 71.

²⁷² In *Giur. Cost.*, 2007, 3564, con nota di CARTABIA, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*.

²⁷³ È appena il caso di accennare ad una discussione che per anni ha 'tenuto banco' nei rapporti tra sistema CEDU e diritto costituzionale interno. Per lungo periodo la Convenzione EDU ha vissuto ai margini del sistema delle garanzie fondamentali dei cittadini; sul piano strettamente giurisprudenziale, questo è stato dovuto a una posizione della Corte Costituzionale italiana (spalleggiata in questo dalla letteratura in argomento), per la quale la CEDU avrebbe riconosciuto meno garanzie della Costituzione italiana, che si poneva quindi come 'punta di lancia' del sistema delle garanzie fondamentali dei singoli. La realtà dei fatti, invero, pone oggi la Corte Europea più avanti nella tutela di taluni diritti fondamentali, forse anche grazie all'estrema flessibilità concessale dall'essere un sistema basato sul concetto di giurisprudenza fonte, in cui se è vero che la vincolatività del precedente conferisce stabilità alle interpretazioni (e stabilità, alle volte, può voler significare 'staticità'), l'essere un corpo normativo basato geneticamente sulla *judicial law making*, ne velocizza i processi di cambiamento e di allineamento alla coscienza sociale (o quanto meno, alla coscienza sociale dei giudici). Vd su questo tema VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. It. Dir. proc.*, 2007, 45.

²⁷⁴ Si riconosce la diretta derivazione di tale disposizione dall'art. 11, par. 2, della Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo del 1948; vedi SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO – VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, 196, nota 1.

il trattamento sanzionatorio.

Ma entro quelle pur concise parole la Corte di Strasburgo ha riconosciuto, con una progressiva opera di interpretazione, propria del carattere *Judicial law making*, e in maniera più generale, il principio per cui ogni disposizione di legge che limiti, per mano dello Stato, i diritti soggettivi deve essere, per il cittadino (i) accessibile e (ii) prevedibile.

L'enunciato della *accessability* e della *foreseeability* vengono per la prima volta enucleati in uno storico caso, vero *leading case* della materia di cui si tratta, ovvero *Sunday Times v. U.K.* In quel caso, nato dal ricorso presentato dal prestigioso quotidiano britannico per violazione dell'art. 10 della Convenzione, denunciando la limitazione della libertà di stampa e di espressione subita ad opera del governo. In quella occasione la Corte afferma che “*any restriction affecting the exercise of the right of freedom of expression must be reasonably foreseeable or predictable*”. Esprime infatti la Corte come la prescrizione normativa (‘prescribed by the law’) necessita di due requisiti fondamentali. ‘*Firstly, the law must be adequately accessible*’, nel senso che il cittadino ‘*must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case*’. In secondo luogo, una legge non può essere considerata tale se non viene formulata con una precisione sufficiente a consentire al cittadino di regolare le proprie condotte, nel senso di poter prevedere, se necessario con un idoneo ‘consiglio’, le conseguenze sul piano giuridico di un certo comportamento²⁷⁵.

Sul piano prettamente penale, l'accessibilità e, soprattutto, la prevedibilità, hanno infatti avuto quale conseguenza l'affermazione del *diritto alla chiarezza*, nel significato oggettivo della necessità che l'illecito sia definito in maniera chiara, in maniera quindi comprensibile per il consociato; in questi termini la famosa sentenza *Kokkinakis v Grecia*, 25.3.93, par. 52. La chiarezza, cioè la precisione nell'enunciazione del precetto, è uno dei requisiti per il rispetto della legalità. E si tratta di pronunce di primaria importanza per la giurisprudenza CEDU, per la quale il principio di legalità entra a fare parte del “nucleo duro” dei diritti inviolabili, cui non è ammessa alcuna deroga. Così, fra le molte, in *Liivik c. Estonia*, 25.6.09, 92, in cui si afferma come la legalità non sia solo un principio generale del diritto, ma anche un ‘*essential element of the rule of law*’, che occupa un ‘*prominent place in the Convention*

²⁷⁵ “*Secondly, a norm cannot be regarded as a ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*”. *Sunday Times c. U.K.*, 1979, par. 49.

*system of protection*²⁷⁶.

Molti gli spunti che nascono da questa pronuncia, anche solo considerando le poche righe qui riportate. Viene naturale suggerire, da subito, un parallelo tra questo precipitato della Corte e il criterio di ‘riconoscibilità’ del precetto enunciato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988. Nel senso che anche la Corte EDU dedica le proprie energie per ricostruire le coordinate di un sistema punitivo che abbia quale presupposto la conoscibilità della disposizione penale.

Manca, nelle sentenze della Corte EDU, l’approfondimento ‘dogmatico’ o anche solo culturale, che invece si trova nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale. Non ci sono riferimenti al contrattualismo, né alla teoria del diritto penale minimo. Ciò è dovuto al carattere della stessa Corte EDU: una Giudice che risolve casi concreti, accerta la violazione di diritti umani, ma non si spinge alla costruzione (se non in qualche caso, quale S.W. c. Regno Unito, come poi si vedrà) di sistemi generali, né ad affermazioni di principio di grande respiro²⁷⁷.

Ma i risultati pratici cui perviene sono, ciò nonostante, di sicuro impatto sull’ordinamento nella sua interezza.

2. L’accessibilità.

Nella declinazione della legalità convenzionale europea, si tratta della conoscibilità materiale del precetto, del comando legale. Il requisito dell’accessibilità viene approfondito in successive pronunce della Corte, con le quali si chiarisce come elementi essenziali nella valutazione della accessibilità delle norme rilevanti, siano esse positive o giurisprudenziali (come si vedrà), sia il grado di pubblicità delle stesse, da valutare anche in riferimento al

²⁷⁶Vedi ABBADESSA, *Una nuova violazione dell’art. 7 Cedu: la sentenza Liivick c. Estonia e i significati della legalità penale convenzionale*, in Ius17@unibo.it, 2009, 2, 343 ss.

Si noti infatti come l’applicazione del diritto convenzionale è strutturato su più piani; la verifica della rispondenza al caso di specie dei precipitati garantistici espressi dalla Convenzione, cioè, viene svolta considerando contestualmente il bilanciamento di interessi (o ‘test di proporzionalità’): si tratta cioè di misurare, volta a volta, la proporzionalità/accettabilità dell’interferenza statale denunciata sul diritto/libertà in gioco, nella ricerca dell’equilibrio tra il rispetto del diritto convenzionale e il ‘margine nazionale di apprezzamento’, lasciato dalla Convenzione stessa agli Stati membri, nel tentativo di coniugare da un lato l’universalismo dei diritti umani, dall’altro il relativismo delle tradizioni nazionali. L’essere il diritto parte del ‘nocciolo duro’ dei diritti fondamentali, significa sottrarlo al bilanciamento di interessi, e nessuna sua violazione sarà tollerata. Vd. sul punto MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit. 190.

²⁷⁷ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità*, cit. 59.

numero e alle caratteristiche dei destinatari²⁷⁸.

Da un punto di vista formale, non sono posti a carico degli Stati degli specifici vincoli di pubblicazione, diffusione o pubblicità; ancora una volta, prevale nel ragionamento della Corte un parametro di valutazione ‘sostanziale’, per cui si verificherà se, dati i criteri sopra indicati (comprensivi del numero e delle caratteristiche dei destinatari), l’accessibilità sia stata garantita²⁷⁹.

Valutare l’idoneità della pubblicazione all’accessibilità della legge sulla base di chi ne sia il destinatario, può portare in taluni casi a letture senz’altro molto meno garantiste di quanto ci si aspetterebbe da una Corte pure considerata ‘all’avanguardia’ nella tutela delle garanzie fondamentali. Nel caso *Groppera c. Svizzera* del 28.3.1990, ad esempio, si da una lettura molto ‘generosa’ dell’accessibilità del precetto. La Corte infatti, nel caso in cui i testi normativi non siano stati compiutamente pubblicati, pone in carico a chi esercita un’attività professionale l’onere di recarsi presso le istituzioni e gli uffici che ne conservino copia, al fine di prenderne visione. Neppure in quei casi cioè l’ignoranza del destinatario delle disposizioni ivi contenute sarà scusata.

Il dato lascia sconcertati, sotto un duplice aspetto.

Anzitutto, nell’angolatura della legalità formale, e su quale sia quindi il valore, e il senso, della pubblicazione. Nel caso di specie il ‘diritto’ accessibile erano dei regolamenti di attuazione, cioè norme scritte. Bene, in questi termini il problema in Italia, si ritiene, non potrebbe neppure porsi, dal momento che la pubblicazione è un requisito formale ex art. 73 Cost. per la validità della Legge; il consociato non potrebbe essere punito per avere violato un precetto disposto (o anche solo integrato) da un atto non pubblicato, e cioè non tanto perché egli non avrebbe potuto conoscerlo ma, a monte, perché l’atto normativo non sarebbe neppure da considerarsi vigente.

Diverso, naturalmente, il problema laddove si parli di diritto vivente, ovvero diritto non scritto. Come affrontare il tema della pubblicazione delle sentenze? E di quali sentenze, poi? Il problema è sistematico, nel senso che, come è stato ampiamente già affermato da quanti si sono occupati di questo tema, l’aver introdotto delle prospettive di ‘*common law*’ in un Paese tradizionalmente ancorato al modello di ‘*civil law*’ comporta dei problemi applicativi.

²⁷⁸ Così si afferma nei successivi casi *Chapel c. U.K.*, 30.3.89; e poi ancora *Groppera Radio AG c. Svizzera*, 28.3.90.

²⁷⁹ SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo*, cit., 242. Oltre a *Sunday Times v U.K.*, già citato, vedi anche *Silver and others c. Regno Unito*, 25 marzo 1983.

A questi problemi, si ritiene, è pur tuttavia possibile porre rimedio²⁸⁰. Se infatti le sentenze attraverso le quali ufficialmente ‘vive’ il diritto possono essere limitate alle sole pronunce della Corte di Cassazione, e addirittura ristretta alle sole Sezioni Unite, resta il tema della ‘pubblicazione’ di quelle sentenze, nel senso di come potrebbe il consociato venirne a conoscenza. In questo senso, dovrebbe prevedersi ufficialità, quanto meno, alle pubblicazioni *on line* sul sito internet della Corte di Cassazione.

Ma, a parte il problema ‘formale’ della mancanza di pubblicazione, lo statuto sull’accessibilità al diritto, fissato dalla Corte con un rigore direttamente proporzionale alla “qualità del destinatario”, pone sulle spalle dei soggetti professionali uno sforzo conoscitivo inane; ma il risultato, o il rischio, in una prospettiva futura, è che si verifichi nuovamente a quanto già accaduto a livello nazionale: abbiamo verificato nel capitolo precedente, infatti, come con un “copia e incolla” da sentenza a sentenza, la Corte di Cassazione (al di là di qualche caso eclatante e isolato) non riconosca mai la scusante dell’errore di diritto inevitabile quando ad essere imputato è un professionista, un imprenditore o un soggetto altrimenti considerato qualificato²⁸¹.

Si è visto, infatti, come la conoscibilità della legge penale debba essere valutata secondo il paradigma della colpa. In questo senso l’ordinamento (integrato sui piani nazionale ed europeo) dovrebbe riconoscere la scusabilità dell’ignoranza della legge (secondo l’insegnamento della sentenza n. 364/1988) nell’ipotesi in cui il consociato dimostri (i) di essersi attivato adempiendo al proprio dovere di conoscenza e di informazione ex art. 2 Cost., e (ii) che la sua ricerca di informazioni sia stata svolta, appunto, in maniera diligente e conformemente alla regola cautelare di riferimento, senza che possano a questi muoversi rimproveri per colpa²⁸².

Nella formazione della regola cautelare, come visto, confluiscono anche particolari ‘capacità’ dell’agente: ad esempio, l’essere questi un professionista esperto dello specifico settore di attività. Da costui, insomma, si richiede uno standard di diligenza superiore, perché maggiore è la sua capacità non solo di trovare, ma anche di ‘filtrare’, le norme e i precetti

²⁸⁰ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 312 ss, sulla possibile applicazione di uno statuto del precedente ‘relativamente’ vincolante nel sistema italiano. E poi ancora, il tema del precedente vincolante è ripreso, tra gli altri, da DONINI, *Il volto attuale*, cit., 142 ss.

²⁸¹ E il *trend* che è possibile registrare nella giurisprudenza della Corte EDU sembrerebbe essere il medesimo. Oltre alla citata sentenza *Groppera Radio*, vedi, più recentemente, *Flinnkila e a. c. Finlandia*, 6.4.2010, par. 67; *Bartosevicius and Burokevicius c. Lituania*, 19.2.2008, par. 120; *Custers, Deveaux e Turk c. Danimarca*, 3.5.2007, par. 94.

²⁸² Vedi *supra*, Cap. I, par. 5.

che devono trovare applicazione al caso di specie²⁸³.

Nel caso di specie (*Groppera c. Svizzera*), in vero, a ben leggere le motivazioni della Corte EDU²⁸⁴, la situazione di fatto era più complessa rispetto ad una mera mancanza di pubblicazione. Deduceva, infatti, il Governo convenuto come i regolamenti, pur non pubblicati, fossero a disposizione per la consultazione presso gli uffici competenti, e di come nel testo normativo pubblicato ci fosse indicazione in questo senso.

Giova rilevare tuttavia, in ogni caso, come una norma integratrice del precetto non fosse rinvenibile entro le pubblicazioni ufficiali dello Stato: dichiararne non scusabile l'ignoranza equivale a fissare l'asticella dello standard cautelare ad un livello molto alto, pretendendo dall'agente una condotta da ritenersi, secondo i canoni del diritto interno, inesigibile.

La Corte giustifica tale impostazione con la possibilità (che finisce per tradursi in obbligo) che i soggetti qualificati si rivolgano a consulenti ed esperti, che preventivamente li assistano per individuare l'esatta cornice di liceità dell'attività da svolgersi²⁸⁵.

Questa considerazione, presente come visto in un grande numero di sentenze e racchiusa nella formula "*if needed with appropriate advice*", e che ricorda molto le formule care alla giurisprudenza nazionale, nulla sposta a nostro avviso sul parametro di accertamento della prevedibilità o meno del precetto e della norma incriminatrice. Ed infatti, la possibilità per il destinatario della norma di rivolgersi ad un esperto, concorre a definire il contenuto della regola cautelare, e pertanto la violazione del dovere (cautelare) di avvalersi della consulenza dell'esperto, in caso di errore, basta già ad integrare una condotta illecita addebitabile a titolo di colpa.

²⁸³ Si sono già richiamati sopra, su questo tema, le difficoltà di ricostruire una definizione di 'esperto' sul quale ricostruire uno diverso standard di condotta: vedi MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 244.

²⁸⁴ *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*: "*In the instant case the relevant provisions of international telecommunications law were highly technical and complex; furthermore, they were primarily intended for specialists, who knew, from the information given in the Official Collection, how they could be obtained. It could therefore be expected of a business company wishing to engage in broadcasting across a frontier – like Groppera Radio AG – that it would seek to inform itself fully about the rules applicable in Switzerland, if necessary with the help of advisers*" par. 68. E questo pur dopo avere riportato come lo stesso Governo 'ammettesse' che i '*Radio Regulations*' (normativa oggetto del contenzioso) non fossero stati pubblicati, contro-deducendo tuttavia che nel testo pubblicato fosse riportato come gli regolamenti potessero essere consultati, cioè recandosi presso gli uffici competenti ove se ne poteva trovare copia.

²⁸⁵ La dizione "*if needed with appropriate advice*" (o altra simile), presente "sin dalle origini" nella giurisprudenza della Corte EDU in argomento (trovandosi già in *Sunday Times c. Regno Unito*), è presente in quasi ogni pronuncia che si occupa di accessibilità / prevedibilità della sanzione. Così, infatti, senza pretesa di esaustività, *Kafkaris c. Cipro*; *Cantoni c. Francia*, par. 35; *Achour c. Francia*, par. 54; *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*, par. 37; *Sud Fondi c. Italia*, par. 109; *Flinnkula e a. c. Finlandia*, par. 65; *M. c. Germania*, 17.12.2009, par. 80.

3. La prevedibilità.

Altro fondamento, ovvero requisito, per il pieno rispetto della legalità di cui all'art. 7 CEDU, espresso nella sentenza *Sunday Times*, è la **prevedibilità** (*foreseeability*) del “diritto”.

Se, come visto, l'accessibilità rappresenta il requisito ‘formale’ per la conoscibilità del precetto, la prevedibilità attiene invece ad elementi sostanziali. La prevedibilità, nel sistema CEDU, si articola su due livelli: un primo livello attiene al momento formativo della norma, cioè nella sua genesi legislativa; un secondo momento nella sua dimensione *in action*, applicativa, e cioè giurisprudenziale²⁸⁶.

Quanto al primo profilo, quello genetico e formativo della fattispecie, si enuncia in sede convenzionale la necessità che il precetto sia determinato e preciso, per consentire al cittadino di capirne il significato. Il primo corollario del principio di prevedibilità è, dunque, la determinatezza (vedi par. 49, *Sunday Times c. Regno Unito*, in nota): si può considerare “legge” solo una norma espressa con una precisione sufficiente per consentire al cittadino di regolare la propria condotta, tenendone conto. Interessante notare come, secondo l'insegnamento della giurisprudenza di Strasburgo, la determinatezza si debba valutare sempre dalla prospettiva del destinatario.

La legalità è vista dal giudice CEDU nella sua essenza primaria, e cioè come tutela del consociato: è legale la punizione che appaia tale al cittadino. Ovvero, come è stato sottolineato, nello statuto della legalità europeo (convenzionale), in un sistema complesso e caratterizzato da una pluralità di fonti, la determinatezza non è più un parametro di legittimità (*ex ante*) della legge in sé, ma diventa la lente attraverso la quale valutare la prevedibilità della fattispecie, così come risultante “*dal concorso di tutte le fonti normative che disegnano la concreta dimensione applicativa della previsione legale astratta*”²⁸⁷.

Fermo restando che il principio di determinatezza vincola, *in primis*, il Legislatore in sede di redazione della legge, che deve formulare norme “chiare” e “precise”, la giurisprudenza della Corte EDU ha a più battute affermato l'impossibilità che la norma scritta risponda in modo assoluto al canone di determinatezza, stante l'esigenza per la disposizione scritta di adattarsi al decorso storico e ai connessi mutamenti sociali²⁸⁸; un'operazione di adattamento che potrebbe avvenire solo grazie, appunto, all'attività interpretativa.

²⁸⁶ Vd. CARINGELLA – DELLA VALLE – DE PALMA, *Manuale di diritto penale – parte generale*, cit., 12.

²⁸⁷ SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo*, cit., 232.

²⁸⁸ MANES, *Commento art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, a cura di Zagrebelsky, CEDAM, 2012, 279.

Il giudice di Strasburgo è giunto quindi alla vera affermazione di svolta del tradizionale assetto della legalità nei sistemi di *civil law*: il giudice, che rappresenta il diritto vivente, nell'applicazione delle norme, *concorre* con il Legislatore, di fatto, a definire il precetto legale. Così, anche una legge scritta in maniera 'indeterminata', cioè poco precisa, può essere il 'punto di partenza' per un precetto, invece, determinato, nella misura in cui sia proprio la giurisprudenza, con la sua attività interpretativa, a dare alla norma un significato determinato, così precisandone il perimetro di rilevanza.

È questo il contenuto di due importanti sentenze della Corte di Strasburgo, *Kokkinakis c. Grecia* del 25.3.1993 e *Larissis e a. c. Grecia* del 25.2.1998²⁸⁹. In altri casi la Corte ha espressamente ricondotto il 'completamento' giurisprudenziale della determinatezza entro uno 'schema tecnico' di redazione delle norme. Si afferma, infatti, in un altro importante caso del 1996 (*Cantoni c. Francia*, 15.11.1996), come il Legislatore possa adottare, quale tecnica di formulazione normativa, quella per 'clausole generali', le quali lasciano al giudice il compito di colmare le lacune causate da una imprecisa formulazione della norma da parte del Legislatore.

Nel caso di specie, lamentava il ricorrente come l'art. 511 del codice di sanità pubblica (*code de la santé publique*) non desse alcuna definizione precisa della categoria dei 'medicamenti' ('*médicament*'), utilizzato come elemento normativo nella fattispecie di reato di commercio abusivo di prodotti farmaceutici. Ebbene, in quella occasione la Corte richiama anzitutto il principio per il quale la nozione di '*droit*' o '*law*' di cui all'art. 7 della Convenzione EDU, racchiude in sé il diritto tanto di origine legislativa che giurisprudenziale. Ad avviso della Corte detto principio comporta che siano rispettati i criteri di accessibilità e di prevedibilità²⁹⁰. Continua quindi La Corte affermando che il carattere generale della legge

²⁸⁹ In questi termini si esprime la Corte EDU in *Kokkinakis c. Grecia*: "The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable" par. 52. L'oggetto giuridico della questione era la supposta indeterminazione della formulazione della fattispecie di 'proselitismo'. Nei due procedimenti il ricorso veniva rigettato in quanto, pur a fronte di una formulazione letterale della fattispecie non chiara, i due soggetti avrebbero potuto comprendere la rilevanza penale delle proprie azioni, facendo caso alla giurisprudenza. Afferma infatti la Corte, al par. 40, come la disponibilità di una costante *case law*, ovvero casistica giurisprudenziale, rendesse il dato normativo comprensibile.

²⁹⁰ "La notion de "droit" ("law") utilisée à l'article 7 (art. 7) correspond à celle de "loi" qui figure dans d'autres articles de la Convention; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité", *Cantoni c. Francia*, par. 29.

scritta non consente di raggiungere una precisione assoluta nella formulazione della fattispecie, e che una delle tecniche legislative utilizzabili sia proprio quella delle clausole generali, da usarsi in luogo di elenchi “*exhaustives*”²⁹¹.

Pertanto, anche se la definizione di ‘medicamento’ data dalla legge scritta era da considerarsi, effettivamente, piuttosto generale, e carente quindi di per sé di un sufficiente grado di chiarezza o precisione, la giurisprudenza della *Cour de cassation* aveva meglio definito il perimetro lasciato in ombra dalla legislazione. Si rappresenta infatti come con pronunce costanti e, pertanto, affidabili, la stessa avesse elaborato una definizione della categoria dei ‘medicamenti’ sufficientemente chiara perché i ricorrenti potessero autodeterminarsi, prevedendo le conseguenze delle proprie condotte. Di non poco conto, riteniamo, il fatto che si tratti di una sentenza pronunciata all’unanimità²⁹².

In maniera analoga, si riscontrano due interessanti pronunce di procedimenti mossi contro la Turchia, inerenti a reati di opinione, e cioè la ‘propaganda contro l’unità dello Stato’²⁹³. Anche in questi casi la Corte di Strasburgo dà rilevanza alla giurisprudenza quale fonte di diritto capace di integrare il precetto legislativo, concorrendo alla determinatezza della disposizione: nei casi di specie, si riconosce come la giurisprudenza turca avesse, in maniera costante e quindi affidabile per il cittadino, individuato i limiti del diritto alla manifestazione del pensiero, stabilendo così il confine oltre il quale, cessato il legittimo esercizio di quel diritto, l’espressione di opinioni ‘eversive’, ovvero contro l’unità dello Stato, entra nell’area della rilevanza penale²⁹⁴.

Proprio su questo tema, una considerazione sembra obbligata. Non può non notarsi il parallelo tra quanto affermato dalla Corte EDU in questa sentenza e quanto, meno ufficialmente, accade in Italia da molti anni, da quando cioè la giurisprudenza di legittimità, nel sempre complesso rapporto tra reati d’opinione e diritto alla manifestazione del pensiero,

²⁹¹ Si veda sul punto quanto rappresentato in precedenza in merito al principio di ‘precisione’. La precisione del dettato normativo si ricava attraverso la scelta della migliore tecnica di redazione, in funzione del caso di specie. Una scelta ‘di schieramento’, in questo senso, è data proprio dall’utilizzo di clausole generali ovvero di elenchi analitici. Vd. sul punto, già richiamato, MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1999, cit., 60 ss.

²⁹² Nelle pronunce della Corte EDU non solo è riportato il conteggio dei voti a favore o contro la soluzione ufficiale della sentenza (che è quella della maggioranza dei giudici): i singoli componenti la Corte possono apporre in calce alla sentenza la propria opinione sul caso deciso collegialmente, e potrà essere sia una *opinion ‘concurring’* che ‘*dissenting*’ (questa, a sua volta, anche solo ‘*partly dissenting*’) vd. MANES, *La lunga marcia*, cit., 9 ss.

²⁹³ Si tratta delle sentenze *Baskaya e Ockouglu c. Turchia* del 8.7.1999, e della sentenza ‘gemella’ *Erdogdu e Ince c. Turchia*, 8.7.1999. Vd. MANES, *Commentario*, cit., 279.

²⁹⁴ Così ai paragrafi 39 e 59 di *Erdogdu e Ince c. Turchia*, 8.7.1999. Da notare che, nonostante la Corte non riscontrasse alcuna violazione dell’art. 7 CEDU, essendo il precetto, grazie all’apporto della giurisprudenza, sufficientemente chiaro e preciso, il ricorso veniva comunque accolto con riferimento alla denunciata violazione dell’art. 10 CEDU, sulla libertà di espressione.

ha stabilito i limiti perché il diritto di cronaca prevalga rispetto al reato di diffamazione a mezzo stampa²⁹⁵. Nel momento in cui la giurisprudenza italiana ha fissato i limiti per la ‘scriminate’ del diritto di cronaca, ha di fatto scelto dove fissare il confine del fatto tipico del reato di diffamazione a mezzo stampa: ciò può essere letto in due modi, a nostro parere. Il primo. La giurisprudenza ha attuato una scelta incriminatrice, nel senso che la Corte ha ‘selezionato’ le condotte illecite tra quelle offensive del bene giuridico, dando quindi concretezza al principio di frammentarietà che, come già accennato, è una delle prerogative principali del Legislatore, perché è proprio nel reato come ‘modalità di lesione’, e non solo come ‘lesione’, che risiede l’anima ‘laica’ del diritto penale moderno²⁹⁶.

Il secondo. L’intervento delle Sezioni Unite della Cassazione può essere letto esattamente sulla stessa linea di queste pronunce della Corte EDU. In quel caso cioè la giurisprudenza ha concorso con il Legislatore nello stabilire i paletti, i confini, dell’area della rilevanza penale, su un terreno la cui conformazione giuridica, basandosi unicamente sul dettato normativo, rimaneva oscuro e privo di riferimenti per il cittadino. Nel senso che, così com’è oggi strutturata, la materia della diffamazione a mezzo stampa verrebbe quasi sicuramente ‘salvata’ dalla Corte EDU, essendo la legalità convenzionale rispettata. Il consociato-giornalista è oggettivamente in grado di prevedere, con una ragionevole certezza, le conseguenze giuridiche della proprie condotte, e ciò grazie all’opera della giurisprudenza-fonte che ha concorso con il Legislatore nel dare determinatezza, cioè riconoscibilità e prevedibilità, alla fattispecie di reato²⁹⁷.

Certo, l’apporto della giurisprudenza per disegnare i contorni della fattispecie incriminatrice, seppur necessario, ha comunque dei limiti. L’interpretazione giurisprudenziale, infatti, non basta che sia prevedibile: deve essere anche *ragionevolmente* prevedibile²⁹⁸.

²⁹⁵ Si veda su tutte, Cass., SS.UU., 30 maggio 2001, n. 37140. Su questo specifico tema di vera e propria ortopedia giurisprudenziale, e di conseguenti scelte incriminatrici della *law in action*, vedi CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale - Parte speciale*, 4 ed., CEDAM, 282 ss.

²⁹⁶ Anche se la formulazione di quegli stessi criteri non sono stati un ‘ampliamento’, bensì un ‘restringimento’ (frutto appunto della frammentarietà) dello stretto precetto normativo. In questo caso non potrebbe parlarsi di vera e propria ‘fattispecie di creazione giurisprudenziale’: sul tema della genesi *in action* delle fattispecie di reato in Italia, vedi CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 90 ss.

²⁹⁷ Su come la giurisprudenza contribuisca in maniera necessaria all’evoluzione del sistema penale, vedi anche *Kruslin c. Francia*, 24.4.1990, par. 29, in cui si afferma come sarebbe errato sul punto generare una distinzione tra paesi di *Common Law* e Paesi di *Civil Law*; se è vero infatti che la legge scritta (*Statutory Law*) ha sempre giocato un ruolo importante nella *Common Law*, così allo stesso modo la *Case Law*, cioè la giurisprudenza, “*has traditionally played a major role in Continental countries, to such an extent that whole branches of positive law are largely the outcome of decisions by the courts*”.

²⁹⁸ Sul punto, fra tutte, vedi *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania* (GC), 34044/96, 35532/97 e 44801/90, par. 50. Si vedrà oltre come questo punto possa sollevare attriti rispetto ad un altro principio-limite della giurisprudenza fonte, in più occasioni richiamato dal Giudice di Strasburgo, cioè quello del divieto di interpretazione analogica, da una parte, e di carenza di garanzia della riserva di legge, dall’altra

La Corte EDU per apprezzare la prevedibilità del precetto, e quindi il rispetto della legalità ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, non si discosta dal sentiero tracciato dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 364/1988. Al pari infatti della Corte Costituzionale, la Corte di Strasburgo affronta il problema della prevedibilità in chiave essenzialmente oggettiva, con delle punte 'soggettive' legate alle qualità formali e professionali dell'autore. Il tema è ripreso da un'altra importante pronuncia del Giudice di Strasburgo, la sentenza *Sud Fondi c. Italia* del 20.1.2009²⁹⁹. La grande importanza di questa pronuncia nel panorama della giurisprudenza convenzionale è ricondotta specialmente ad un'apertura alla colpevolezza come elemento costitutivo del reato: ci si riferisce infatti, in motivazione, ad un nesso di natura intellettuale (declinato come "coscienza e volontà") che "*permetta di rilevare un elemento della responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato*"³⁰⁰.

Nella citata sentenza la Corte "apre" al principio di colpevolezza proprio nell'ottica della non conoscibilità della legge. Afferma infatti la Corte come "*d'altronde, sarebbe incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d'altra parte, permettere che si consideri una persona come "colpevole" e "punirla" ancorché non fosse in condizione di conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non possa affatto essere imputato a chi ne è stato vittima*" (par. 117).

In questo passaggio, che richiama alla mente alcuni argomenti della sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, la Corte EDU supera il dato "oggettivo" puro tradizionalmente utilizzato in tema, "soggettivizzando" la conoscibilità della legge³⁰¹. Ciò potrebbe significare che, pur a fronte di un precetto accessibile e prevedibile secondo gli standard ordinari di accertamento, potrebbero esserci altre circostanze riferibili al soggetto in concreto, e quindi "soggettive", causali ad una ignoranza o ad un errore incolpevoli della legge. Si apre quindi alla possibilità, almeno stando a questo passaggio motivazionale, di considerare e dare rilevanza anche a cause soggettive "pure" dell'ignoranza della legge.

²⁹⁹ Pubblicata su *Cass. Pen.* 2009, 3180 ss, con nota di BALSAMO – PARASPORTO, *La Corte Europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*; su *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss., con nota di MAZZACUVA, *Un 'hard case' davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perrotti*.

³⁰⁰ vd. sul punto ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in MANES – ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea*, cit., 377 ss. è tutta da verificare, del resto, la possibilità che dalla dimensione internazionale possano 'entrare' negli ordinamenti interni spunti sul tema della colpevolezza come categoria (essendo la colpevolezza come principio confluito integralmente sul precipitato della legalità). Da un lato, l'art. 49 del CDFUE non ne fa menzione, mentre la giurisprudenza della Corte di Strasburgo fa fatica, anche nel post -Sud Fondi, a superare la dichiarazione di legittimità di una imputazione oggettiva espressa nel *leading case Salabiaku c. Francia* del 7.10.1988.

³⁰¹ MANES, *Art. 7*, cit. 287, per il quale si tratta di un "presidio basale" del principio di colpevolezza, riecheggianti, appunto, "talune sequenze" della sentenza n. 364/1988.

Cause che, come esposto nel capitolo precedente, sono da ricondursi essenzialmente alla dimensione “culturale” dell’agente, nel senso di un riconoscimento (più o meno ampio) del “fattore culturale” nel diritto penale.

Con riferimento invece alla prevedibilità del precetto, che continua ad essere il “nocciolo duro” di garanzia del consociato con riferimento all’*ignorantia legis*, o all’errore di diritto, afferma la Corte che questa debba essere valutata alla stregua di tre criteri: **(i) il contenuto del testo, (ii) l’ambito a cui esso si applica, nonché (iii) il numero e le peculiarità dei suoi destinatari.** Questo è quindi, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, lo standard di accertamento della prevedibilità, per il consociato, della rilevanza ‘sanzionatoria’ di una certa condotta.

Il primo di questi criteri, cioè il contenuto del testo, sembra richiamare elementi oggettivi della formulazione della norma, cioè i caratteri di chiarezza e precisione che ne consentano la comprensione da parte del consociato. Si noti sul punto come la Corte EDU è aperta alla integrazione normativa dei precetti penali, statuendo che la prevedibilità della norma ben possa essere raggiunta con il ricorso a strumenti normativi di rango secondario, o comunque inferiore³⁰².

Per quanto attiene invece all’ambito di applicazione e al numero e destinatari delle norme, la Corte si muove nel senso di esigere maggiori *standard* di competenza da coloro che svolgono attività professionali ovvero che, per altri motivi, possano fare ricorso ad esperti e consulenti esterni. Tanto viene affermato in numerose sentenze, alcune già citate, quali *Radio Groppera c. Svizzera*, e la stessa *Sud Fondi c. Italia*; ma a queste se ne possono aggiungere altre più recenti, quali *Flinkkila e a. c. Finlandia* del 16.4.2010³⁰³, o ancora

³⁰² In questo senso si registrano due pronunce della *Grande Chambre* della Corte EDU: *Rakvenyi c. Ungheria* del 20.5.1989 (di rigetto del ricorso, perché la legge era sufficiente prevedibile), e *Maestri c. Italia* del 17.2.2004 (di accoglimento del ricorso, nel senso che la legge sarebbe diventata ‘comprensibile’ solo a seguito dell’emanazione di una direttiva di un organo pubblico (il Consiglio Superiore della Magistratura, in quel caso), avvenuta successivamente alla commissione del fatto).

³⁰³ Il caso, nella specie, si mostra di particolare interesse. Il caso concerne la sanzione a dei giornalisti per aver pubblicato delle fotografie in violazione del diritto alla privacy; la Corte, al paragrafo 67, riconosce dapprima la situazione di indeterminatezza normativa sul concetto di ‘*private life*’, indeterminatezza causata anche dalla penuria giurisprudenziale sul tema, nel senso che, al momento della commissione del fatto (nel 1997) vi erano solo due casi della Corte Suprema Finlandese sul tema. La Corte di Strasburgo afferma tuttavia che la sanzione subita per violazione della privacy è da considerarsi ‘*not unforeseeable*’, cioè ‘non imprevedibile’, vale a dire ‘prevedibile’, dal momento che la professione svolta dai ricorrenti gli consentiva di valutare (i) in generale, lo scrupolo di verifica richiesto quando si ha a che fare con dati riservati quali nomi o altri elementi utili per identificare la persona, e (ii) che avrebbero comunque dovuto prestare attenzione alle ‘*guidelines*’ elaborate dall’Ordine dei giornalisti, che, anche se non vincolanti, fornivano una lettura più accurata, e quindi chiara, dell’intera materia rispetto al codice penale.

Kuoleli, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania del 19.2.2010³⁰⁴.

Insomma esaurita la prima parte della verifica della categoria della *prevedibilità* così come elaborata dalla Corte EDU, è possibile iniziare a tirare le somme formulando qualche considerazione.

Il percorso di verifica della “prevedibilità” elaborato della Corte EDU ricalca, in parte, quello già tracciato quasi 30 anni fa dalla Corte Costituzionale italiana con la sentenza n. 364.

Anche la Corte Costituzionale, del resto, basava la “riconoscibilità” del precetto su criteri prettamente oggettivi, tra cui *il caos interpretativo della giurisprudenza*.

L’affermare infatti che il caos giurisprudenziale è una delle cause che rendono scusabile l’ignoranza della legge, significa ammettere che *i consociati fanno affidamento nella giurisprudenza per conoscere la legge*; se non altro, perché ne sono costretti, visto il riconoscimento del carattere ‘mitico’ dell’idea del giudice mera bocca della legge³⁰⁵.

La Corte EDU, in fondo, utilizza lo stesso metro di valutazione già utilizzato dalla Corte Costituzionale. Anzi, lo sviluppa e lo fa evolvere dando ufficialità ad un dato già sostanzialmente espresso dalla Corte Costituzionale, cioè quello della giurisprudenza come “volto” dell’ordinamento.

E non si tratta solo di affidamento verso un terzo (il giudice, in questo caso), a ben ragionare. La Corte Costituzionale afferma come nel sanzionare il reato si sanziona anche la stessa scelta antigiusuridica, cioè la scelta di porsi al di fuori dell’ordinamento, ed è per questo che

³⁰⁴ Un caso curioso, legato in qualche modo ad un’ipotesi di dovere di conoscenza ‘aggravato’ dalla posizione ricoperta dall’agente, è *Custers, Deveaux e Turk c. Danimarca* del 3.5.2007. Il caso di specie riguardava degli attivisti di Greenpeace, introdottisi all’interno nel perimetro della base aerea di Thule, sulla costa occidentale della Groenlandia, utilizzata dal programma di difesa missilistico degli Stati Uniti, al fine di protestare e attirare l’attenzione dei media su quella questione. Gli attivisti venivano arrestati e condannati ad una pena pecuniaria per accesso abusivo entro il perimetro di pertinenza della base, zona militare soggetta a divieto di accesso. Il ricorso degli attivisti si basava sul non aver saputo, e non aver potuto sapere, che si trattava di una zona alla quale fosse interdetto l’accesso. Numerose circostanze di fatto, naturalmente, dimostravano il contrario; del resto, proprio il fatto che si trattasse di una stazione militare era il motivo per cui gli attivisti vi si erano recati: neppure ci sarebbero andati, altrimenti. Viene alla mente, a questo proposito, un altro caso giudiziario avente ad oggetto l’accesso abusivo ad un sito militare da parte di attivisti in protesta, nel quale veniva ‘tirata in ballo’ proprio la scusante dell’errore di diritto o ignoranza della legge. Si tratta del cosiddetto *Waihopai Case*, ovvero *R v. Murnane e o.*, conclusosi in Nuova Zelanda nel 2010. In quel caso tuttavia gli attivisti si difesero sostenendo non di aver ignorato la riservatezza del luogo al quale avevano acceduto, ma bensì di avere avuto la convinzione, mentre lo facevano, di avere un *claim of right*, cioè dell’essere la loro azione legittima per via dei superiori interessi e diritti da loro difesi con quell’azione. E non si limitarono ad accedere all’area, ma vi procurarono anche dei danni per svariati milioni di dollari. E la cosa curiosa, in quel caso, è che vennero tutti assolti. Vd sul tema M. LANZI, *La claim of right*, cit.

³⁰⁵ Vedi fra tutti MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, cit., 386. Si fa riferimento ad un carenza di tassatività ‘complessiva’ del sistema penale in STORTONI, *L’introduzione nel sistema penale*, cit., 1319.

non si può sanzionare chi non poteva conoscere la legge violata: perché questo soggetto non ha compiuto alcuna scelta antiggiuridica, cioè non ha voluto porsi al di fuori dell'ordinamento³⁰⁶. Nel momento in cui si rappresenta come scusabile l'ignoranza causata dal caos giurisprudenziale, si afferma che quindi la giurisprudenza, con l'interpretazione data alle disposizioni di legge, forma parte dell'ordinamento: quanto meno, agli occhi del consociato. E che differenza c'è fra questa affermazione e quella contenuta, ad esempio, nei citati casi della Corte EDU *Kokkinakis c. Grecia* o *Cantoni c. Francia*, in cui espressamente si riconosce una *Case Law* che concorre con il Legislatore nel rendere prevedibile per il consociato la veste giuridica delle proprie condotte?

A prima vista, nessuna, nel senso che i due concetti sono allineati.

In entrambi i modelli elaborati dalle Corti, infatti, il consociato “riconosce” e “prevede” la legge applicabile anche attraverso l'opera di interpretazione e di applicazione dei Giudici.

Tuttavia, la Corte EDU sviluppa questo concetto, e forse in una direzione che la Consulta italiana, nel 1988, non si sarebbe aspettata. E infatti, un conto è riconoscere la posizione di responsabilità del giudice che, nel dover dare attuazione alla norma generale ed astratta, ne fa evolvere il significato al mutare delle circostanze storiche e culturali, ovvero ne specifica il contenuto, e il consociato quindi riconoscerà il precetto così come vive negli orientamenti giurisprudenziali.

Si tratta, in questo caso, dell'ordinario potere / dovere interpretativo della norma giuridica che l'ordinamento attribuisce al Giudice, tipico di un sistema di *civil law* basato sui principi di separazione dei poteri e divieto di interpretazione analogica (ovvero, di tassatività).

Altro è dire, come si fa nella sentenze della Corte EDU, che il giudice può sopperire all'indeterminatezza strutturale della fattispecie, mettendoci del suo, e cioè essenzialmente concorrendo con il Legislatore nella formulazione della fattispecie, al fine di assicurare la “prevedibilità” della “legge” (intesa, in questo caso, come *law in the books* più *law in action*).

La distinzione tra i due concetti, alle volte, può sembrare talmente sfumata da essere una questione quasi di stile. Ma non lo è affatto: mai la Corte Costituzionale, da ultimo con la famosa sentenza n. 230 del 2012, dimostra di voler abbandonare il principio della riserva di

³⁰⁶ vd. Corte Cost. n. 364/1988, cit., par. 14: “[...] illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali. La piena, particolare compenetrazione tra fatto e persona implica che siano sottoposti a pena soltanto quegli episodi che, appunto personalmente, esprimano il predetto, riprovevole contrasto od indifferenza. Il ristabilimento dei valori sociali ‘disgregati’ e l'opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata ‘soggettiva antiggiuridicità’ del fatto”.

legge, per cui le scelte di incriminazione appartengono al Parlamento, e quindi al popolo.

Il sistema CEDU invece, come noto, non riconosce la riserva di legge come precipitato del principio di legalità, ovvero non lo fa rientrare nella declinazione del ‘*nullum crimen sine lege*’.

4. La prevedibilità del formante giurisprudenziale.

Il precipitato della Corte di Strasburgo presenta sì numerose affinità rispetto all’elaborato della Corte Costituzionale ma, insieme, delle differenze sostanziali. E le differenze attengono, in prima battuta, all’oggetto della prevedibilità.

Si è già detto in precedenza come la legalità convenzionale, infatti, equipari la legge scritta al diritto vivente, cioè al diritto giurisprudenziale. In una serie di pronunce ormai ‘storiche’, la Corte EDU ha affermato come la nozione di “diritto” (cioè ‘*law*’ o ‘*droit*’, nelle due lingue ufficiali della Corte, che sono l’inglese e il francese) ricomprenda tanto il diritto scritto, quanto quello non scritto. Così è affermato, tra le altre sentenze, in *S.W. c. Regno Unito*, 22.11.1995; *C.R. c. Regno Unito*, 22.11.1995; nonché nel già richiamato *Baskaya e Okcuoglu c. Turchia*, 8.7.1999. Alla *Statutory Law*, cioè alla legge scritta, va equiparata la fonte giurisprudenziale, cioè la *judicial law*, o *case law*, in quanto si tratta di diritto vivente. Il motivo di una simile scelta è da rinvenirsi in due circostanze.

La prima, è quella di rendere il sistema di garanzie legate all’evoluzione del principio di legalità idonee, cioè applicabili, anche ai Paesi di *common law* (quali sono alcuni dei Paesi facenti parte del Consiglio d’Europa e quindi firmatari della Convenzione EDU), promuovendo una sorta di ‘fusione di orizzonti’ tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*.

In secondo luogo, la Corte ha da sempre avuto un approccio e una metodologia nella risoluzione delle controversie di carattere *anti-formalistico*, dovuto all’esigenza di mettere ordine in un contesto giuridico estremamente variegato, come solo può essere quello formato da 47 diversi Paesi, facendo quindi prevalere, nell’orizzonte delle proprie scelte, la “sostanza” sopra la “forma”³⁰⁷.

³⁰⁷ Così MANES, *La Lunga marcia della convenzione europea ed in ‘nuovi’ vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES – ZAGREBELSKY (a cura di) *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, 34. Altro Autore nota tra l’altro come il concetto di ‘legge’, funzionale a determinare la portata dello statuto garantistico della legalità, viene espresso a partire, come visto,

L'aumentato 'peso' della fonte giurisprudenziale è un tema vasto, anzi vastissimo, che non si può per intero ripercorrere. Per fotografare però il quadro attuale, con il quale è necessario fare i conti, si ricordi come la migliore dottrina abbia parlato, a tale proposito, di “*età della giurisdizione*” o “*epoca del giudice*”, per cui all'espansione del potere giudiziario corrisponde, o per lo meno si affianca, la circostanza che il giudice *crea*, “*e crea persino quando interpreta e applica le norme penali*”³⁰⁸.

Tale precipitato ha delle conseguenze pratiche di assoluto interesse, perché estende alle decisioni giudiziali la stessa irretroattività della norma incriminatrice, ovvero della disposizione più sfavorevole. È quanto veniva fissato nel 1995, in *S.W. c. Regno Unito*. In quel caso, due soggetti avevano fatto ricorso alla Corte di Strasburgo per avere loro negato i giudici britannici, in due casi di violenza sessuale consumati entro le mura domestiche, la *marital rape exemption*, ovvero la scusante di *common law* (cioè di creazione giurisprudenziale) per la quale lo stupro non poteva essere consumato ai danni del coniuge. Tra coniugi, infatti, si presumeva sempre il consenso alla consumazione di rapporti sessuali³⁰⁹. I giudici britannici in quella occasione, ribaltando un consolidato precedente orientamento, “aboliscono” la *defence* invocata dagli imputati.

Tale inversione di rotta, per gli imputati, equivaleva ad una nuova incriminazione, essendo infatti in questo modo estesa l'area di rilevanza penale a fatti in precedenza non punibili.

La Corte EDU riconosce che si sia trattato, nel caso di specie, di un *overruling* negativo, ovvero di un mutamento giurisprudenziale con effetti sostanzialmente peggiorativi per la posizione dell'imputato. Tuttavia, la Corte ritiene che non vi sia stata violazione dell'art. 7 CEDU, in quanto tale mutamento interpretativo era da considerarsi “*ragionevolmente prevedibile*”³¹⁰. Il Giudice, nel rappresentare come il cambio di giurisprudenza fosse “prevedibile”, aggiunge del suo, affermando che la causa di non punibilità, basata su un

dal *leading case Sunday Times c. U.K.*, del 1979. Ebbene, se in quell'occasione i Giudici di Strasburgo avessero dato una lettura di ‘legge’ o ‘diritto’ tale da non comprendervi la giurisprudenza, ovvero la Common Law, questa decisione avrebbe scalzato alla base il sistema giuridico dello Regno Unito, basato com'è proprio sulla dimensione della giurisprudenza-fonte. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità*, cit., 89.

³⁰⁸ Così FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 93; a tale considerazione inizia ad accompagnarsi, secondo l'Autore, la presa di consapevolezza o (almeno) il dubbio che non possa accadere altrimenti.

³⁰⁹ Si trattava del primo caso di riconoscimento del *marital rape*, cioè della violenza sessuale tra coniugi, entro lo scenario di *common law*. Il caso si verificava in Scozia, nel 1989, in *H.M. Adv v. Stallard*: la corte scozzese negava la ricorribilità, appunto, della c.d. *exceptio maritalis*, ponendo in essere di fatto una scelta incriminatrice, assimilabile, secondo alcuni ad un utilizzo del *Declaratory Power*, cioè del potere riconosciuto all'alta corte scozzese di formulare nuove fattispecie incriminatrici. Vd. su questo punto CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 88.

³¹⁰ MANES, *Commento art. 7*, cit., 275.

anacronistico concetto di ‘matrimonio’, fosse ormai estranea alla cultura dei Paesi civili. Di conseguenza, doveva condividersi la decisione dei Giudici inglesi di rimuoverla, operando tra l’altro in linea con i fondamentali scopi di tutela della dignità della persona propri della Convenzione.

La Corte EDU statuiva, con la citata sentenza, un principio di grande importanza: si affermava cioè il principio della irretroattività della nuova interpretazione giurisprudenziale, ovverosia del c.d. *overruling*, che sia (i) sfavorevole, e (ii) imprevedibile.

Per quanto attiene all’essere l’interpretazione *sfavorevole*, si applicheranno le stesse categorie proprie della legalità *in the books*, cioè si valuterà l’effetto sostanziale in punto di maggiore afflittività, per il reo, derivante dal mutamento giurisprudenziale.

Ma è sul requisito della *prevedibilità* che si registrano, naturalmente, gli argomenti di maggiore interesse.

È possibile tracciare nella giurisprudenza della Corte essenzialmente due diverse prospettive sulla valutazione della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale.

Una prima categoria attiene a casi come quello di specie, e cioè a casi che riguardano reati che possono essere ricompresi entro la categoria dei c.d. reati naturali, ovvero *mala in sé*. In *S.W. c. Regno Unito* i giudici di Strasburgo concludono positivamente la verifica della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale, nel senso che l’*overruling* era prevedibile, e quindi applicabile anche in via retroattiva. La prevedibilità della ‘abrogazione’ della *exceptio maritalis* risiedeva, come visto, nell’essere ormai tale scusante non più compatibile con le norme di cultura del tempo³¹¹. Afferma infatti la Corte che: “*What is more, the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom*” (par. 44).

Questa la posizione di principio sulla questione, che richiama elementi extra penali ed extra normativi come fondanti la previsione di cambiamento giurisprudenziale. Nel 1990, quando il fatto venne commesso, non potevano esserci dubbi che secondo la legge, come si presentava a quel tempo (ovvero la legge scritta, l’art. 1 del *Sexual Offences (Amendment)*

³¹¹ A ciò si aggiungeva anche un argomento più ‘tecnico’, e cioè la considerazione di come l’ambito di applicazione della *husband immunity* fosse diventato (a partire dal primo caso nel quale veniva registrato, nel 1888) sempre più ristretta, ovvero sempre più eccezione e meno regola: in *R. v. Clarke* del 1949 si affermava che il marito perdeva la defence se un provvedimento giudiziario avesse interrotto l’obbligo di convivenza, e nel 1976, in *R. v. Steele*, si giungeva ad affermare che al consenso presunto della moglie si poteva pur sempre porre fine con un accordo in tal senso, un *agreement*.

Act 1976), la costrizione della propria moglie ad avere un rapporto sessuale “*could, in various circumstances, be found guilty of rape*”.

Si è trattato, quindi, di considerazioni riconducibili *in primis* al disvalore sociale di quel comportamento, cioè alle *kulturnormen* di riferimento³¹². In questo caso la Corte EDU approva e motiva una scelta di incriminazione di matrice giurisprudenziale, sulla base di considerazioni di politica criminale.

È interessante mettere a confronto la prevedibilità sociale del cambiamento dell’interpretazione giurisprudenziale con un altro ambito in cui rilevano le *kulturnormen*, ovvero sul piano delle norme di cultura come requisito sostanziale per la riconoscibilità del precetto, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988³¹³.

La Consulta utilizza la categoria delle *kulturnormen* in funzione di contenimento dell’opzione penale, nel senso che le stesse rappresentano (o dovrebbero rappresentare) un filtro nelle scelte di incriminazione del Legislatore, che seleziona, e incrimina, *solo* quei comportamenti che, secondo le norme di cultura del tempo, sono percepiti dalla collettività come “criminali”, cioè meritevoli di sanzione (detentiva). Con l’avvertimento che è solo un vincolo in negativo, non già in positivo. Nessun *obbligo* di incriminazione, quindi, ma solo un *divieto* di incriminazione per i comportamenti che non rientrano nella categoria dei “crimini”, in base alle *kulturnormen* di riferimento.

Nel caso *S.W. c. Regno Unito* tuttavia si verifica il procedimento opposto, ovvero una scelta di incriminazione attuata in funzione, e a causa, delle *kulturnormen*.

L’incriminazione del *marital rape* avviene, secondo la motivazione della Corte EDU, perché tanto richiedevano le norme di cultura del *tempus commisi delicti*, nonché i principi fondamentali di tutela della persona espressi dalla stessa Convenzione.

La soluzione della Corte EDU viola il divieto di irretroattività della norma sfavorevole di cui al primo comma dell’art. 7 CEDU. Infatti, anche qualora un certo fatto sia percepito come “criminale” dalla coscienza sociale al tempo in cui viene commesso, in mancanza di una norma incriminatrice (sia questa di provenienza legislativa, ovvero di creazione giurisprudenziale) lo stesso fatto non può essere punito, vigendo sempre e comunque il principio della irretroattività delle scelte di incriminazione.

Tutto ciò, si intende, a meno di non voler considerare il *marital rape* come un c.d. crimine contro l’umanità e, per tanto, poter ‘sconfinare’, nel secondo comma dell’art. 7 CEDU, che deroga al principio del *nullum crimen sine lege* per i fatti considerati crimini “dai principi

³¹² Così MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 197.

³¹³ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 54 ss.

generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”³¹⁴.

Condivisibili o no che siano gli argomenti spesi dalla Corte EDU, le considerazioni sul disvalore sociale del fatto possono rilevare sul fronte dei c.d. delitti naturali, o dei *mala in se*. Solo in quel settore, o area, si avrà infatti un riconoscimento sociale talmente forte della criminalità di un comportamento, da potere un consociato prevedere che, commettendolo, un Tribunale lo riterrà responsabile di un reato, non curante di precedenti pronunce giurisprudenziali di segno opposto.

I c.d. reati artificiali, o *mala quia prohibita*, sono una questione del tutto diversa.

Elaborare un criterio di distinzione affidabile tra le due ‘famiglie’ di reati è molto complesso, e permangono, in questo settore di ricerca, rilevanti incertezze.

Senza anticipare troppo un tema che sarà trattato nel prosieguo, si consideri solo, per ora, che il confine tra le due categorie è sottile e non chiaro, ed esistono molte zone grigie, a seconda della prospettiva cui si guarda la questione.

Ebbene, l’incidenza della giurisprudenza nel determinare la ragionevole prevedibilità della rilevanza penale nel campo del c.d. ‘diritto penale artificiale’ o ‘complementare’ è emersa nel caso *Pessino c. Francia* del 10.10.2006. Nel caso di specie, inerente l’applicazione di un reato ‘artificiale’ nel contesto di una complessa questione urbanistica, si afferma come “*in mancanza di una interpretazione giurisprudenziale accessibile e ragionevolmente prevedibile le esigenze dell’art. 7 non potrebbero essere considerate rispettate*”³¹⁵.

³¹⁴ Così recita, infatti, il comma secondo dell’art. 7 CEDU: “*Il presente articolo [cioè il comma uno, che dispone il principio *nullum crimen sine lege*] non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*”. Si tratta, secondo alcuni, dell’accoglimento a livello convenzionale di un ‘modello alternativo di legalità’ fondato sulla c.d. formula di Radbruch (già richiamato in nota in introduzione al presente lavoro) e, in ogni caso, di un’estensione dell’area della possibile rilevanza penale dovuta a fattori storici contingenti, cioè la appena passata esperienza dei crimini commessi durante la Seconda Guerra Mondiale. Vd. su questo punto GRABENWARTER, *Art. 7 – no punishment without law*, in *ECHR Commentary*, Verlag, 2014, 177; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., 274 – 276, ove si indica come il principio di irretroattività sia stato sfidato svariate volte, anche in tempi recenti, dall’esigenza o dalla volontà di perseguire crimini contro l’umanità o comunque crimini caratterizzati da un notevole disvalore sociale: da ultimo, si pensi ai processi ai militari della ex Repubblica Democratica Tedesca, processati per l’uccisione di cittadini della DDR che cercavano di emigrare illegalmente nella Germania ovest; vedi, sempre sul tema del comma secondo dell’art. 7 CEDU e sui processi a carico dei militari della DDR, SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in cit., 224, in cui si rappresenta come la *state practice* invocata dagli imputati fosse, nell’opinione della Corte EDU, “*priva di fondamento legale*”; vedi anche su questo tema BIN, ‘*Formula di Radbruch*’, *principio di irretroattività e lex mitior*, in *dir. pen. cont.*, 9 aprile 2014. Con la sentenza della Grande Camera *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina* del 18.7.2013, la Corte EDU ha ribadito in maniera chiara (a fronte di una giurisprudenza fino ad allora non lineare entro la stessa Corte EDU), come il secondo comma dell’art. 7 CEDU *deve essere riferito esclusivamente ai fatti commessi durante la Seconda Guerra Mondiale*.

³¹⁵ In *Pessino c. Francia*, in particolare, richiamando i precedenti sul punto e ricordando come il carattere della prevedibilità “*dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s’agit, du domaine qu’il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires*” (par. 33), il livello tecnico dei destinatari della norma deve

La medesima posizione viene poi ripresa successivamente in altre pronunce, ad esempio *Liivik c. Estonia* del 25.6.2009. Insomma, anche nel campo dei reati artificiali deve esservi ‘ragionevole prevedibilità’ delle conseguenze penali delle proprie azioni.

C’è chi ha visto in ciò la possibilità di applicare, anche in questo campo, la categoria della prevedibilità sociale dell’incriminazione, al pari dei reati naturali³¹⁶. Forse tuttavia, in questo caso, si vuole ‘provare troppo’. Occorre considerare infatti che la Corte EDU conferma la natura “tecnica” e non “sociale/culturale” della prevedibilità dell’illiceità di una determinata condotta, nel campo dei reati artificiali.

I reati artificiali attengono a settori dell’attività umana c.d. normati, nei quali operano soggetti qualificati: imprenditori, professionisti, tecnici. Per costoro la prevedibilità del precetto si valuta con canoni diversi rispetto a quanto accade per i destinatari “comuni” di norme giuridiche.

Il Giudice di Strasburgo, infatti, ha sempre rappresentato, a volte in maniera anche molto ‘forte’, al limite forse dell’eversivo³¹⁷, come lo standard di accertamento della ragionevole prevedibilità della rilevanza penale tenga conto della posizione e delle “qualità” del soggetto agente: tanto più alte sono la “professionalità” dell’agente e la possibilità di ingaggiare degli esperti consulenti, quanto minore è la possibilità che la legge sia, per questi, imprevedibile³¹⁸.

Interessante notare come su questo aspetto la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Costituzionale italiana si avvicinino. Entrambe (ed è un tema affrontato specificamente in precedenza), quando si tratta di ‘soggettivizzare’ la riconoscibilità o prevedibilità del precetto, ‘alzano’ l’asticella per i soggetti dotati di maggiori competenze. L’adeguamento soggettivo dei criteri oggettivi, cioè, è sempre e solo verso l’alto, mai verso il basso.

Infatti, per accertare la prevedibilità / riconoscibilità del precetto, la Corte EDU fa riferimento anche alla *tipologia* dei destinatari; allo stesso modo la Corte Costituzionale,

essere considerato al fine di alzare lo standard di attenzione richiesto, ma ci sono comunque dei casi, quali quello presente, in cui il mutamento giurisprudenziale, essendo basato su considerazioni prettamente tecniche e che nulla quindi condividono con il caso S.W. c. U.K., non è prevedibile dal consociato: “*Il résulte ainsi de tout ce qui précède que, même en tant que professionnel qui pouvait s’entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu’au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale*” (par. 36).

³¹⁶ MANES, *Diritto penale e fonti internazionale*, cit., 198.

³¹⁷ Come nel citato caso *Groppera Radio c. Svizzera*, nel quale l’imprenditore, in quanto tale, avrebbe potuto (e quindi *dovuto*) procurarsi dei consulenti che si recassero presso gli uffici amministrativi a prendere diretta visione di atti normativi di rango secondario (regolamenti) mai pubblicati.

³¹⁸ Oltre a *Groppera Radio c. Svizzera*, e a *Sud Fondi c. Italia*, il concetto è ripetuto in maniera quasi automatica nelle altre sentenze che, dovendo risolvere una presunta violazione dell’art. 7, introducono il significato e il precipitato della *rule of law* convenzionale.

nella sentenza 364/1988, si riferisce *alle più alte competenze* di determinate categorie di individui.

In questo scenario, le pronunce della Corte EDU (quali *Pessino c. Francia*), in cui si accerta la non prevedibilità del precetto con riferimento a reati artificiali, rappresentano una situazione di fatto in cui l'ordinamento (per la negativa concorrenza di norme e giurisprudenza oscure) si presenta al consociato in maniera talmente poco chiara che neppure il soggetto qualificato, che opera in quei settori "tecnici" coadiuvato da consulenti esperti, ha potuto prevedere e riconoscere il corretto significato giuridico delle proprie condotte.

5. La prevedibilità del concreto risultato sanzionatorio.

Si è voluto argomentare, sino ad ora, come la Corte EDU parta fondamentalmente da posizioni analoghe a quelle della Corte Costituzionale italiana, nel senso di considerare l'ignoranza o l'errore sulla legge nella prospettiva propria della legalità, cioè della riconoscibilità della legge. Ma come visto, la Corte EDU, rinunciando alla riserva di legge, e attribuendo alla giurisprudenza un ruolo di co-protagonista nel sistema delle fonti, va oltre il *dictum* della Consulta, estendendo lo statuto della prevedibilità al formante giurisprudenziale. Ma non solo.

Fino ad ora parlando di errore di diritto e di ignoranza della legge si è sempre fatto riferimento al precetto. La riconoscibilità, nella prospettiva della Corte Costituzionale, ha ad oggetto il confine tra il lecito e l'illecito, tra il campo del consentito e il campo del punito. Si ha avuto modo di osservare in precedenza come non manchi chi sostenga che oggetto dell'*error iuris* inescusabile possa anche essere quello sulla semplice antigiridicità del fatto, non per forza penale. Ma la maggior parte della dottrina, e anche la giurisprudenza, hanno indicato convincentemente come oggetto della conoscibilità deve essere la specifica illiceità *penale* del fatto³¹⁹. Si è già potuto argomentare come, a nostra opinione, anche questa lettura dovrebbe forse essere aggiornata alla portata 'sostanziale' e non più 'formale' da assegnare alla materia penale (sempre di derivazione CEDU), per cui ciò che oggi rileva (anche nella prospettiva meramente interna) dovrebbe essere la conoscibilità dell'illiceità

³¹⁹ Vedi per un sintesi di questo tema, in precedenza già ampiamente citato, VENEZIANI, *L'oggetto dell'ignorantia iuris*, cit.

‘sostanzialmente penale’ di quel fatto, ovvero il fatto che, commettendolo, si potrà essere oggetto di sanzione.

Ma sempre si sta parlando dell'*an* della sanzione, non già del *quantum*. In tema di oggetto dell'*error iuris* si è già accennato a questo tema.

Si tratta di verificare come la Corte EDU sul punto ragioni in una prospettiva più ‘ampia’, perché attraverso lo statuto della legalità *della sanzione*, ricomprende entro il raggio della prevedibilità anche le *conseguenze afflittive* dell’accertamento del reato.

Ciò significa, anzitutto, lo sviluppo del principio della retroattività della *lex mitior*, di cui a *Scoppola c. Italia* del 17.9.2009³²⁰.

Allo stesso tempo ciò ha comportato, nella giurisprudenza CEDU, l’affermazione del principio della irretroattività del mutamento giurisprudenziale più sfavorevole, e imprevedibile, anche con riferimento, in generale, alle conseguenze afflittive del reato.

In questi termini è l’importante sentenza della Corte EDU *Del Rio Prada c. Spagna* del 10.7.2012, nel quale veniva accolto il ricorso di una terrorista spagnola che, condannata ad un lungo periodo di detenzione, si vedeva posticipare di quasi 10 anni la data di fine pena, in base ad una nuova interpretazione di una norma *sulla esecuzione della pena* adottata dal *Tribunal Supremo* spagnolo nel 2006³²¹, ovvero già in corso di esecuzione di pena.

La Corte EDU, nella sentenza, adotta un percorso motivazionale ‘binario’, combattuta com’è tra due diverse esigenze.

Da un lato, l’esigenza di tenere fermo il principio generale per il quale la materia dell’esecuzione penale è estranea alla “materia penale” elaborata dalla stessa Corte, e non vi si applicano quindi gli statuti garantistici del principio di legalità ex art. 7 CEDU. Dall’altro, tuttavia, la Corte riscontra come a fronte dell’intervenuto mutamento giurisprudenziale sia cambiato l’ammontare della sanzione in maniera estremamente significativa (ben 10 anni di reclusione in più), in maniera tale che i confini tra disciplina della pena e regolamentazione

³²⁰ Senza voler entrare nel vasto e complesso tema della *lex mitior* alla luce della giurisprudenza CEDU, si ricordi solo che pur a seguito della citata sentenza *Scoppola c. Italia*, la Corte Costituzionale, ancora con sentenza n. 230 del 2012, ha sancito come il principio di retroattività della legge più favorevole non trovi il proprio aggancio costituzionale nell’art. 25, secondo comma, Cost., cioè non è attinente alla legalità, bensì nell’art. 3 Cost., ponendosi quindi, invece, come una specificazione del più generale principio di uguaglianza, ed è quindi, stando così i termini, derogabile dal Legislatore per motivi che appaiano ragionevoli e rispettosi del principio suddetto. Una lettura ben diversa, perché più riduttiva, della legalità ‘convenzionale’. Si conferma in questo modo l’orientamento della Corte Costituzionale già in precedenza affermato con la sentenza n. 236/2011, nella quale il Giudice delle Leggi ha ribadito che il principio della retroattività della *lex mitior* non è assoluto ma può subire limiti e deroghe, come del resto riconosciuto anche dalla stessa sentenza *Scoppola c. Italia*, con particolare riferimento al giudicato.

³²¹ Vedi nota di MAZZACUVA, *La Corte Europea su principio di legalità e applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia di esecuzione delle pene in Spagna*, in *Dir. pen. con.*, 17 dicembre 2012.

della sua esecuzione appaiono molto sfuocati, per nulla nitidi.

Questa seconda considerazione risulta vincente sulla prima, e la Corte riconosce la natura “sostanziale” del mutamento giurisprudenziale. A valle di questo ragionamento (quello invero più impegnativo), la Corte di Strasburgo valuta ovviamente come ‘imprevedibile’ per la detenuta, al momento della commissione del fatto, il cambiamento di giurisprudenza del Tribunal Supremo spagnolo del 2006; la Corte rileva quindi la violazione da parte della Spagna dell’art. 7 CEDU e, essendo la detenuta ancora in carcere, una lesione al diritto alla libertà personale, indicando come soluzione, ai sensi dell’art. 46 CEDU, la scarcerazione immediata. La Grande Chambre della Corte EDU, il successivo 21.10.2013, confermava le argomentazioni della sentenza di ‘primo grado’, e quindi l’avvenuta violazione degli artt. 7 e 5 CEDU.

Riassumendo, la prevedibilità da parte del consociato non riguarda solo l’*illiceità*, ma anche le *concrete conseguenze afflittive* della commissione del reato, che concorrono a formare il ‘*droit pénal matériel*’, come tale soggetto alle garanzie dell’art. 7.

Già in precedenza, in un altro importante caso, la Corte EDU ebbe a censurare l’operato di un Paese aderente per carenza di prevedibilità / accessibilità della legge quanto alla conseguenze sanzionatorie; ci riferiamo al caso *Kafkaris c. Cipro*, deciso dalla Grande Camera della Corte EDU il 12 febbraio 2008. In tale pronuncia, la Corte ha censurato la condanna all’ergastolo applicata dal giudice nazionale, ritenendo che vi fosse carenza di prevedibilità / accessibilità quanto a (i) lo scopo, (ii) i contenuti, e (iii) le modalità di esecuzione della pena; ciò a causa del caos normativo e giurisprudenziale che non rendeva chiaro, con una prospettiva *ex ante*, se l’ergastolo comportasse, su un piano concreto, una pena di venti anni di reclusione, ovvero per l’intera vita del condannato³²².

³²² La Corte di Strasburgo infatti argomenta nel senso che “*Although at the time the applicant committed the offence it was clearly provided by the Criminal Code that the offence of premeditated murder carried the penalty of life imprisonment, it is equally clear that at that time both the executive and the administrative authorities were working on the premise that this penalty was tantamount to twenty years’ imprisonment*” (par. 146), ciò per via di una confusione normativa a livello primario e secondario, tale per cui *In particular, the Court finds that at the time the applicant committed the offence, the relevant Cypriot law taken as a whole was not formulated with sufficient precision as to enable the applicant to discern, even with appropriate advice, to a degree that was reasonable in the circumstances, the scope of the penalty of life imprisonment and the manner of its execution. Accordingly, there has been a violation of Article 7 of the Convention in this respect*” (par. 150).

6. Sviluppo dello statuto della prevedibilità del precetto, maturato in sede CEDU.

La ‘fortuna’ del principio della irretroattività dell’interpretazione giudiziale più sfavorevole e imprevedibile, si riscontra sia a livello internazionale (in altra dimensione rispetto alla CEDU) che su quello nazionale.

Sul fronte interno, la giurisprudenza di legittimità italiana, con una nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³²³, ha riconosciuto l’*overruling*, ovvero il cambio di orientamento giurisprudenziale, come un ‘nuovo elemento’ di diritto idoneo a riproporre una domanda al giudice dell’esecuzione in precedenza già respinta. Nella sentenza Beschi il Giudice si riferisce al dovere di ‘applicazione conforme’ alla Convenzione EDU disposto dalle sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007, e propone quindi una lettura sistematica dell’art. 666, comma secondo, c.p.p. rispetto all’art. 7 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza ‘comunitaria’ (*sic!*). Premessa come la nozione di ‘diritto vivente’ non sia assente dal panorama dell’ordinamento interno, trattandosi di uno statuto presente a più riprese nella giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale³²⁴, la Corte afferma che nel concetto di “nuovo elemento di diritto” vada incluso anche “*il nuovo mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa suprema Corte, carattere di stabilità e integra il ‘diritto vivente’*”. Tale operazione ermeneutica, continua la Corte, si rende obbligatoria quando funzionale alla tutela di diritti fondamentali (in questo caso, di fonte convenzionale e parametro interposto di legittimità del diritto positivo ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost., secondo l’insegnamento delle citate sentenze gemelle della Consulta), rispetto ai quali eventuali preclusioni processuali nazionali diventano recessive. Anche in successive pronunce, la Corte di Cassazione richiama pienamente il principio che riconosce alla giurisprudenza il ruolo “decisivo” di precisare il contenuto del precetto penale, contribuendo in questo alla

³²³ Ci si riferisce naturalmente a Cass. SS. UU. 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. Pen.*, 2011, 17 ss., con nota di RUSSO, *Il ruolo della Law in action e la lezione della Corte Europea dei Diritti Umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto.*

³²⁴ Il sintagma ‘diritto vivente’ entra per la prima volta nel lessico della Corte Costituzionale con la sentenza n. 276/1976, ma la Corte di Cassazione riporta come già in precedenza, in altre sentenze, il medesimo concetto possa essere enucleato; si citano le sentenze n. 3/1956, in cui ci si riferisce alla “*norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici*”, nonché n. 198/1972, dove si parla della norma “*come vive nella realtà concreta*”.

‘prevedibilità’ e ‘accessibilità’ per il consociato della lettera del Legislatore³²⁵.

Il tema tuttavia in Italia, come noto, è tutt’altro che pacifico, e si è assistito anzi ad uno *stop and go* tra la giurisprudenza di legittimità, che ha accolto a piene braccia, come visto, il precipitato convenzionale della giurisprudenza – fonte, e quella Costituzionale, che con la nota sentenza n. 230 del 2012 ha escluso la possibilità che il mutamento giurisprudenziale favorevole (c.d. *abolitio criminis* giurisprudenziale) possa essere equiparato all’*abolitio* legislativa, e comportare quindi la revoca della sentenza di condanna ai sensi dell’art. 673, comma 2, c.p.p.³²⁶.

Insomma, la partita è ancora da giocare, e non è affatto chiaro quale sia lo spazio da riservarsi nell’ordinamento nazionale allo statuto convenzionale della giurisprudenza – fonte.

La irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole è affrontata, e confermata, si ricordi, anche nella sede dell’Unione Europea, ovvero dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea³²⁷. Tanto affermano, infatti, i Giudici del Lussemburgo esprimendosi rispetto ad una serie di mutamenti giurisprudenziali in tema di sanzioni amministrative per violazione della disciplina della concorrenza, materia di competenza dell’Unione Europea e con riferimento alla quale si radica quindi la giurisdizione della Corte del Lussemburgo³²⁸.

Altro fronte internazionale nel quale ha ‘fatto breccia’ la cultura del precedente, e nella quale si riconosce infatti il vincolo dello *stare decisis*, è quello del diritto penale internazionale, a valle di una importante sentenza del Tribunale internazionale dei crimini nella ex

³²⁵ Cass., SS. UU., 19 aprile 2012, n. 34952.

³²⁶ La Corte Costituzionale, in motivazione, si esprime in maniera forte sulle conseguenze ‘sovversive’ che una simile pronuncia avrebbe per l’ordinamento, “*stante la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell’ordinamento*”. E infatti, la soluzione proposta vincolerebbe essenzialmente il giudice dell’esecuzione rispetto al *dictum* delle Sezioni Unite, costituendo una vera gerarchia tra organi giurisdizionali ad oggi assente dalle regole sul funzionamento dell’apparato giudiziario dello Stato. Si avrebbe infatti, evidenzia la Corte, il paradossale effetto di vincolare il giudice dell’esecuzione rispetto al caso di specie, che dovrebbe uniformarsi alle Sezioni Unite, mentre un altro giudice della cognizione, per un caso analogo, potrebbe disattendere il *dictum* delle SS. UU., dandone adeguata motivazione. Insomma, il problema della giurisprudenza fonte, almeno nella prospettiva dell’estendere al mutamento giurisprudenziale la disciplina della *lex mitior*, è nell’assenza di *stare decisis*, cioè nella non vincolatività del precedente giudiziale. E quanto al fatto di poter considerare due diversi orientamenti giurisprudenziali due diverse ‘leggi’, la Corte Costituzionale quasi alza i toni, fa i muscoli e dice che vi si oppongono il principio della riserva di legge e il principio della separazione tra i poteri dello Stato, riflesso nel precetto di cui all’art. 101, comma secondo, Cost., per il quale il giudice è soggetto (soltanto) alla legge. Insomma, la Corte afferma come: “*Siffatta erronea esegesi comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all’esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell’ordinamento costituzionale*”.

³²⁷ MANES, *commento all’art. 7, cit.*, 275.

³²⁸ Vedi, su tutte, CGCE, 8.2.07, C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, 87 ss, in Cass. Pen., 2007, 2200 ss, con nota di BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale ‘imprevedibile’, una ‘nuova frontiera’ del processo di ‘europeizzazione’ del diritto penale*.

Jugoslavia³²⁹.

7. Il divieto di analogia, un limite fragile.

Abbiamo visto come da un lato la Corte EDU elabori lo statuto per il quale la giurisprudenza si affianca al Legislatore per formare il ‘diritto’, anche in senso concorrenziale nella definizione della fattispecie; perché un diritto ‘prevedibile’, significa anche una giurisprudenza ‘prevedibile’.

Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte ha ripetutamente fissato i limiti all’opera di interpretazione del giudice, vietando il ricorso all’interpretazione analogica. Il divieto di analogia è espresso in diverse sentenze a partire dalla citata *Kokkinakis c. Grecia*, e poi ripreso in tempi più recenti ad esempio in *Protopapa c. Turchia* del 24.02.2009³³⁰. Nel caso di specie afferma la Corte come l’attività interpretativa del giudice debba essere di supporto al destinatario della norma affinché il precetto e la relativa sanzione siano chiaramente comprensibili e quindi prevedibili. Insomma, nell’opinione di autorevole dottrina si riscontra in capo alla giurisprudenza un obbligo di “*interpretazione ragionevole*”, che sarebbe quindi un corollario della prevedibilità: l’interpretazione costruttiva del giudice è necessaria (e addirittura rientra nel campo della legalità sostanziale), ma non deve sconfinare nell’analogia³³¹. Allo stesso tempo, la Corte di Strasburgo in diverse occasioni ha riconosciuto ampi spazi di manovra nell’interpretazione da parte degli organi giudiziari, fino alla concreta elaborazione di scelte di incriminazione. Nessun dubbio che infatti, in casi come quello *S.W. c. Regno Unito*, i Giudici esprimono scelte prettamente politiche, con argomenti culturali e sociali.

Ma questo è, a nostro parere, perfettamente comprensibile.

Come visto ad esempio in *Protopapa c. Turchia*, la Corte vieta l’analogia *in quanto interpretazione imprevedibile* per il soggetto sottoposto a giudizio. Ma non riconoscendo la riserva di legge, non vieta l’interpretazione analogica *di per sé*. La prospettiva della Corte è infatti sempre quella della prevedibilità della responsabilità penale per i destinatari delle

³²⁹ *Alesosovski*, 24 marzo 2000, vd. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 198, nota 84.

³³⁰ Si afferma in motivazione come l’art. 7 CEDU “*While it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy*” (par. 93).

³³¹ Vedi sul punto BERNARDI, *Commento all’Art. 7*, cit., 263 ss.

norme.

Se ad esempio una nuova interpretazione estensiva del precetto, e perché no anche analogica, fosse considerata ‘prevedibile’ per il mutato contesto storico e culturale, allora non ci sarebbe violazione dell’art. 7. Ma questo risultato del resto è logica conseguenza della mancanza di riserva di legge: se *il risultato sanzionatorio* è prevedibile, non importa in quale percentuale questo sia frutto del Legislatore ovvero del Giudice.

8. Conclusioni sul rapporto tra dimensione nazionale e convenzionale sull’errore di diritto.

Concludendo, la Corte declina il principio di legalità secondo accessibilità e prevedibilità, escludendone la riserva di legge. Il motivo, è molto semplice: la Corte EDU ragiona, e procede, per paradigmi garantisti verso il consociato. E si tratta di paradigmi garantisti ‘immediati’, cioè relativi al singolo caso, che fuggono volutamente da dinamiche e scenari ‘di principio’. La Corte EDU, infatti, difficilmente si ‘lancia’ nella statuizione di massime di diritto, perché guarda alla singola tessera, e non al mosaico³³².

Nella prospettiva del singolo, condannato per la commissione di un fatto di reato, il precipitato ‘garantista’ più rilevante della legalità è proprio la riconoscibilità del precetto. È infatti la riconoscibilità del precetto, anche nella lettera della sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale, il presupposto del principio di colpevolezza, cioè il metro che legittima la risposta sanzionatoria rispetto alla commissione di un fatto di reato, che si presenta *punibile* in quanto *colpevole*. Ai fini della garanzia del cittadino, poco incide, in questa prospettiva, il grado di ‘giurisprudenzialità’ della norma in contestazione, cioè quanto e in che modo nella norma applicata vi sia lo ‘zampino’ del diritto vivente, cioè se sia espressione del diritto penale giurisprudenziale.

Quello che conta è la riconoscibilità di quella norma, ovvero l’accessibilità e la prevedibilità che al comportamento X consegirà, in un’aula di giustizia, la punizione Y. La legalità, in sintesi, nella lettura dei giudici di Strasburgo, significa ‘preminenza del diritto’, in senso onnicomprensivo del diritto applicato e, in certa misura, dell’insieme della dimensione

³³² ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità*, cit., 59.

preventiva con quella prettamente punitiva³³³. In questo modo, la scusante dell'errore di diritto inevitabile è fatta salva.

Insomma, il tema dell'ignoranza inevitabile della legge penale è risolto dai due sistemi giurisprudenziali in un modo che è, in verità, meno distante di quanto si creda.

La Corte EDU declina la questione, nella sua interezza, entro il paradigma della legalità. Al di là cioè di taluni passaggi nella sentenza *Sud Fondi*, che come visto richiamano possibili cause di ignoranza inevitabile della legge diverse dalla carenza di prevedibilità e accessibilità, non si rintracciano in altre pronunce recenti accenni all'elemento 'soggettivo' del reato, ovvero alla necessaria presenza di un collegamento intellettuale tra l'autore e il fatto materiale di reato, né tanto meno a cause "soggettive" di ignoranza inevitabile del precetto³³⁴.

Il problema si risolve tutto nella prevedibilità (che poi altro non è che la riconoscibilità) del precetto. Anche in *Sud Fondi c. Italia* del resto, come visto, nella motivazione la Corte EDU mostra di condividere appieno le argomentazioni della sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale³³⁵.

Sul fronte convenzionale, si innova rispetto alla tradizionale struttura della legalità considerando la giurisprudenza come elemento che concorre nella definizione del precetto. Il risultato, come visto, è il divieto di *overruling* negativo e imprevedibile.

La Corte Costituzionale riconosce il ruolo del diritto vivente nel fondare la riconoscibilità delle norme dell'ordinamento, ma non al punto da riconoscerne carattere concorrenziale nella formazione del precetto. La soluzione rispetto a "caos interpretativo" e "mutamenti giurisprudenziali" imprevedibili sarà proprio la scusante ex art. 5 c.p. per ignoranza inevitabile della legge penale, per come interpretata, in maniera imprevedibile, dalla giurisprudenza.

In sintesi la Corte Costituzionale, pur a valle di una motivazione che insiste sulle cause oggettive di inevitabilità dell'ignoranza della norma incriminatrice, afferma poi che una norma irriconoscibile è sì una norma esistente e valida, ma la cui ignoranza è scusabile ex art. 5 c.p. Viceversa, la Corte di Strasburgo afferma che laddove il precetto (composto da *law in the books* più *law in action*) sia imprevedibile, allora non c'è diritto, non c'è legge per

³³³ MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario*, cit., 1907.

³³⁴ E anzi, in altre sentenze la Corte EDU si era espressa nel senso della compatibilità con il sistema CEDU della responsabilità oggettiva. Vd. *Solabiaku c. Francia* del 1988, ove si afferma che gli Stati membri "possono, in linea di principio e a determinate condizioni, rendere punibile un fatto obiettivo o materiale considerato in quanto tale, che derivi o meno da un'intenzione delittuosa o da una negligenza".

³³⁵ DONINI – RAMPIONI, *Il principio di colpevolezza*, cit., 343.

i quali essere condannati³³⁶.

Ma del resto questo è comprensibile, se si tiene in considerazione il ruolo rivestito dalle diverse Corti. La Corte Costituzionale deve considerare la tenuta dell'intero impianto giuridico, decidendo sulla legittimità delle norme. La Corte EDU, no. Il suo compito è strettamente legato al caso concreto, e deve limitarsi a verificare se nel caso posto alla sua attenzione c'è stata una violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione: non giudica la norma, giudica la situazione concreta³³⁷. Quindi può permettersi soluzioni le cui 'conseguenze' dovranno poi essere gestite da altri.

Ma non c'è il rischio, in questo modo, di perdersi dei pezzi per strada? Non è certo questa la sede per affrontare questo ulteriore, ed impegnativo, ambito di ricerca. Una risposta, però, è possibile provare a darla.

Si dovrebbe considerare che anche la riserva di legge gioca un ruolo di garanzia. Anzi, la riserva di legge nella tradizione del diritto positivo è stata *la garanzia* per i consociati. I quali potevano essere puniti solo per fatti incriminati per volontà popolare, cioè per scelta dei propri rappresentanti seduti in Parlamento. Scelte per questo espressione idealmente delle norme di cultura comuni ai consociati, norme la cui applicazione è sottratta dall'arbitrio di un singolo giudice, dovendo questi attenersi strettamente entro la disposizione legislativa³³⁸. è con la legge che il diritto regola e si manifesta, ed è interessante riportare, a questo proposito, un breve passo scritto da Nuvolone nella presentazione del primo numero della rivista *L'Indice Penale*, nel 1967, nella quale sottolinea la centralità della legge e del Legislatore anche nell'attività del giurista: "*non dobbiamo dimenticare che lo scienziato del diritto deve tendere soprattutto all'elaborazione di buone leggi*"³³⁹.

Si ha avuto modo di verificare, nel capitolo precedente, come proprio l'aderenza delle scelte incriminatrici alle norme di cultura sia, per la Corte Costituzionale, uno dei requisiti sostanziali per la riconoscibilità del precetto penale³⁴⁰. Il Parlamento, costituito sulla volontà

³³⁶ Vd. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 74 - 75: "Si tratta di una sentenza mai abbastanza citata [Corte Cost., n. 364/1988]. Essa offre un'indicazione che non rileva solo nella materia penale. Ma qui occorre un'avvertenza: ciò che a livello nazionale è una causa di esclusione della colpevolezza, nell'ottica della Convenzione è una causa di esclusione dell'esistenza stessa di una 'legge'".

³³⁷ Vd. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 187.

³³⁸ Vd. CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi di diritto penale – parte generale*, cit.; GAMBERINI, *La riserva di legge nel sistema costituzionale*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., 133 ss; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo*, cit., 231;

³³⁹ NUVOLONE, *Presentazione*, in *L'Indice Penale*, 1967, 2.

³⁴⁰ vd. Cap. I, 9.1.1. Su questi temi, CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 127 ss.; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., Vol. I, pt. II.

popolare, dovrebbe essere specchio di tali norme. I Giudici, scelti per concorso, non lo sono. O quanto meno, non è richiesto che lo siano.

Ma ciò detto, difficile capire quanto il livello sovranazionale porti di veramente innovativo, quanto ai temi qui trattati.

Secondo alcuni, la giurisprudenza *Sud Fondi* avrebbe rivoluzionato il sistema dell'imputazione soggettiva a livello convenzionale, riconoscendo finalmente, introducendolo, il principio di colpevolezza³⁴¹.

Secondo altri, viceversa, non aggiungerebbe nulla di nuovo rispetto a quanto già affermato in sede nazionale, condividendo La Corte EDU le motivazioni già espresse dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988, pur prevedendo in nuce alcuni spunti interessanti suscettibili di qualche sviluppo in tema di responsabilità³⁴².

Da un punto di vista formale, il dato di innovazione nella dimensione CEDU è quello di una nuova visione della legalità che incorpora ufficialmente la giurisprudenza - fonte, estendendosi a questa la prevedibilità, sotto forma soprattutto di divieto di *overruling* (sfavorevole) (e imprevisto).

Questa sì, è una novità.

Ma il mero comprendere la giurisprudenza - fonte entro l'orizzonte della riconoscibilità del precetto non è una novità, anzitutto perché già così sosteneva la Corte Costituzionale nel 1988, che annoverava il 'caos giurisprudenziale' tra le cause di mancanza di riconoscibilità dell'ordinamento nel suo complesso. In secondo luogo, così afferma anche la giurisprudenza di legittimità la quale, nel declinare la regola cautelare funzionale al giudizio sulla inevitabilità dell'*ignorantia legis*, richiede anche la conoscenza della giurisprudenza³⁴³. Nella prospettiva della giurisprudenza italiana, costituzionale prima e di legittimità poi, il formante giurisprudenziale era già, e continua ad essere, specchio per accedere al precetto, per conoscere il comando giuridico e potersi quindi adeguare ad esso. Recenti sentenze di legittimità affermano in maniera chiara questo dato, rappresentando come "la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale"³⁴⁴.

³⁴¹ Così SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo*, cit., 246.

³⁴² DONINI – RAMPIONI, *Il principio di colpevolezza*, cit., 343.

³⁴³ In questi termini, vd. Cap. I, 9.1.2.

³⁴⁴ In questi termini, già richiamata in precedenza, Cass., SS. UU., 19 aprile 2012, n. 34952.

CAPITOLO III – ERRORE DI DIRITTO, REATI ARTIFICIALI E PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO.

1. Reati naturali e reati artificiali.

1.1 Sui criteri distintivi tra reati naturali e reati artificiali.

La distinzione tra *mala in se* e *mala quia prohibita* è antica, e la più risalente impostazione per distinguerli (invero ancora attuale perché spesso richiamata pur con sfumature e differenziazioni) si rifà a teorie giusnaturalistiche per cui, esistendo *diritti* naturali, devono esistere anche *delitti* naturali, diretti cioè a ledere diritti naturali dei consociati: diritti irrinunciabili e immanenti, quali l'integrità fisica e la proprietà³⁴⁵. La distinzione tra queste categorie risiederebbe quindi nel 'rango' attribuito all'interesse oggetto della tutela penale.

Un'altra teoria distingue le fattispecie di reato tra costanti e variabili. Vi sono cioè dei fatti che nel tempo e nello spazio sono sempre stati considerati (pur magari con diverse sfumature e confini), fatti illeciti, e questi sarebbero quindi i delitti naturali, perché costanti nella storia delle società organizzate. Dall'altro lato, evidentemente, vi sarebbero taluni fatti che possono essere o non essere considerati reato a seconda delle mutate circostanze culturali, economiche o sociali di un determinato momento storico: questi sarebbero reati artificiali, perché appunto "variabili" nel tempo³⁴⁶. Questa teoria è fondata sulla rilevanza 'storica' della distinzione tra delitti naturali e delitti artificiali nel senso di costante/variabile nello scenario criminale di una Nazione. Solo, il diverso disvalore che le due categorie esprimono (e quindi esiste una differenza di disvalore, secondo questa impostazione) è a valle, e non a monte della scelta di incriminazione. Il delitto naturale è da talmente tanto tempo presente nel tessuto sociale da essere stato sostanzialmente 'assimilato' dall'individuo: questa sarebbe

³⁴⁵ Così si esprimeva il CARRARA nel *Programma del corso di diritto penale*, parte spec., vol. I, Lucca, 1881, par. 1084.

³⁴⁶ In questi termini si è espresso NUVOLONE ne *Natura e storia della scienza nel diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, 197; e ancora ne *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 37ss.

l'unico criterio definitorio, per certa dottrina, compatibile con un ordinamento penale laico e moderno³⁴⁷.

Le due teorie appena esposte possono trovare un momento di incontro, considerando come l'essere un reato una costante nella storia della società organizzata, dipenda anche dalla 'costanza' dell'essere l'interesse tutelato considerato un diritto fondamentale, primario. Nel senso che i diritti naturali, in quanto tali, sono esistiti in maniera 'costante' nella storia della civiltà organizzata, e così, conseguentemente, sono 'costantemente' esistite fattispecie penali funzionali a tutelarli³⁴⁸.

Certo, la tendenza può essere quella di ricondurre la questione essenzialmente entro schemi etici. La distinzione risiederebbe cioè nel riconoscimento morale del precetto, trattandosi i mala in se di atti di per sé gravemente "peccaminosi" o "immorali", a differenza di quei fatti penalizzati solo su un piano formale, ovvero considerati reato solo perché così prescrive la legge. In questa prospettiva, legata a posizioni appunto incentrate alla morale come 'specchio' di talune scelte incriminatrici, è ad esempio la tradizione anglosassone, così come contenuta e rappresentata nel *Black's Law Dictionary*, secondo il quale per *malum in se* si intende "*A crime or an act that is inherently immoral, such a murder, arson, rape*". Il *malum in se*, in altre parole, "*means to the ordinary man something that is sinful or immoral*"³⁴⁹. Il *malum prohibitum*, viceversa, è "*an act that is a crime merely because it is prohibited by statute, although the act itself is not necessarily immoral*". In questo senso, il disvalore del *malum prohibited* deriverebbe esclusivamente dalla previsione normativa che lo vieta, senza proiettare una 'immoralità' riconoscibile dall'uomo comune³⁵⁰. Tra le conseguenze pratiche alla distinzione tra le due categorie, sempre secondo la già citata dottrina anglosassone, sarebbe che solo i *mala in se* necessitano l'accertamento del dolo, non i *mala prohibitum*. In questo senso, in effetti, la distinzione britannica sembra ricalcare la distinzione delitto/contravvenzione del diritto italiano.

³⁴⁷ In questi termini vd. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 270; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, cit., 49.

³⁴⁸ In questo senso vedi MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, cit., XXV, che esprime appunto una posizione di 'sintesi', si può dire, tra giusnaturalismo e costante storica, per cui il c.d. diritti naturali "*costituiscono un dato pressoché immutabile nel variare dei tempi, poiché offendono beni essenziali di ogni società organizzata (vita, integrità fisica, libertà personale, onore, proprietà privata o pubblica), senza la tutela dei quali non vi è convivenza possibile; e perciò appartengono al patrimonio comune della civiltà umana*".

³⁴⁹ DEVLIN, *The enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1975, 33.

³⁵⁰ In questi termini infatti "*an offence malum prohibitum is not a wrong which is prohibited, but something which is wrong only in the sense that it is against the law*"; PERKINS – BOYCE, *Criminal Law*, Foundation Press, 3a ed., 1982, 884 – 885.

Ma passato lo sforzo di individuare un valore morale assoluto come criterio distintivo tra le due categorie (per il quale alcuni autori facevano anche riferimento alla legge di Dio o alla *Law of Nature*), la più moderna dottrina richiama posizioni etiche di carattere sociali – storiche e relative. I *mala in se* sono quelli che le persone considerano crimini in senso stretto, mentre i *mala prohibita*, anche reati in senso formale, non attraggono l’indignazione morale della gente: questa impostazione richiama da vicino, è evidente, la teoria delle *Kulturnormen*³⁵¹.

Secondo alcuni autori la distinzione tra reati naturali e reati artificiali troverebbe un riconoscimento a livello positivo nella suddivisione dei reati tra delitti e contravvenzioni. Ma parte della dottrina non condivide questa impostazione, ritenendo tutt’altro che pacifico il dato secondo cui tra le due categorie (reati naturali/delitti e reati artificiali/contravvenzioni) ci sia perfetta sovrapposizione³⁵².

In tempi moderni, la formulazione della categoria dei reati contravvenzionali coincide con l’avvenuta penalizzazione (cioè rimodulazione sotto forma di fattispecie di reato) dei precedenti illeciti di polizia, sentendosi l’esigenza di distinguerli in qualche modo rispetto alle più tradizionali fattispecie di reato³⁵³. Si recuperarono così categorie quali *mala in se* e *mala quia prohibita* risalenti alle dottrine giusnaturaliste, in cui la distinzione tra le due tipologie era essenzialmente incentrata su una prospettiva etica e morale. I delitti naturali (o *mala in se*) sarebbero quei comportamenti che esprimono un disvalore sociale e culturale che prescinde dall’avvenuta positivizzazione: laddove anche l’ordinamento statale venisse meno, ovvero collassasse o venisse sostituito da una diversa “struttura” organizzata, taluni comportamenti continuerebbero ad esprimere un disvalore, un significato cioè di “ingiusto” o di “sbagliato”, laddove altri, pure prima previsti come reato, venendo meno la illiceità formale, cesserebbero anche di essere considerati “sbagliati” dai consociati³⁵⁴.

³⁵¹ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., Vol. I, 544.

³⁵² CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *L’Indice Penale*, 1991, 41.

³⁵³ VALLINI, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 63.

³⁵⁴ Può farsi forse a questo proposito un esempio storico, che può bene rendere l’idea del carattere “normativo” del disvalore di talune fattispecie di reato, a differenza di altre. Si consideri quanto avvenuto in Italia all’indomani dell’armistizio dell’8 settembre 1943. Venuto meno, perché collassato, lo Stato, inclusi tutti i poteri di coercizione legale, dalla polizia ai tribunali, mentre continuarono ad assumere rilevanza, almeno sociale, comportamenti intrinsecamente “sbagliati”, dai reati contro la persona a quelli contro il patrimonio (quanto meno i reati tramite violenza - su ciò si richiamano le bellissime pagine di Curzio MALAPARTE nel romanzo *La pelle* o, da una prospettiva straniera e quindi forse ancora più interessante, la narrazione autobiografica di Josh LEWIS, ufficiale britannico, ne *Napoli ’44*, per ambientazione e temi trattati molto vicino alla narrazione malapartiana), il venire meno dell’ordine statale ha implicitamente “abrogato” le fattispecie di reato che traevano legittimità e soprattutto disvalore proprio dall’essere previsti come reato dalla legge: fra tutti, in maniera manifesta, il reato di diserzione, pure punito dal codice penale militare di guerra in maniera molto più grave (con la morte, se avvenuto in presenza del nemico (artt. 143 – 145 c.p.m.g.), con la reclusione

Rispetto a ciò, più di recente si proponeva una diversa chiave di lettura, tesa a distinguere tra *mala in se* e *mala prohibita* non più ricorrendo ad un parametro morale-etico, quanto piuttosto ad uno sociologico. I reati naturali, classificati dall'ordinamento quali delitti, preserverebbero le condizioni "primarie" della società, e cioè comportamenti così antisociali da minare le fondamenta della collettività organizzata; mentre i reati artificiali, che l'ordinamento ora classifica quali contravvenzioni, tutelerebbero le condizioni "secondarie" delle stesse, cioè reati "convenzionali" suscettibili di "accompagnarsi alla moralità individuale comune"³⁵⁵.

Un'ulteriore chiave di lettura, che richiama in fondo le considerazioni sociologiche e culturali della teoria delle *Kulturnormen*, farebbe leva proprio sulla conoscenza o conoscibilità dell'illecito, nel senso che *mala in se* è quel comportamento considerato "offensivo" secondo la coscienza sociale, e il consociato ne percepirà quindi il disvalore anche laddove fosse all'oscuro della sua antiggiuridicità. Rispetto ai *mala prohibita*, invece, non essendo questi comportamenti "offensivi" ai sensi della coscienza sociale, il soggetto potrà percepirne il disvalore solo laddove sia anche consapevole della loro antiggiuridicità³⁵⁶.

Ma, sembra, anche questa teoria non è del tutto appagante. Il merito della teoria è senz'altro quello di aver portato la discussione dal piano della valutazione etica della condotta a quello dell'offesa ad un bene giuridico.

E questa è una considerazione centrale, riteniamo, nel tema in argomento.

Il limitare l'indagine circa il carattere di *mala in se*, ovvero di *mala prohibita*, alla percezione giuridica e sociale della condotta, nel senso ampio del comportamento, significa non considerare un ulteriore principio cardine in argomento di legalità e di scelte di incriminazione, e cioè il principio di frammentarietà, per quella teoria che vede nel reato un illecito di modalità di lesione.

Non tutte le offese al bene giuridico sono sanzionate, ma solo quelle realizzate attraverso una determinata modalità di esecuzione ovvero, solo le offese superiori ad una certa soglia, solo superata la quale il nocimento è meritevole di sanzione. Ne sono un esempio le soglie di punibilità nei reati tributari di cui al d.lgs. n. 74/2000, ovvero ancora i tassi di interesse di cui

militare non inferiore a cinque anni, se avvenuto fuori della presenza del nemico (art. 146 c.p.m.g.)) rispetto a reati "naturali", ad esempio quelli contro il patrimonio, che pure continuarono ad operare nello tessuto sociale italiano. Ciò naturalmente nella breve parentesi tra l'armistizio e la restaurazione del potere statale: potere regio al sud, repubblicano al nord.

³⁵⁵ Così PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, 438.

³⁵⁶ CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali*, cit., 41.

ai decreti ministeriali che semestralmente individuano il tasso usurario ai sensi dell'art. 644 c.p.

Se per potersi dire “consapevole” del disvalore della condotta ci si riferisse anche ai limiti o soglie legali dell'offesa, allora in effetti la conoscenza del disvalore coinciderebbe con la conoscenza dell'antigiuridicità, nel senso della tipicità. Ma non può essere questo il discrimine tra reati naturali e reati artificiali. Perché se è vero che la soglia di punibilità oltre la quale l'omesso versamento dell'IVA costituisce reato è di mera creazione legislativa, e quindi la condotta tipica esprime un disvalore in sé normativo, non naturale o sociale, il risultato offensivo sanzionato dalla norma, cioè l'omesso versamento delle imposte, è senz'altro un fatto che esprime un disvalore sociale ben riconoscibile e riconosciuto dai consociati, e quindi noto al soggetto che non versa le imposte anche se ignorante rispetto alla soglia di punibilità, e cioè rispetto all'antigiuridicità della sua condotta³⁵⁷. La conoscenza del disvalore insita nell'offensività di un certo comportamento prescinde quindi dalla consapevolezza dell'antigiuridicità dello stesso. I reati tributari possono essere definiti reati artificiali? Se si guarda la tipicità della *condotta*, probabilmente sì, perché l'antigiuridicità è data da un elemento formale di derivazione prettamente normativo (tra un omesso versamento di 49,500 euro ed uno di 50,001 euro nulla cambia in punto di disvalore della condotta, che è il medesimo in entrambi i casi: piuttosto la distinzione tra le due ipotesi di evasioni si pone sul piano formale dell'antigiuridicità). Provando poi a dare una risposta con l'occhio del giusnaturalista, la risposta dovrebbe essere parimenti positiva, nel senso che difficilmente l'interesse erariale dello Stato può essere considerato diritto naturale e, dunque, le condotte che lo dovessero offendere come reato naturale.

E tuttavia, una prospettiva informata alla teoria sulle *Kulturnormen* potrebbe condurre ad una risposta diversa, cioè negativa. Il reato di omesso versamento IVA potrebbe essere considerato reato naturale. Ci sembra infatti di poter dire che, in questo periodo storico, in una lettura cioè dinamica dei valori propria di una valutazione sociologica del diritto (anche dell'evoluzione di quello penale), condotte offensive dell'interesse erariale dello Stato esprimono un disvalore conosciuto dai consociati, e da questi condiviso. Occorre poi ricordare come, per dare completezza alla teoria delle *Kulturnormen*, il disvalore sociale, riconoscibile dal consociato, abbracci non solo l'evento lesivo, ma la stessa condotta.

³⁵⁷ In questa sede il reato tributario è preso come esempio della diversa percezione che il consociato può avere tra condotta tipica e offesa al bene giuridico. Si condivide in questa sede l'ipotesi che vede nella soglia di punibilità un elemento essenziale della fattispecie, così come sostenuto dalla giurisprudenza, di recente e tra le altre pronunce, in Cass., 16 maggio 2013, n. 42868.

Nel senso che la condotta deve essere riconoscibile come ‘criminale’ ai sensi delle *Kulturnormen* vigenti: il giudizio sociale è rivolto verso il disvalore del *fatto* di reato considerato nel suo insieme. Tornando all’esempio formulato poc’anzi, cioè di un omesso versamento IVA, la soglia di punibilità non influisce sul disvalore della condotta socialmente avvertito. Ma il “fatto” inteso in senso laico, cioè l’omesso versamento dell’IVA, è probabilmente riconosciuto come criminale dai consociati. In questi termini, ai sensi della teoria delle *Kulturnormen*, e considerando sia la condotta che “l’evento” della fattispecie, questo reato andrebbe considerato come un reato naturale, sussistendone i presupposti ‘culturali’ o ‘sociali’.

Vi è poi una diversa teoria, che si ritiene possa essere ‘combinata’ con la prospettiva delle *Kulturnormen*, di enucleazione della natura e del carattere dei reati artificiali in termini prettamente ‘normativi’; i *mala quia prohibita* sarebbero cioè una specificazione o determinazione di reati naturali, nel senso di una specificazione del precetto³⁵⁸. In questi termini, il “fatto di reato” laico dell’omesso versamento IVA è un reato naturale, e la soglia di punibilità ne costituisce solo un elemento normativo e artificiale, che non influisce sul disvalore, ma solo sulla tipicità, come scelta del Legislatore nell’esercizio dell’opzione penale.

I criteri di distinzione, come visto, si sovrappongono, e i risultati esegetici sono spesso confusi e incerti.

Ma allora, sembra potersi chiedere, esiste davvero questa distinzione tra reati naturali e reati artificiali? Se cioè guardiamo non alla condotta in sé, ma al bene giuridico protetto (e in particolare all’offesa arrecata al bene stesso), si può dire che esistano fattispecie di reato che sanzionano un’offesa (anche nella forma di mero reato di pericolo) il cui disvalore non viene percepito dalla coscienza sociale? In teoria, stando anche alla stessa teoria delle *Kulturnormen*, non dovrebbe essere così, nel senso che molte delle fattispecie di reato tradizionalmente catalogate quali “reati artificiali” tutelano beni giuridici che la società (sempre in maniera dinamica, cioè mutevole nelle varie fasi o periodi storici) riconosce e tutela. E, anzi, solo così potrebbe essere, dal momento che non dovrebbero esistere fattispecie di reato (certo non delittuose, ma neanche contravvenzionali) che sanzionino comportamenti non lesivi di bene giuridici che la società riconosce meritevole di tutela.

³⁵⁸ Vedi in questo senso DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, 2004, 276, nota 84, che non manca di sottolineare come spesso, anche a livello di fattispecie, al riprovevolezza sociale di una condotta, cioè il disvalore culturale che quel fatto proietta all’esterno, verso i consociati, è strettamente connesso con la stessa proibizione legale: “in assenza della quale sarebbe assai più tollerata”.

Questo assunto è costantemente disatteso.

Pur informati alla teoria delle *Kulturnormen* e ai suoi corollari, assistiamo alla proliferazione nell'ordinamento di fattispecie di reato che non solo dispongono una tipicità assolutamente formale (nel senso cioè di una descrizione del fatto tipico operata con il rinvio secco ad altre fonti, sia normative che provvedimentali), ma che non esprimono un disvalore socialmente riconosciuto neppure quando si ha riguardo ai beni giuridici in gioco. Ed è significativo, a nostro parere, che ci si riferisca in questo modo non solo a qualche fattispecie contravvenzionale contenuta in qualche oscuro testo di normativa complementare: si può tentare di utilizzare come esempio anche talune norme dello stesso libro II del codice penale. In questo senso, ad esempio, sono le fattispecie “promozionali” in tema di pedopornografia virtuale.

La migliore dottrina sul punto rappresenta la stretta connessione tra questo tema e l'ignoranza della legge. Si afferma infatti come nei casi in cui tra le scelte incriminatrici e la coscienza sociale vi crei un vistoso *gap*, e cioè una violazione del principio che vuole le *kulturnormen* solidamente a monte dell'opera di selezione delle condotte da incriminarsi, l'ignoranza del precetto da parte del consociato è spesso “inevitabile”³⁵⁹. Non è un caso che in tema di errore ci si riferisca ad una teoria, quella delle *Kulturnormen*, che invero atterrebbe ad un altro tema della teoria generale del diritto penale, cioè alla legalità e alla legittimità delle scelte incriminatrici del legislatore.

Questo è un argomento che tocca le vere basi della teoria generale del diritto (penale), nel senso della dubbia legittimazione del Legislatore per tutelare beni giuridici che non si trovino nella società civile ma che sia il legislatore stesso a “creare”³⁶⁰. È, questo, un problema che attiene al principio di offensività.

Si affaccia allora una ulteriore questione, che è il ruolo che possono giocare, relativamente alla disciplina dell'errore, i reati a tutela di beni giuridici secondari, o strumentali.

Come noto, la creazione di beni giuridici strumentali, o secondari, finalizzati alla protezione intermedia di beni giuridici finali è assolutamente normale. Quale, infatti, che sia l'istanza (pur ragionevole) per una razionalizzazione e diminuzione delle fattispecie di reato, in una società complessa come l'attuale non potrebbe essere diversamente, nel senso che non potrebbe rinunciarsi a tutelare interessi “intermedi”, che stanno cioè tra il soggetto e il bene giuridico finale che si intende tutelare. Ne è esempio la normativa in tema di armi, che

³⁵⁹ CADOPPI, *La natura giuridica della mancanza dell'autorizzazione – riflessi in tema di errore*, cit., 385.

³⁶⁰ Si richiamano sul tema alcuni versi di Tacito, Germania XIX: “*ibi boni mores valent quam alibi bonae leges*”.

tutelando il bene giuridico della circolazione “controllata” delle armi da fuoco, tutela in via indiretta i beni fondamentali a ciò collegati, quali *in primis* la vita e l’integrità fisica dei consociati, nel senso di una maggiore sicurezza sociale. Così anche, ad esempio, i reati di svolgimento di attività senza autorizzazione ambientale. Se infatti il bene finale, l’ambiente, è certamente riconosciuto e considerato degno di tutela dai consociati, più difficile è trasporre la medesima affezione dei consociati alla “funzione” di tutela preventiva della pubblica amministrazione, unico bene offeso, di per sé, dallo svolgimento dell’attività senza autorizzazione.

Ma il vero tema è che più il bene strumentale è “lontano” rispetto al bene finale, maggiore è la possibilità per i consociati di non riconoscere alle fattispecie “intermedie” un disvalore pari a quello dei comportamenti lesivi di interessi giuridici finali. È così certamente il reato di diserzione, nel contesto sociale del settembre 1943, già sopra esposto in nota. Il reato di diserzione è a tutela del “funzionamento” delle Forze Armate e, in generale, dello sforzo bellico nazionale; a sua volta interesse strumentale alla sicurezza dello Stato. E la sicurezza dello Stato, a sua volta, è evidentemente funzionale alla tutela dei “veri” beni giuridici finali, che sono gli interessi e i beni giuridici degli stessi consociati: della vita, della proprietà, della salute e, in generale, del benessere di questi. In ciò stava la “lontananza”, nel settembre ’43, tra la coscienza sociale e il disvalore che pure lo Stato aveva imposto (fino al collasso delle istituzioni) di ricondurre al reato di diserzione.

E in ciò stava anche, probabilmente, la prova del fallimento dell’innovazione relativa ai beni giuridici compiuta dai compilatori del Codice Rocco nel 1930, e la creazione da questi operata di un “nuovo” bene giuridico, e cioè la personalità dello Stato, da questi non considerato bene strumentale, ma vero e proprio bene finale meritevole di autonoma protezione³⁶¹. Il popolo italiano, in quella occasione, non riconobbe socialmente e culturalmente il disvalore della lesione arrecata alle Forze Armate.

Riconoscere funzione promozionale al diritto penale, nel senso di incriminare un comportamento al fine di attribuirne disvalore anche agli occhi della società, è funzione di “ingegneria sociale” non pratico, e quasi mai efficace. Prova ne è, appunto, la realtà dei fatti. E la realtà ha funzionato in maniera molto diversa da come i compilatori del codice penale del 1930 potevano aver ipotizzato nell’ambito dei lavori preparatori al codice.

³⁶¹ CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi di diritto penale – parte speciale*, CEDAM, 2012.

1.2 Rilievo della distinzione tra reati naturali e reati artificiali ai fini della disciplina dell'errore.

La distinzione entro l'ordinamento tra reati naturali e reati artificiali, tra *mala in se* e *mala quia vetita*, è di fondamentale importanza, quando si tratta del rilievo giuridico dell'errore nel diritto penale.

La sostanza del problema è che con riferimento ai reati artificiali si gioca la reale partita in tema di errore o ignoranza del diritto, e le ragioni di ciò sono state rappresentate affrontando quali siano i fondamenti politici e dogmatici del principio *ignorantia legis non excusat*. Con riferimento ai reati artificiali, ad esempio, senz'altro non può operare una presunzione di conoscenza del diritto che invece, pur con le dovute riserve, potrebbe sostenersi per i *mala in se*. Così, in oltre, è con riferimento ai reati artificiali che maggiormente si verifica quello stato di confusione, stratificazione ed incertezza normativa che concretamente mette in dubbio la possibilità per il consociato di conoscere il contenuto dei precetti, informandone il proprio comportamento.

In questo senso è anche la dottrina più risalente, laddove si riconosce l'assurdità logica dell'art. 5 c.p., così come formulato prima della sentenza del 1988, e si afferma però la rilevanza, in merito, di distinguere i reati che offendono diritti fondamentali dell'ordine sociale. Per la chiarezza espositiva, se ne riporta il passo per intero: *“In una concezione realistica, che si adegui alla realtà etico-psicologica del diritto, l'error iuris dovrebbe essere considerato quale causa di esclusione della colpevolezza quanto meno quando l'errore sia incolpevole e non si tratti di reati che offendono il senso morale comune e i valori fondamentali sui quali si asside l'ordine sociale”*³⁶².

Si è visto in precedenza, nel primo Capitolo di questo lavoro, come la non conoscibilità della legge è anzitutto ricondotta, ai sensi dell'art. 5 c.p. riformulato dalla sentenza n. 364/1988, a difetti oggettivi dell'ordinamento che non si presenta come “conoscibile” per i consociati. La non conoscibilità oggettiva è anzitutto ricondotta a “colpe” del Legislatore, che difetta nel formulare in maniera confusa norme che dovrebbero invece essere chiare e precise.

Tuttavia, riteniamo di poter fare un passo in più, affermando come la poca certezza per il cittadino su cosa sia lecito e cosa non lo sia, con riferimento ai reati artificiali, non derivi solo dall'infelice formulazione e “sistematicità” normativa; non deriva cioè solo dal “cattivo lavoro” compiuto dal Legislatore. L'incertezza invece, spesso, è insita nella “tecnicità” della

³⁶² BETTIOL, *Diritto Penale*, cit., 510.

norma. Nel senso che vi sono norme, nel sistema penale complementare, che *vivono di interpretazione*, nel senso che non hanno di per sé alcun senso se non quello che gli interpreti tecnici del settore decidono di dargli. La fattispecie di reato, in questi casi, è proprio costruita sull'interpretazione, e il grado di certezza non può che risentirne.

Si facciano in questo senso due esempi.

Il primo. Una persona che entra in una banca a volto coperto, brandendo un'arma e facendosi consegnare dal cassiere una somma di denaro, non nutre nessun dubbio che, se scoperto, qualsiasi interprete, sia esso tecnico e atecnico, sia esso cioè interprete togato (su tutti, il giudice, che è l'interprete che a questa persona certo più interessa) o laico (un giornalista, un impiegato che legge il giornale al mattino, l'opinione pubblica, insomma) considererà la sua azione una "rapina". E ciò perché la "rapina" ha un significato sociale prima che normativo. Difficile dire se il significato "laico" di rapina sia nato in conseguenza della previsione normativa, trattandosi appunto di un dato normativo "immanente", cioè da sempre presente in ogni contesto legale, ovvero il contrario. Ma per ora, ai fini di questa indagine, tanto è sufficiente.

Il secondo. Un imprenditore, nell'ambito di una ristrutturazione aziendale, scorpora dall'asse "produttivo" della società la parte che eroga i servizi, delocalizzandola in Paese a fiscalità agevolata e così trasferendo un centro di imputazione di costo (e, insieme, di ricavi) entro un regime tributario agevolato. Un *transfet pricing* che sarà poi considerata attività elusiva ai sensi dell'art. 37 bis? Il beneficio fiscale sarà recuperato ad imposta? L'accertamento tributario darà luogo a trasmissione di notizia di reato alla Procura della Repubblica competente? Il Pubblico Ministero di turno alla ricezione atti qualificherà quella "informativa" come un modello 45 (cioè informazione di carattere non penale) o come un'ipotesi di reato ex art. 4 d.lgs. 74/2000, cioè come una dichiarazione infedele? E ancora, così rubricato il procedimento avrà un qualche sviluppo o giacerà in un cassetto di Procura fino alla maturazione dei termini di prescrizione? L'incertezza è totale. Nella filiera del procedimento che potrebbe portare all'accertamento della responsabilità penale intervengono almeno quattro o cinque soggetti qualificati che, interpretando il "pezzo" normativo di propria competenza, possono determinare tanto la qualificazione sostanziale, quanto lo sviluppo del procedimento, in un modo piuttosto che in un altro.

Si tratta del diritto penale incerto al suo massimo sviluppo³⁶³. Tanti e tali sono gli “interpreti” che dovranno metterci le mani, che la prevedibilità degli esiti concreti della vicenda è impossibile, per lo meno per chiunque non disponga di poteri paranormali.

Certo, la situazione può essere molto più complessa di come si è presentata, e il binomio reati naturali/certezza del diritto – reati artificiali/incertezza del diritto, trova tantissime falle logiche o anche solo esperienziali.

Si torni alla rapina. Anche la rapina alle volte presenta delle difficoltà esegetiche. Si pensi ad esempio al problema della configurabilità del “tentativo di rapina impropria”³⁶⁴, o ancora a quale sia il campo di “assorbimento” entro la fattispecie di rapina dei fatti di violenza o minaccia commessi nel compimento del medesimo “fatto”³⁶⁵. Ma non si tratta, a ben vedere, di argomenti influenti su quanto si discorre in questa sede. Questi aspetti riguardano infatti il corretto “incasellamento” del fatto entro la griglia di tipicità predisposta dal Legislatore, e cioè la corretta veste normativa a un fatto storico: compito questo che rappresenta la base genetica di quanti si occupano professionalmente di diritto, e cioè avvocati, magistrati, accademici. Nel tramonto dell’idea del giudice “bocca della legge”, questa costituisce la fase “tecnica” a valle di un fatto il cui disvalore *giuridico* è, comunque, noto a tutti i consociati. L’autore del fatto non sa se sarà punito per tentativo di rapina impropria, o per furto e lesioni personali, o per chissà quale diversa fattispecie di reato. Ma sa che sarà punito per qualcosa: e questa consapevolezza è comune ai consociati, che si aspettano una qualche reazione penale rispetto a quel fatto. Potranno poi intervenire tanti fattori per cui non ci sarà una condanna; potranno maturare la prescrizione o un’altra causa estintiva del reato, può mancare una condizione di punibilità, può verificarsi una nullità processuale insanabile. Ma “l’antigiuridicità” di quel fatto è nota a tutti i consociati.

Nel senso che, come ha affermato autorevole dottrina, nei c.d. delitti naturali, avendosi una sostanziale coincidenza tra norma penale e norma di civiltà, la conoscenza dell’antisocialità del fatto costituisce il presupposto della conoscenza dell’antigiuridicità, o quanto meno

³⁶³ SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit.

³⁶⁴ Risolto dalla giurisprudenza in senso positivo, con la nota sentenza Cass., SS. UU., 19 aprile 2012, n. 34952, per la quale è configurabile il tentativo di rapina impropria nel caso in cui l’agente, “*dopo aver compiuto atti idonei all’impossessamento della cosa altrui, non portati a compimento per cause indipendenti dalla propria volontà, adoperi violenza o minaccia per assicurarsi l’impunità*”.

³⁶⁵ Giurisprudenza costante, sul tema, ritiene che solo la minaccia e le percosse siano assorbite dalla rapina, costituendo invece ogni ulteriore episodio di violenza un’ipotesi di concorso di reati. Vedi in questo senso Cass., Sez. II, 6 aprile 2005, n. 16059.

(relativamente alla tematica dell'errore di diritto) del dubbio che fa sorgere per il soggetto l'onere di informarsi sulla legge³⁶⁶.

Ci sono dei casi tuttavia di non facile lettura. Riflettiamo, adesso, alle pesanti influenze degli elementi normativi o "artificiali", su fatti di reato tradizionalmente considerati delitti naturali, cioè crimini in senso stretto. Un esempio. Reato naturale "per eccellenza" è l'omicidio volontario; si può dire che sia proprio sul diritto all'integrità fisica (nella sua manifestazione più "alta", cioè la vita stessa) che si fonda la legittimazione della comunità organizzata (anche in veste para-statale, tribale o quant'altro) alla sovranità sui consociati. È un dato comune a tutte le diverse sfumature del contrattualismo sociale, per cui la garanzia di non essere uccisi da un'altra persona (ma solo dallo Stato, nel caso) è il primo fra i motivi che spingono le persone delle comunità pre-legali a darsi struttura organizzata, con regole condivise³⁶⁷.

Ebbene anche l'applicazione dell'omicidio volontario è minacciata di "normativismo" e quindi di "artificialità" dall'evolversi, parallelamente, del tecnicismo giuridico e da certe spinte (reali o apparenti che siano, poco importa) di difesa sociale. L'elaborazione normativa, giurisprudenziale e dottrinale di categorie e concetti quali l'accettazione del rischio come forma di manifestazione del dolo (eventuale), i segnali d'allarme come standard di accertamento probatorio, lo sviluppo elefantico della normativa cautelare in taluni settori di particolare rilevanza sociale, portano a una atomizzazione delle "sicurezze" giuridiche anche con riferimento a questo ambito "insospettabile".

Si pensi ad esempio al campo della sicurezza sul lavoro. L'elaborazione dell'art. 2087 c.c. come canale di eterointegrazione "aperto" degli obblighi del datore di lavoro alla sicurezza sul luogo di lavoro, unitamente all'accertamento della previsione del rischio e della correlata (presunta, come solo può essere) accettazione dello stesso, ha portato alla formulazione di imputazioni per omicidio volontario nell'ambito del diritto penale del lavoro, dove la colpa, e le correlate fattispecie colpose, ne sono sempre state il cuore. E quindi anche a fronte di un'imputazione per omicidio volontario si "discuterà", a suon di consulenze tecniche, argomentando sull'interpretazione e l'applicazione di normative extra-penali complesse e sfuggenti (come la normativa speciale antinfortunistica) o addirittura del tutto oscure perché indeterminate (come le fonti "sparse" ex art. 2087 c.c.): e i risultati di questo momento

³⁶⁶ MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, cit., 394.

³⁶⁷ In questo senso è, tra gli altri, JOHN LOCKE, ne *Il Leviatano*; nella condizione primitiva in cui tutti competono con tutti (*bellum omnium contra omnes*), la vita di ogni uomo è "*solitary, poor, nasty, brutish and short*".

“tecnico” e extra penale determineranno la possibile applicazione della più penale tra le norme penali.

Potrebbe ribattersi che nessuna differenza c'è tra questo caso, e quanto detto prima in tema di rapina. Anche in questo caso il datore di lavoro, che commette gravi violazioni della sicurezza sul lavoro, ha coscienza della “antigiuridicità” delle sue azioni, e spetta poi solo ai tecnici tracciare le esatte coordinate della sua responsabilità, nel senso di quale sia la fattispecie concretamente applicabile: ad esempio, se si tratta di omicidio volontario oppure di omicidio colposo, magari con l'aggravante della previsione dell'evento lesivo. Questo è senz'altro vero. Rispetto all'esempio della rapina, però, vi è una fondamentale differenza. Infatti, la qualificazione del fatto in omicidio volontario in luogo di omicidio colposo sposta completamente l'asse dell'antigiuridicità prevista dal consociato, nel senso che il significato sociale dei due alternativi fatti di reato (omicidio doloso/omicidio colposo) è radicalmente diverso.

Quindi, in concreto, a valle di un'elaborata disquisizione tecnica su elementi quali l'obbligo giuridico di impedire l'evento, la violazione cautelare, la previsione o prevedibilità dell'evento lesivo e la causalità omissiva della condotta contestata, il consociato è investito di conseguenze afflittive di specie diversa rispetto alla sua previsione astratta, cui la collettività associa un grado di disvalore e riprovevolezza radicalmente diverso.

Responsabilità dell'interprete, dunque.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte occorre domandarsi se abbia ancora senso oggi, nell'affrontare (tra l'altro) la disciplina dell'errore di diritto, distinguere tra reati artificiali e reati naturali. Secondo una impostazione tradizionale e senz'altro condivisibile per l'ordine sistematico cui la stessa conduce, si afferma che la distinzione tra reati naturali e reati artificiali sia categoria immanente che aiuta, certo non complica, il tema dell'errore di diritto, nel senso che siano i reati artificiali specchio e campo di prova del moderno diritto penale “incerto ed efficace”.

Qui infatti si evince appieno come, nel decadimento del principio di legalità e della separazione tra i poteri dello Stato, il moltiplicarsi delle fonti del diritto in linea sia verticale che orizzontale, nonché la sempre maggiore tecnicità e regolamentazione delle attività, sia economiche che in senso lato sociali, il cittadino si trovi in un “labirinto” di obblighi e divieti rispetto ai quali le tradizionali categorie sulla inescusabilità dell'ignoranza della legge

penale, fondate culturalmente tra un possibile rapporto “semplice” tra il consociato e le sue leggi, inevitabilmente viene meno³⁶⁸.

È stato infatti affermato come “è molto più facile che si verifichino errori (anche sul precetto) nell’ambito dei mala quia vetita piuttosto che nell’ambito dei mala in se”³⁶⁹.

La distinzione tra reati naturali e artificiali rileverà sul tema della scusante della buona fede nelle contravvenzioni (apertura giurisprudenziale “di comodo” rispetto ad una certa ignoranza inevitabile della legge, prima della “riforma” dell’art. 5 c.p.), sulle esimenti culturali, sulla riconoscibilità e, in termini europei e convenzionali, sull’accessibilità e prevedibilità del divieto e della sanzione.

I reati artificiali, lontani dalla coscienza del consociato, pongono problemi di colpevolezza, e di errore di diritto specialmente, nella misura in cui, come afferma parte della dottrina, perché il principio di personalità della responsabilità sia compiutamente rispettato, non ci si può accontentare della socializzazione dell’individuo o della rilevanza sociale (conoscibile, naturalmente) dell’attività intrapresa. Bensì, “Occorre altresì che la conoscenza del disvalore del fatto o la conoscenza dell’esistenza di una regolamentazione giuridica per fatti contigui o simili possa in qualche modo ‘parlare’ alla coscienza dell’agente, suscitando il dubbio sull’antigiuridicità del comportamento progettato. Occorre insomma che quei presupposti trovino una ‘sensibilità’, un’eco nel soggetto. Siffatta ricettività, - in rapporto ai delitti naturali – ha preso il suggestivo nome di ‘tensione della coscienza’, stimolata appunto dalla consapevolezza del disvalore sociale. In rapporto ai reati artificiali, è stata invece spesso celata sotto il formalismo dell’obbligo di informazione, mentre consiste più sostanzialmente nella capacità intellettuale di porre in relazione, quasi per mezzo di un arco psicologico, il fatto progettato e i fatti contigui o simili giuridicamente disciplinati così che la coscienza sia a sua volta sollecitata a dubitare dell’antigiuridicità del primo. Senonché, questo accendersi della ‘tensione della coscienza’, stimolata dalla consapevolezza del disvalore del fatto, così come il tendersi dell’arco psicologico tra l’attuale fatto e la passata esperienza giuridica, sono entrambi condizionati da strutture psichiche individuali non sempre facilmente sondabili”³⁷⁰.

Si tratta questo, ricordiamo brevemente, di uno dei tratti distintivi del diritto penale artificiale, ove il disvalore del fatto di reato non è compreso nella norma penale in sé

³⁶⁸ SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., 1193.

³⁶⁹ CADOPPI, *La natura giuridica della mancanza di autorizzazione – Riflessi in tema di errore*, cit., 363-364.

³⁷⁰ PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 189. Sul punto vedi anche MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, cit., 379.

considerata, ma nella disciplina extra – penale al cui rispetto la norma penale è guardiano armato. Laddove il reato, infatti, si sostanzia come violazione di regolamentazione extra – penale, allora il dolo del fatto di reato si innesta su un fatto antigiusuridico “*che è già trasgressivo di regole di settore, spesso cautelari, di organizzazione del lecito: è un dolo pieno di colpa*”³⁷¹.

Per tutti i motivi sopra esposti, la distinzione tra reati naturali e reati artificiali non sembra più essere un valido criterio selettivo, quanto meno nell’affrontare il tema dell’errore di diritto. Il rischio infatti è quello di mischiare il disvalore del fatto di reato con la riconoscibilità della norma. Le due dimensioni del reato, come dimostrato, procedono su binari diversi, e per quanti siano i punti di tangenza, non esiste una sovrapposizione tra le due.

Può essere allora preferibile parlare di “**reati tecnici**”. Reati cioè rispetto ai quali, a prescindere dal disvalore espresso e al suo grado di riconoscibilità nelle *Kulturnormen* di riferimento, la tipicità si realizza attraverso categorie *tecniche*.

2. L’errore di diritto nello specifico settore penale tributario. L’art. 15 D.lgs. n. 74/2000.

La disciplina dell’errore di diritto, come visto, dovrebbe trovare maggiore rilevanza applicativa nel settore dei reati tecnici. Il condizionale (dovrebbe) è dovuto al paradosso, più volte rilevato già a partire dal primo Capitolo, per cui la maggiore “difficoltà” interpretativa della normativa tecnica (e quindi dei reati artificiali), rispetto alle norme “naturali”, comporta un maggiore standard di diligenza per chi svolge quelle attività normate, nel senso di un più diligente adempimento del dovere di informazione. L’accresciuta possibilità di cadere in errore è compensata dalla maggiore diligenza richiesta ai soggetti che affrontano tale normativa tecnica, fino ad annullare ogni maggiore spazio applicativo della scusante dell’errore inevitabile, che resta quindi sempre evitabile e non scusabile.

³⁷¹ DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1999, 5.

Esempio emblematico di questo “meccanismo perverso” è quanto si registra in sede penale tributaria. Il diritto penale tributario è un settore “particolare” dell’ordinamento criminale, sotto diversi aspetti. Anzitutto la letteratura ne segnala il particolarismo rispetto alla disciplina penale ordinaria; una “autonomia” riconducibile tanto sul piano normativo che giurisprudenziale³⁷².

Sul piano giurisprudenziale, recenti sentenze della Corte di Cassazione si riferiscono all’ordinamento penale tributario come ad un settore “speciale” rispetto a quello codicistico. In questo senso è, ad esempio, la nota sentenza delle Sezioni Unite in tema di rapporti tra i reati di frode fiscale ex art. 3 D.lgs. n. 74/2000 e truffa ai danni dello Stato ex art. 640, comma 2, c.p. Sciogliendo il contrasto creatosi entro la Sezione V della Corte, le SS. UU. affermavano il conflitto apparente di norme tra le fattispecie anzidette con applicabilità della frode fiscale, negando il concorso di reati, proprio sulla considerazione che l’ordinamento penale tributario sarebbe “complessivamente speciale”³⁷³.

Sul piano normativo, rileva anzitutto il dato costituzionale, per cui l’essere l’ordinamento penale tributario braccio armato della “ragione fiscale” di cui all’art. 53 Cost., ne legittima l’introduzione di discipline differenti rispetto quelle del “diritto comune”³⁷⁴. Il diritto penale tributario è infatti oggi “tipizzato” entro un corpo normativo breve eppure “completo”, nel senso che in soli 21 articoli (al netto delle norme di coordinamento e transitorie), il D.lgs. n. 74/2000 contiene, oltre ad una ‘parte speciale’ (le fattispecie di reato tributarie), un elenco di definizioni speciali della materia (art. 1), nonché una sintesi di parte generale, introducendo deroghe rispetto alle disposizioni della parte generale del codice penale. Entro queste “deroghe” o “specificazioni” rientrano senz’altro l’esclusione (per alcune fattispecie) della punibilità del tentativo (art. 6), un elenco di pene accessorie speciali e applicabili solo per i reati tributari (art. 12), una deroga alla disciplina del concorso di persone nel reato (art. 9) e, per quanto attinente alla presente indagine, una norma *ad hoc* in tema di errore di diritto, di cui all’art. 15. Si tratta, si premette subito, di una norma di cui non si comprende immediatamente quale sia il campo applicativo, specie nel rapporto con le norme codicistiche in tema di ignoranza o errore, ovvero con gli articoli 5 e 47 c.p.

³⁷² TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Giappichelli, 10a ed., 2009, 79.

³⁷³ In questo senso è la sentenza Cass., SS. UU., 28 ottobre 2010, n. 1235, Giordano.

³⁷⁴ Vedi su questo tema LANZI – ALDOVRANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 2.

2.1 L'art. 15 D.lgs. n. 74/2000: la disposizione, la *ratio legis*, e l'inquadramento sistematico.

L'art. 15 cit., rubricato “*Violazioni dipendenti da interpretazione delle norme tributarie*”, così dispone: “*Al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'articolo 47, terzo comma, del codice penale, non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione*”.

Come rilevano i commentatori all'indomani della riforma del 2000, lo schema di decreto legislativo predisposto dal governo conteneva una clausola, in tema di errore, inserita nell'art. 1 (cioè entro le definizioni e principi), per la quale “*le violazioni dipendenti da interpretazioni della normativa tributaria, o di disposizioni da essa richiamate, sono punibili soltanto in caso di palese infondatezza dell'interpretazione adottata*”³⁷⁵. La disposizione così formulata venne ‘cestinata’ su proposta della Commissione Giustizia della Camera, in quanto la nozione di “*palese infondatezza dell'interpretazione adottata*” appariva eccessivamente indeterminata e sollevava quindi dubbi di legittimità costituzionale della fattispecie; al suo posto veniva introdotto l'art. 15, formulato *ut supra*.

Questo *iter* di approvazione mostra, a prescindere da quale sia stata la formulazione finale della disposizione, l'intenzione del Legislatore di introdurre una norma che riducesse l'area della responsabilità penale, prendendo atto della complessità della normativa tributaria e, di conseguenza, aprire spazi di non punibilità per errori di diritto “più ampi” rispetto a quanto riconosciuto nella disciplina ordinaria³⁷⁶.

Ma se intuire la *ratio legis* è facile, capire in che modo la norma così introdotta potrebbe, effettivamente, servire a questo scopo, è tutt'altro discorso. Nel senso che, anche a prescindere dalla ennesima *interpretatio abrogans* ormai consolidatasi in giurisprudenza, già a livello concettuale inquadrare la disposizione dell'art. 15 entro le categorie dell'errore di diritto non è affatto semplice. Se ne proverà, in questa sede, a spiegare il motivo.

La norma in esame è la trasposizione, sul fronte penalistico, di una analoga disposizione sull'errore inserita sul fronte amministrativo dell'illecito tributario. Il D.lgs. n. 472/1997

³⁷⁵ Vedi TRAVERSI, *Art. 15*, in CARACCIOLI – GIARDA – LANZI (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, CEDAM, 2001, 431.

³⁷⁶ In questo senso MANES, *Le violazioni da “obiettive condizioni di incertezza” e l'errore nel sistema dei reati tributari*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2001, 492; FLORA, *Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2001, 699; TRAVERSI, *Art. 15*, cit., 432; LANZI – ALDOVRANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 72.

(“Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per violazioni di norme tributarie”) elenca all’art. 6 una serie di “cause di non punibilità”. Tra queste, due attengono all’errore di diritto, ovvero all’ignoranza della legge. Il comma secondo art. cit. dispone che “non è punibile l’autore della violazione quando essa è determinata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull’ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferiscono, nonché da indeterminatezza delle richieste di informazioni o dei modelli per la dichiarazione e per il pagamento”. Questa norma ricalca esattamente il contenuto dell’art. 15 D.lgs. n. 74/2000, riguardando solo un ambito applicativo diverso, e cioè quello delle sanzioni amministrative da violazione tributaria.

Il successivo comma quarto dello stesso art. 6 D.lgs. n. 472/1997 dispone poi che “L’ignoranza della legge tributaria non rileva se non si tratta di ignoranza inevitabile”.

La disciplina amministrativa, articola quindi con due disposizioni diverse (diversi commi del pur medesimo articolo), l’ipotesi dell’errore, inteso come errata interpretazione della norma tributaria, pur conosciuta, e ignoranza della legge, nel senso di radicale non conoscenza dell’esistenza della norma.

Questa distinzione normativa tra errore e ignoranza sarebbe una prova dell’ipotesi, avanzata in letteratura, per la quale, sul versante penalistico, l’art. 15 cit. opererebbe con esclusivo riguardo all’errore di diritto (come corrispettivo penale del comma secondo art. 6 cit.), mentre l’ignoranza della legge continuerebbe ad avere come unico riferimento normativo l’art. 5 c.p. (come corrispettivo penale del comma quarto art. 6 cit.)³⁷⁷.

A ciò ricondurrebbe infatti il riferimento nella rubrica della norma alla “interpretazione” delle norme tributarie: a valle di una interpretazione errata c’è *errore*, non *ignoranza*. Inoltre, la clausola di riserva all’inizio della disposizione, “fuori dei casi di cui all’art. 47”, indicherebbe come l’art. 15 cit. sia una specificazione della disciplina dell’errore ex art. 47 c.p., non già dell’ignoranza.

Sul punto, alcune considerazioni. La disciplina dell’errore di diritto, come formulata a valle della sentenza n. 364/1988, parifica l’ignoranza della legge e l’errore di diritto, quanto meno con riferimento all’ipotesi scusante dell’inevitabilità dell’errore o dell’ignoranza³⁷⁸. Intendendo infatti l’inevitabilità come un parametro per la verifica della sussistenza della colpa nella violazione del dovere di informazione, la risposta dell’ordinamento non muta se, a valle del comportamento “incolpevole”, il soggetto si trovi in uno stato di “ignoranza” (ovvero di non conoscenza radicale della norma), ovvero di “errore” (ovvero di errata

³⁷⁷ TRAVERSI, *Art. 15*, cit., 433.

³⁷⁸ Vedi *supra*, Cap. I, par. 6.

interpretazione della norma), laddove questi siano inevitabili. Del resto la giurisprudenza, come si è visto, riconduce entrambe le ipotesi, sia l'ignoranza che l'errore, entro la disposizione dell'art. 5 c.p.

A ciò si aggiunga che, come già ricordato in precedenza in questo lavoro, diversi autori sostengono come in verità l'ignoranza della legge non si verifichi mai, e si tratterebbe sempre e solo di ipotesi di errore nell'interpretazione³⁷⁹. Le uniche ipotesi di autentica ignoranza della legge sarebbero relative ai reati omissivi propri, ovvero alla radicale non conoscenza del comando di agire³⁸⁰.

Insomma, ammesso anche che sia corretto affermare che l'art. 15 considera il solo errore di diritto, e non anche l'ignoranza della legge, gli effetti "pratici" di questa distinzione, per i motivi anzidetti, sono pressoché nulli, nel senso di essere entrambe le ipotesi ricondotte sotto il medesimo "tetto" (l'art. 5 c.p.), e con un medesimo standard di accertamento della responsabilità (l'evitabilità colposa).

Diversi autori hanno sottolineato come l'art. 15 cit. presenti un profilo di "stranezza" dogmatica, nella misura in cui disciplina un ambito caratterizzato da profili soggettivi agente – reato, qual è l'errore di diritto, con riferimenti, invece, a profili di matrice oggettiva, riferendosi a condizioni di incertezza "obiettive"³⁸¹. Vedremo in seguito come questa constatazione, pur ineccepibile, non coglie l'essenza del problema, e cioè che la disposizione non comporta alcun mutamento nella disciplina dell'errore di diritto nei reati tributari rispetto alla disciplina ordinaria penalistica dell'errore / ignoranza degli artt. 5 e 47 c.p.

Si tratta di una norma nata con un intento nobile, cioè un chiaro riconoscimento delle incertezze che il contribuente spesso affronta nella difficile interpretazione della normativa tributaria, ma priva, già a livello dogmatico, di reali "chance di successo". Vediamone i motivi.

Il primo livello esegetico è dato dai rapporti tra l'art. 15 cit. e l'art. 5 c.p., ovvero in che modo l'art. 15 cit. si inserisce nella disciplina dell'errore / ignoranza enucleata dalla sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale.

Il secondo livello esegetico, in una prospettiva più orientata alla colpevolezza, è capire come la norma in esame possa intervenire nella formulazione della regola cautelare per

³⁷⁹ MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit.

³⁸⁰ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit.

³⁸¹ MANES, *Le violazioni dipendenti da obiettive condizioni di incertezza*, cit., 494: "questa ipotesi di non punibilità, a dispetto della matrice soggettiva che segna la tematica dell'errore, è costruita su un nucleo marcatamente oggettivo – l'obiettiva incertezza del testo normativo, un connotato che, quanto meno, sembra emarginare valutazioni personalistiche incentrate sul livello di sapere e sulla qualificazione tecnica del soggetto agente".

l'adempimento del dovere di informazione, e incidendo quindi sulla "rimproverabilità" del contribuente.

2.2 L'art. 15 cit., in continuità con il dettato della Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988.

L'art. 15 cit. dispone la non punibilità a valle di "obiettive condizioni di incertezza" della normativa tributaria, la cui violazione è causale alla violazione della fattispecie di reato tributaria. E ciò fuori dei casi di cui all'art. 47 c.p.

La clausola di riserva rispetto all'art. 47 pone la norma in questione oltre e al di fuori dal mero errore sul fatto dovuto ad errore di diritto su norma extra - penale. Ovvero, la lettera della norma sta a significare che la disciplina sull'errore su legge extra – penale è fatta salva, e qui si sta parlando di qualcosa di diverso.

Si tratta, per tanto, di una norma che riguarda l'errore che incide direttamente sul precetto, e per tanto in rapporto con l'art. 5 c.p. Si tratta quindi di una norma che "integra", ovvero che "deroga", con riferimento ai reati tributari, la disposizione di cui all'art. 5 c.p. È quindi ai rapporti con questa fattispecie, così come reinterpretata dalla giurisprudenza costituzionale, che occorre decisamente rivolgersi³⁸².

Abbiamo poc'anzi anticipato come la letteratura si meravigli come l'art. 15 cit., pur riferendosi all'errore di diritto, ovvero a una causa di esclusione della colpevolezza, ne fonda invece l'efficacia esimente sul dato oggettivo della incertezza sul significato intrinseco o sull'ambito applicativo delle disposizioni tributarie, prescindendo quindi del tutto dall'atteggiamento psicologico del singolo³⁸³.

Ebbene, esprimendosi per aforismi letterari, ben potrebbe dirsi "Im Westen nichts Neues".

È stato oggetto di lunga analisi il tema per cui, pur "riscoprendo la dimensione liberale e garantista della colpevolezza" e rendendo obsolete, oltre che illegittime, tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988, nel tirare le conclusioni agli argomenti di principio spesi in motivazione, declina le ipotesi di ignoranza o errore inevitabili della legge entro cause esclusivamente oggettive (c.d. oggettive pure o

³⁸² È nel senso di riconoscere carattere di integrazione dell'art. 5 c.p. MANES, *Le violazioni dipendenti da obiettive condizioni di incertezza*, cit., 494; afferma invece trattarsi di una deroga alla disciplina del codice penale, LANZI – ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 72, ove ci riferisce addirittura ad una "ampia deroga al drastico disposto di cui all'art. 5 del codice penale".

³⁸³ In questi termini si è espresso FLORA, *Errore, tentativo, concorso di persone*, cit., 699, che parla di "intima sconvolgente contraddizione".

oggettive miste). La Corte Costituzionale espressamente nega che possano avere rilevanza, per la verifica dell'inevitabilità dell'ignoranza o errore, cause inerenti al soggetto, escludendo quindi che il tema dell'*ignorantia iuris*, come declinato entro l'art. 5 c.p. dalla Consulta, viva in una dimensione soggettiva.

Si condivide senz'altro quanto affermato dalla ultima citata letteratura, che parla di "sconcerto" nel comprendere la dimensione oggettiva della causa di non punibilità dell'art. 15 cit. Solo, si è già espresso "sconcerto", in questo lavoro, all'emergere del medesimo dato con riferimento all'art. 5 c.p. Rispetto a ciò, nulla è cambiato.

La Corte Costituzionale, come noto, riconduce le cause oggettive di ignoranza della legge all'"assoluta oscurità del dettato normativo", al "caos giurisprudenziale" e alle cause di buona fede oggettive – soggettive, quali i pareri rilasciati da organi competenti ovvero precedenti assoluzioni.

L'art. 15 cit. si riferisce cioè alle "obiettive condizioni di incertezza" sulla portata e sull'ambito di applicazione delle norme tributarie.

La norma si rinvolge in primis, può dirsi con una ragionevole certezza, ad una incertezza insita nell'infelice formulazione di una disposizione tributaria. Sotto questo profilo, la norma è in rapporto con la prima delle cause enunciate dalla Consulta, ovvero l'"assoluta oscurità del testo normativo". Si tratta del "più oggettivo" tra i criteri oggettivi, nel senso che riguarda una carenza della norma in termini di riconoscibilità del precetto, ovvero di chiarezza, precisione e determinatezza.

Si è detto ampiamente nel primo capitolo come una norma così viziata si espone a censure di illegittimità costituzionale, per violazione del principio di legalità. Si è altresì affermato come, per dare un senso compiuto alle motivazioni della Corte Costituzionale, l'assoluta oscurità della norma non può riferirsi ad ipotesi in cui la legge non ha nessun significato. In quel caso, abbiamo affermato, la norma sarebbe *tamquam non esset*, e non dovrebbe neppure essere promulgata dal Presidente della Repubblica. La situazione cui la Corte faceva riferimento deve essere quindi quella di una norma che presenta diverse possibili interpretazioni. È sulla ragionevolezza delle diverse alternative interpretazioni che si dovrebbe articolare il giudizio di evitabilità dell'ignoranza o dell'errore. In questo senso, ed essendo questa la prospettiva, l'art. 15 cit. comporta una valutazione diversa da quella riservata all'art. 5 c.p.?

La Corte Costituzionale enuclea il concetto di "assoluta oscurità" della norma, l'art. 15 si riferisce invece a "obiettive condizioni di incertezza". Le parole utilizzate farebbero intendere che l'art. 15 si riferisca ad una "situazione" di poca chiarezza della norma meno

grave rispetto a quella indicata dalla Corte Costituzionale. In questi termini, si ritiene, la differenza fondamentale tra le due ipotesi sarebbe l'abbandono, relativamente all'art. 15 cit., della categoria dell'inevitabilità dell'errore. L'assoluta oscurità del testo normativo rende l'errore inevitabile, perché (nelle parole della Consulta), chiunque si rapporti a quella disposizione cadrebbe in errore. L'"obiettiva condizione di incertezza" non significa, invece, che un errore di interpretazione sia *inevitabile*. Essendo il senso delle parole incerto, alcuni indovineranno il significato corretto, altri no, e commetteranno un errore. L'errore non è *inevitabile*, è solo *probabile*. Conoscere la legge non è "impossibile", è solo "molto difficile"; talmente difficile, che l'ordinamento rinuncia a rimproverare colui che sia caduto in errore. L'art. 15 cit. sarebbe quindi un'autentica causa di esclusione della colpevolezza, nel senso che la norma su cui cade l'errore di per sé non è illegittima, solo il soggetto non è rimproverabile per non averla conosciuta. Ma tuttavia (e torna a manifestarsi tutta la confusione logica di questa disciplina), l'errore deve essere comunque causato da circostanze obiettive, esterne all'agente e riferite invece ad elementi fattuali nei quali è maturato l'errore³⁸⁴.

Tra le condizioni obiettive, causali della non riconoscibilità del precetto, rientra *in primis*, come già detto, la mancanza di chiarezza delle norme tributarie che devono essere applicate. La cattiva formulazione normativa è senz'altro il primo dei motivi di incertezza nel significato della legge, anche con riferimento alle disposizioni tecniche.

Ma, anche alla luce di quanto affrontato in precedenza sulla dimensione codicistica dell'errore di diritto, l'incertezza del significato di una norma può derivare anche dal "caos" giurisprudenziale. Si è diffusamente sostenuto infatti in precedenza come il formante giurisprudenziale deve essere considerato un filtro per la conoscenza della legge, ovvero per la riconoscibilità del precetto. Questo pensiero è fatto proprio già dalla Corte Costituzionale nel 1988, ed è poi acquisito dalla giurisprudenza di legittimità, fino a potersi dire oggi orientamento consolidato.

Secondo una certa accezione della legalità come "prevedibilità del risultato sanzionatorio", la riconoscibilità del precetto significa riconoscibilità dalla norma così come interpretata dai giudici. Se questo è il punto di partenza, si afferma quindi il ruolo decisivo della giurisprudenza nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale³⁸⁵. Il richiamo alla Convenzione EDU è palese, e si fissano come limite

³⁸⁴ Vedi MANES, *Le violazioni dipendenti da obiettive condizioni di incertezza*, cit., 503.

³⁸⁵ In questi termini, di recente, Cass. Pen., SS. UU., 19 aprile 2012, n. 34952, che richiama l'art. 7 CEDU e i criteri di accessibilità e prevedibilità del precetto elaborati dalla Corte di Strasburgo, che non riguarderebbero

all'interpretazione del giudice sia la precisione dell'interpretazione, che il divieto di analogia. Si è avuto modo in precedenza di sottolineare la fragilità di tali garanzie che, auto – attribuite dalla stessa giurisprudenza nella propria nuova funzione di “fonte atipica”, non sono comunque sufficienti a compensare la progressiva erosione della riserva di legge, con tutto ciò che ne consegue.

In sintesi, non si avrà un'obiettiva condizione di incertezza sul significato della norma tributaria nel caso in cui la giurisprudenza abbia provveduto, nel tempo, a mettere chiarezza nel magma prodotto dal Legislatore.

Sempre nel tentativo di ricondurre l'art. 15 cit. entro i binari tracciati dalla sentenza 364, non potrebbe rilevare invece, a nostro avviso, la buona fede indotta da informazioni “positive” assunte dal contribuente (quali pareri dell'amministrazione e precedenti sentenze assolutorie).

In presenza infatti di un'informazione ‘qualificata’, non si verifica (nella prospettiva soggettiva dell'agente) alcuna situazione di obiettiva *incertezza*: le norme sono state “spiegate” al contribuente in maniera obiettivamente *certa*. In questi casi, quindi, il caso sarebbe da ricondurre ancora entro la scusante di cui all'art. 5 c.p., senza la necessità di “scomodare” la scusante speciale dell'art. 15 cit.

Ma come valutare che il quadro giuridico, avanti agli occhi del contribuente, sia “obiettivamente” incerto?

L'incertezza è obiettiva nella misura in cui è percepita da tutti, da qualunque contribuente. Sarebbero estranei alla valutazione condizioni proprie del contribuente, quali anche le conoscenze e capacità tecniche, nonché il suo grado di “perizia”.

In questo senso l'art. 15 cit. è stato interpretato come una causa di non punibilità di matrice spiccatamente, per l'appunto, oggettiva, come una sorta di “confusione sulla situazione di fatto” in presenza della quale il soggetto si trova ad agire., prescindendo dalla sua posizione soggettiva, anche da eventuali sue maggiori competenze. La disposizione rientrerebbe quindi tra quelle residuali cause di non punibilità che, per i motivi più diversi, spesso per mera opportunità, escludono la pena.

Ma non è così. Volendo infatti leggere la norma alla luce della generale disciplina dell'errore, e quindi collocandola sistematicamente tra le pieghe della sentenza 364, anche questo settore è soggetto ad un innalzamento della competenza richiesta per gli agenti qualificati, quali gli imprenditori o i professionisti.

solo la semplice astratta previsione di legge bensì la norma vivente, quale risulta appunto dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici.

La norma, certo, parla di condizioni *oggettive*, e non *oggettive – soggettivizzabili*. Questa lettura rappresenterebbe un'interpretazione estensiva *in malam partem*, nella misura in cui riduce l'ambito di applicazione di una causa di non punibilità.

Ma nessuno ormai può seriamente stupirsi che il diritto vivente comporti di queste conseguenze.

E infatti, in uno dei pochi precedenti che espressamente fanno menzione dell'art. 15 cit., la scusante è esclusa riferendosi la Corte di Cassazione al maggior grado di "competenza" richiesto dal contribuente "qualificato". Si ripetono, insomma, gli stessi argomenti che già precludevano (e continuano a precludere) l'applicazione della scusante dell'art. 5 c.p., nel senso di una richiesta di maggiore diligenza dai soggetti qualificati.

L'obiettività dell'incertezza normativa, a questa stregua, cessa di essere parametro oggettivo di valutazione dello stato incerto del diritto tributario, essendo invece indice per la formulazione di un autentico giudizio di colpevolezza, nel senso di violazione colposa del dovere di informazione.

2.3 L'art. 15 cit. come riferimento per l'addebito della violazione del dovere di informazione.

Parametrare al soggetto "l'obiettività" dell'incertezza del dato normativo, significa includere le caratteristiche dell'agente entro la formulazione della regola cautelare di riferimento. Il giudizio in questione resta una valutazione "oggettiva" nella misura in cui, riguardando la regola cautelare, investe la c.d. misura oggettiva della colpa, contribuendo da un lato, a indicare uno standard cautelare comune a tutti gli operatori di un dato settore, dall'altro a formulare (per essi) una valutazione su quanto effettivamente la normativa tributaria presenti caratteri di incertezza e di poca precisione.

La regola cautelare, inerente l'adempimento del dovere di informazione, riguarda sia la fase di raccolta delle informazioni, ossia lo studio della disciplina fiscale relativa all'attività che si intende compiere, sia la successiva fase di "analisi" dei dati raccolti, ossia la comprensione del significato della normativa rilevante, al fine di comportarsi in maniera adeguata.

Si è sottolineato a più riprese il paradosso insito nel diritto penale tecnico, ove maggiore è la complessità della materia, e quindi maggiore il rischio di errore, maggiore la diligenza richiesta. Il punto di arrivo di questo ragionamento è nel senso di escludere pressoché sempre che si tratti di ignoranza (o errore) inevitabili, e quindi ammettendo la scusante in rarissime occasioni. Il diritto penale tributario, pur rientrando tra i settori “tecnici” dell’ordinamento penale, necessita forse di qualche specificazione, in questo senso.

E infatti, il diritto tributario è materia che interessa non solo operatori “qualificati”, bensì tutti i contribuenti, quindi anche “comuni privati”. In questi termini, con riferimento alla “conoscibilità” della normativa tributaria occorrerebbe ideare due modelli cautelari di riferimento: uno per i contribuenti qualificati, l’altro per i contribuenti comuni.

Ma il Legislatore effettua però una selezione nell’incriminazione degli illeciti tributari, che dovrebbe escludere dall’area penale i contribuenti comuni. Le soglie di punibilità, infatti, riservando la rilevanza penale ai fatti di evasione quantitativamente al di sopra di un determinato ammontare, dovrebbero, in linea di massima, interessare due sole categorie di soggetti, cioè aziende e contribuenti privati medio - grandi³⁸⁶, escludendo i contribuenti privati di minore volume d’imposta.

Considerato ciò, la predisposizione di modelli cautelari differenziati non è forse necessaria, e l’unico modello di riferimento è relativo ad un contribuente qualificato, con il conseguente livello di capacità di informazione.

E infatti, ricollegando ancora una volta la scusa dell’errore di diritto alla generale categoria del dovere di informarsi, l’art. 15 cit. dovrebbe applicarsi solo laddove la normativa tributaria si presenti come “obiettivamente incerta” a valle dello sforzo informativo richiesto al contribuente qualificato, capace a questi fini di avvalersi anche di consulenti esperti.

Questa ci sembra essere la migliore lettura che si possa dare dell’art. 15 cit.; quella che ne consente l’inserimento più organico nella disciplina dell’errore di diritto. L’obiettiva condizione di incertezza dovrebbe leggersi cioè in chiave colposa, secondo la prospettiva dell’agente modello di riferimento. Il quale è tenuto ad utilizzare ogni mezzo a sua disposizione nello “sforzo” di rispettare la legge. Ivi inclusi avvalersi di esperti che consultino la giurisprudenza e gli uffici competenti. L’accertamento si svolge secondo il modello della responsabilità omissiva impropria: se il contribuente si fosse comportato secondo la standard cautelare richiesto, la normativa tributaria sarebbe stata, per lui, incerta quanto al significato, o sarebbe invece stata sufficientemente certa? Avrebbe commesso

³⁸⁶ Sul ruolo delle soglie di punibilità nelle fattispecie di reato tributarie e sulla loro natura di elementi costitutivi del reato, vedi LANZI – ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 248 – 255.

comunque l'errore, o non lo avrebbe commesso? L'errore, in sintesi, è "l'evento" dell'inadempimento del dovere di informazione, e la regola cautelare ne è la chiave di lettura.

La condizione di incertezza della *disposizione* tributaria è solo il punto di partenza per la valutazione della colpa del contribuente. A fronte di un dato normativo incerto, cosa ha fatto il contribuente per comprendere il dato? Ha dispiegato tutto il suo bagaglio di competenze e abilità?

Obiettiva, sarebbe solo l'incertezza che "resiste" all'indagine dell'agente modello di riferimento. Rileveranno quindi, sul fronte penale tributario, le obiettive condizioni di incertezza fondante la scusante ex art. 15 quando, partendo da una "oscurità relativa" della norma (cioè da diverse possibili interpretazioni), in base al criterio dell'interprete medio continueranno a permanere, pur a valle di uno sforzo esegetico, una pluralità di significati tutti ugualmente fondati o comunque ragionevolmente prospettabili³⁸⁷.

A questa stregua, è difficile capire che differenza ci sia tra la norma in esame e la disposizione generale dell'art. 5 c.p. Si è detto come, in generale in tema di errore, il permanere di un "ragionevole dubbio" a valle di uno sforzo esegetico esente da colpa, rappresenti un errore inevitabile, nel senso che, a differenza di quanto affermato dalla Corte Costituzionale, la condizione di dubbio è di gran lungo la più frequente, quando si parla di errore³⁸⁸.

Il procedimento di accertamento è il medesimo, e la punibilità è esclusa al ricorrere della medesima circostanza: l'inevitabilità dell'errore, secondo un giudizio basato sulla colpa. L'intenzione del Legislatore era, molto chiaramente, quello di derogare all'art. 5 c.p., chiedendo ai giudici di essere di "manica più larga" nel considerare l'errore di diritto nella materia tributaria rispetto agli altri settori dell'ordinamento. Se non altro, il Legislatore ammette in questo modo la speciale complessità della materia tributaria; anche se la stessa "nobile" intenzione ben dovrebbe trovare posto in altri settori "complementari" del diritto penale, dal diritto ambientale a quello urbanistico.

Così letta, la norma in esame nulla aggiunge alla disciplina dell'errore, che nel diritto penale tributario sarà identica rispetto agli altri contesti.

L'inutilità della norma potrebbe ricavarci poi, ancora più a monte dei ragionamenti fino ad ora spesi, considerando come le fattispecie di reato di cui al D. lgs. n. 74/2000 sono costruite

³⁸⁷ In questi termini FLORA, *Errore, tentativo, concorso di persone*, cit., 702.

³⁸⁸ Vedi supra, Cap. I, par. 8.

intorno al dolo specifico di evasione. In questi termini gli artt. 2, 3, 4 e 5 D. lgs. n. 74/2000 contemplano, entro il fatto tipico, il “*fine di evadere le imposte*”.

È stato giustamente sottolineato come il dolo specifico di evasione sia strutturalmente incompatibile con ipotesi di errore di diritto sulla materia tributaria³⁸⁹. Avere in mente di “evadere” le imposte significa aver compreso le norme tributarie, intendendo violarle. È uno di quei casi cioè in cui l’antigiuridicità rientra nel dolo. Il contribuente che ha commesso un errore sulla norma tributaria non agisce al fine di evadere le imposte, ma proprio a causa del suo errore: a nulla rileva, su questo profilo, che l’errore sia dovuto a colpa. Se c’è errore, non può esserci dolo specifico.

La disciplina dell’errore di diritto sarebbe quindi già contenuta ed esaurita, dal Legislatore, nella stessa fattispecie di reato, negando la responsabilità anche a fronte di errore colpevole.

3. L’errore di diritto dovuto al parere rilasciato dal consulente privato: banco di prova per una reale dimensione colpevole dell’errore di diritto.

Nel primo capitolo si sono analizzati i motivi per cui la disciplina dell’errore di diritto, così come ricostruita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988 (e seguenti), si presta ad una lettura ambigua, in bilico tra colpevolezza e legalità. La previsione di una scusante nei casi di ignoranza incolpevole della legge viene frustrata dall’aver la Corte ricondotto le ipotesi di “ignoranza inevitabile” al difetto di riconoscibilità “oggettivo” della norma.

L’attenzione si sposta in questo modo alla disposizione, per valutare la bontà del lavoro del Legislatore nella redazione del testo di legge, ovvero alla norma, nel senso di valutare se l’interpretazione giurisprudenziale consenta al cittadino di prevedere le conseguenze afflittive al proprio comportamento.

³⁸⁹ In questo senso TRAVERSI, *Art. 15*, cit., 432; nonché MANES, *Le violazioni dipendenti da “obiettive condizioni di incertezza”*, cit., 508.

La prospettiva soggettiva all'errore di diritto viene solo parzialmente recuperata nella terza tra le macro ipotesi elaborate dalla Corte come cause di ignoranza inevitabile del precetto; si tratta, come più volte ripetuto, della tutela della buona fede dell'agente che abbia ricevuto indicazioni da soggetti qualificati ovvero fosse stato destinatario di precedenti assoluzioni per fatti analoghi.

La prospettiva di questa categoria di scusanti è senz'altro soggettiva, perché riguarda una particolare condizione in cui si trova l'agente. Ma è allo stesso tempo oggettiva, perché ha come presupposto un accadimento positivo *oggettivamente* in grado di "trarre in inganno" chiunque. Non è chiaro quindi se e in che misura rilevano, entro questa categoria scusante, eventuali caratteristiche soggettive dell'agente, capaci di "spostare" il giudizio sulla effettiva (e scusabile) buona fede nella liceità del proprio comportamento.

Il tema è molto complesso. Particolari conoscenze o abilità dell'agente possono negare la buona fede incolpevole che pure verrebbe riconosciuta ad altri? Si è formulato, a questo proposito, l'esempio del contribuente che, professore di diritto tributario, riceva un parere erroneo dall'amministrazione tributaria. Ebbene, le sue superiori competenze gli consentirebbero di svelare l'erroneità del parere, eppure egli decide di non approfondire il problema, segue il parere dell'amministrazione e commette un fatto di reato.

La questione può essere affrontata ricorrendo a due diverse prospettive, una oggettiva e una soggettiva.

Sotto il profilo oggettivo, si dovrebbero individuare degli atti o dei "fatti" positivi in presenza dei quali la buona fede è sempre presunta, senza necessità di ulteriori indagini quanto a circostanze oggettive che potrebbero pure modificare questa valutazione. Si tratterebbe quindi di una *presunzione* di buona fede.

Sotto un profilo, invece, soggettivo, l'atto positivo sarebbe un elemento entro la valutazione della colpa, con riferimento all'errore di diritto colpevole. In questa prospettiva non opererebbe alcuna presunzione, e la buona fede andrà ricostruita, semplicemente, come *assenza di colpa* quanto all'errore di diritto, secondo il consueto procedimento della formulazione di una regola cautelare (l'agente modello) e la sua sovrapposizione rispetto al caso di specie, per verificarne la conformità. E così, in caso di parere rilasciato dalla pubblica amministrazione, rileveranno le modalità e le tempistiche con le quali il parere sia stato richiesto, e ancora le eventuali capacità del soggetto idonee a "filtrare" il parere ricevuto e coglierne l'erroneità.

Perché la disciplina dell'*error iuris* possa essere interamente inquadrata entro la dimensione della colpevolezza, si ritiene senz'altro preferibile questa seconda ipotesi, di tipo soggettivo.

Questo significa superare il carattere soggettivo – oggettivo dell’ignoranza della legge, per formulare sempre, con riferimento all’errore di diritto, una valutazione sulla base delle coordinate della responsabilità colposa.

Sarebbe questo il percorso da seguire per attuare quel principio di diritto, espresso dalla Corte Costituzionale e dalla letteratura che si è occupata dell’argomento, per cui l’errore di diritto non è scusato qualora integri la violazione di un dovere costituzionale di informazione sulle leggi e sul loro contenuto.

In questi termini non sarebbe neppure più necessario parlare di “buona fede”. La posizione soggettiva che l’ordinamento scusa, è quella dell’*errore incolpevole*. La causa immediata dell’ignoranza della legge è quindi il punto di partenza per l’accertamento della sussistenza o della carenza di rimproverabilità colposa sull’errore. L’errore, quindi, deve essere il risultato della violazione di uno standard cautelare.

Rispetto alla teoria “oggettiva” della buona fede / presunzione di errore inevitabile, questa impostazione avrebbe due conseguenze, di segno opposto.

L’ambito di responsabilità verrebbe esteso, nella misura in cui le qualità soggettive dell’agente potrebbero influire elevando lo standard cautelare richiesto. Tornando all’esempio di prima, il professore di diritto tributario potrebbe essere “responsabile” per il suo errore di diritto, laddove un soggetto meno qualificato, nelle medesime condizioni di fatto, potrebbe essere scusato.

Ma una piena valutazione della “colposità” dell’errore di diritto porterebbe anche a diminuire l’area della rilevanza penale, nella misura in cui la valutazione della conformità del comportamento “informativo” dell’agente rispetto alla regola cautelare comprenderebbe qualsiasi elemento, e non solo le ristrette ipotesi evidenziate dalla Corte Costituzionale, ovvero il parere della pubblica amministrazione o una precedente assoluzione.

Rileverebbe anche, nel suddetto accertamento, un importante strumento informativo, ovvero il parere rilasciato da un *consulente privato*. Nella prima parte del presente lavoro si è sottolineato come scusare l’errore di diritto continui ad essere, anche a valle della sentenza n. 364/88, una deroga del generale principio per il quale l’ignoranza della legge *non* scusa. E qualsiasi deroga rispetto ad un principio generale viene letta, e deve essere letta, in un senso riduttivo. Ma l’applicazione riduttiva di un istituto giuridico significa tracciarne coordinate sostanziali che ne consentano l’applicazione in pochi casi, perché pochi sono i casi che rientreranno entro tali coordinate. L’eccezionalità della deroga si riconosce, cioè, dalla previsione astratta. È invece sbagliato enucleare delle ipotesi concrete di applicazione di una

norma, restringendone la portata e contraddicendone la previsione astratta al solo fine di enfatizzarne il carattere “derogatorio”, e quindi più ristretto, rispetto all’ordinario.

Per aversi piena attuazione del principio dell’imputazione colposa dell’errore di diritto, occorre pensare l’intera disciplina in questi termini, nel senso di verificare la violazione colposa del dovere di informazione. Solo un risultato positivo di tale verifica legittima la risposta sanzionatoria.

Il parere rilasciato da un consulente privato è, tradizionalmente, al di fuori delle ipotesi di causa oggettiva – soggettiva di inevitabilità dell’errore di diritto. Il parere capace di indurre in errore scusabile il privato è solo, nella lettura della Corte Costituzionale ma anche del successivo diritto vivente, quello rilasciato dalla pubblica amministrazione.

Si intende in questa sede dimostrare come tale preclusione sia infondata, in quanto frutto di una scelta di politica *giudiziaria*.

3.1 La centralità del parere del consulente privato nell’accertamento dell’*error iuris* colpevole.

Questo tema, cioè il possibile effetto scusante dell’errore di diritto causato dal parere di un consulente privato, riveste un ruolo centrale nella disciplina in discussione.

Si ragiona in queste sede, come premesso, di reati artificiali o, preferendo non usare questa denominazione che comporta rilevanti ambiguità interpretative, di reati “tecnici”.

Nei reati tecnici la consulenza gioca un ruolo fondamentale, e ciò soprattutto per un motivo: la consulenza privata è spesso l’unica effettiva fonte di conoscenza della legge a disposizione del privato. Non ci sono, infatti, accessi diretti “alla fonte”. Nessuno consulta le gazzette ufficiali; pochissimi, a meno che non si occupino professionalmente di diritto, consultano i codici o le banche dati normative. Qualsiasi dovere di informazione è espletato mediante la consulenza. Dalle aziende di più grandi dimensioni al piccolo imprenditore, la liceità della propria attività è ricostruita mediante professionisti esperti. Nello specifico settore tributario (bacino per le fattispecie penali – tributarie), molte sono le figure professionali che intervengono nella definizione del comportamento tributario che, se

ritenuto illegittimo dall'amministrazione tributaria, potrebbe dare luogo a responsabilità penale³⁹⁰.

La conoscenza della legge, ovvero l'interpretazione di complessi istituti giuridici, è mediata, non immediata. Tra chi "mette la firma", ovvero l'agente - contribuente, e la norma che si assume violata, ci sono, in svariate occasioni, molti e molti passaggi.

È la stessa giurisprudenza che sottolinea del resto questo dato. Abbiamo a più riprese riscontrato come il procedimento di innalzamento del dovere cautelare in capo a chi svolge particolari attività tecniche, sia giustificato per la possibilità di costoro di ricorrere a consulenti privati³⁹¹. È quindi più difficile, per costoro, invocare l'effettiva inevitabilità dell'errore di diritto. Negli stessi termini si è espressa, a più riprese, la giurisprudenza della Corte EDU di Strasburgo, che sottolinea come sia l'accessibilità che la prevedibilità del precetto siano facilitate dalla disponibilità di queste professionalità³⁹².

Eppure, i pareri rilasciati dai privati non potrebbero rientrare tra i fatti - causa di ignoranza incolpevole: l'ostacolo principale ad una simile parificazione, capace quindi di "bloccare" alla radice l'efficacia scusante di questo genere di atti, risiederebbe nella natura privata dell'atto³⁹³.

Questa impostazione non sembra assolutamente condivisibile. Lo stesso Autore da ultimo citato critica la parte di motivazione adottata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988 per l'aver questa confuso pericolosamente il piano della colpevolezza, e cioè quello della rimproverabilità del singolo agente, con quello della legalità, cioè con la generalizzata carenza di riconoscibilità del precetto su cui ricade l'errore di diritto "inevitabile". Con il secondo capitolo, in cui si sono analizzati i risvolti "convenzionali" della prospettiva 'soggettiva' tra il consociato e l'ordinamento, questa impostazione ha trovato conferma, nel senso che rientra decisamente entro un problema di legalità e non 'solo' di colpevolezza anche il "caos" giurisprudenziale, nel senso dell'obiettiva carenza di

³⁹⁰ Diversi Autori si esprimono del resto proprio nel senso di ammettere l'ignoranza incolpevole e scusabile in caso di conformità del comportamento tributario al parere rilasciato da un consulente privato, facendo rientrare questo caso entro il perimetro della scusante di cui all'art. 15 D. lgs. n. 74/2000. In questo senso vedi TRAVERSI, *Art. 15*, cit., 434; FLORA, *Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari*, cit., 700.

³⁹¹ Si esprime in questo senso, tra le altre, Cass., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37425, per la quale la regola della ignoranza inevitabile "non può validamente essere invocata da chi svolge una attività rispetto alla quale ha il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa esistente [...] – ed è certamente questo il caso, ricorrente nella specie, del legale rappresentante di una società di capitali, tenuto alla puntuale conoscenza e osservanza (anche attraverso la scelta e l'ausilio di collaboratori competenti) delle normative correlate allo svolgimento della attività imprenditoriale".

³⁹² In questo senso la più volte citata, nel capitolo precedente, *Groppera Radio AG c. Svizzera*,

³⁹³ STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale*, cit., 1339.

prevedibilità per il consociato dell'esatto perimetro di responsabilità, e relative conseguenze afflittive, in funzione di un proprio comportamento. È però con riferimento a questa terza categoria, cioè quella dei fatti "positivi" di accertamento, che è possibile individualizzare e soggettivizzare, almeno in parte, l'esclusione della responsabilità del consociato per i casi di ignoranza inevitabile, cioè incolpevole. Se cioè con riferimento a norme oscure e giurisprudenza caotica (o anche semplicemente non coerente, come nei casi di passata assoluzione), in luce viene una violazione della legalità, con riferimento a questa ultime ipotesi vi è invece carenza di colpevolezza, nel senso che verrebbe meno la sua, specifica rimproverabilità. Perché "mutilare" almeno questo aspetto della colpevolezza che la Corte, giustamente, indica?

Spostando la disciplina dell'*error iuris* entro una valutazione colposa (come dovrebbe essere fatto), nulla sposta rispetto alla sua idoneità ad essere causa di errore di diritto inevitabile, il fatto che il parere ricevuto dall'agente provenga da una fonte privata ovvero pubblica. L'attenzione dovrebbe essere interamente rivolta sull'evitabilità dell'errore, attraverso la formulazione di una regola cautelare e la verifica dell'adempimento a questa. Andrà verificato se l'agente sia stato diligente nel prendere per buono il parere ricevuto conformandosi ad esso.

Come più volte detto, il dovere di informazione dell'imprenditore è una declinazione del comune dovere di informazione proprio di ogni consociato, inteso come dovere civico e sociale ai sensi dell'art. 2 Cost. La richiesta di un parere ad un esperto, in qualità di consulente, può essere valutata come positivo adempimento del dovere di informazione, e l'errore di diritto in cui pure dovesse cadere l'agente potrebbe essere considerata inevitabile. Ma nel settore del diritto penale dell'economia il dovere di informazione si presenta, e deve essere letto, in maniera integrata rispetto ad alcune specificità della materia. Vi sono cioè sia elementi normativi che giurisprudenziali che devono essere considerati.

Sul piano normativo, il settore conosce il "*dovere di agire informato*" degli amministratori, disposto dall'art. 2381, sesto comma, c.c.: norma dalla quale viene ricavata la posizione di garanzia dei soggetti qualificati entro l'organizzazione d'impresa, fonte di responsabilità ai sensi del secondo comma dell'art. 40 c.p.

Sul piano, poi, applicativo, e strettamente legato alla valutazione in chiave colposa del parere giuridico richiesto dal soggetto qualificato (intraneo) all'esperto, rileveranno le categoria della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*, altri strumenti di fondamentale importanza nell'ottica della responsabilità nel diritto d'impresa, specie degli amministratori deleganti.

3.2 *Error iuris* e dovere di agire in modo informato.

Il dovere di informazione è uno *standard* cautelare per la verifica della colpevolezza. Si tratta di una valutazione su canoni di comportamento, sostanzialmente, colposi. La predisposizione di figure di riferimento ideali, agenti modello calati nei diversi contesti sociali che consentano, rapportati al caso di specie, di stabilire se il dovere di informazione sia stato correttamente adempiuto, e quindi l'ignoranza o l'errore che pure ne è derivata sia inevitabile.

Fissare uno standard cautelare, ovviamente, può essere una faccenda complessa. Nella perenne oscillazione della colpa tra illecito e colpevolezza, cioè tra prospettiva oggettiva ovvero soggettiva del giudizio di rimproverabilità, occorre stabilire dei paletti e dei limiti: solito problema di Scilla e Cariddi, cioè tra il dare un almeno ragionevole spazio applicativo ad un principio considerato di "civiltà giuridica" da quanti più a fondo si sono occupati di questo tema³⁹⁴, e il considerare la scusante in esame come una deroga ad un generale principio fondamentale per la 'tenuta' dell'ordinamento nella sua complessità, e in quanto tale applicata entro finestre strette e presidiate.

La riforma organica della disciplina delle società di capitali, introdotta con il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ha profondamente inciso sul ruolo degli amministratori e sui rapporti tra il consiglio di amministrazione e gli altri organi societari, ispirandosi, secondo la lettera della legge delega, alla "*creazione di un assetto organizzativo idoneo a promuovere l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale*"³⁹⁵.

La giurisprudenza, all'indomani della riforma, ha ricostruito l'obbligo di agire informato come una riduzione del precedente obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, previsto per tutti gli amministratori (anche non esecutivi, cioè senza deleghe) dalla precedente disciplina³⁹⁶. La nuova disciplina si articola (secondo un modello importabile entro la disciplina dell'*error iuris*) sul potere / dovere di *richiedere informazioni* da parte degli organi societari. Il dovere di richiedere informazioni non è né generale né generalizzato: questo ripristinerebbe quella sorta di responsabilità oggettiva, o

³⁹⁴ Per tutti, PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit.; PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, cit.; MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, cit.

³⁹⁵ Così l'art. 4, comma secondo, lett. b), della L. d. 3 ottobre 2001, n. 366.

³⁹⁶ Vedi Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838.

“responsabilità da posizione”, addebitata agli amministratori di società in maniera indiscriminata dalla prassi giurisprudenziale³⁹⁷.

Sul corretto espletamento di tale obbligo si fonda la responsabilità omissiva (impropria) dell’amministratore, per non aver impedito un evento (il fatto di reato), che si aveva l’obbligo giuridico di impedire³⁹⁸.

Ci sono molte ed evidenti analogie rispetto al dovere di informazione relativo all’ignoranza della legge. In entrambi i casi, infatti, si tratta del dovere di *raccogliere e analizzare* informazioni e dati, funzionali alla non – commissione di un fatto di reato. E tra i dati e le informazioni da raccogliere, senz’altro vi sono quelle sulla liceità formale delle operazioni compiute.

Si ritiene cioè che oggetto del dovere di agire informato dell’amministratore non riguardi solo l’operazione o l’attività che la società compie o intende compiere, ma anche la veste giuridica, ovvero la liceità, di ciò che la società pone in essere: è obbligo del buon amministratore accertarsi che la società non commetta reati.

Diversa dovrebbe essere, tuttavia, la sanzionabilità della violazione del dovere. Con riferimento al *fatto* di reato, la responsabilità omissiva degli amministratori entra in gioco con riferimento a reati dolosi, ch’essi non avrebbero impedito nonostante la posizione di garanzia ricoperta. In questi termini, sarebbe necessaria in capo agli amministratori la *conoscenza* (e non la mera *conoscibilità*) del fatto di reato *in itinere*, nonché il dolo (almeno eventuale) quanto al verificarsi dell’evento e alla non attivazione di propri poteri impeditivi. Il criterio di imputazione quindi è doloso, e diverge in questo dall’*error iuris*, relativamente al quale è sufficiente la colpa. Se quindi l’omesso impedimento di un *fatto* di reato da parte di un diverso organo societario ha come presupposto la *conoscenza* del fatto di reato, sul fronte dell’informazione “giuridica” invece perché si abbia *error iuris* inescusabile è sufficiente la *conoscibilità* dell’antigiuridicità (penale) di quanto viene realizzato.

In passato, tuttavia, i due criteri di imputazione non divergevano in maniera sostanziale, dal momento che la giurisprudenza riconduceva alla “*volontarietà dell’inadempimento del dovere di controllo*” l’accettazione del rischio del verificarsi dell’evento delittuoso, formulando quindi sostanzialmente un addebito doloso per fatti che, anche se non conosciuti,

³⁹⁷ Vedi CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 171 ss.

³⁹⁸ Sul tema della responsabilità da omesso impedimento dell’evento degli amministratori, a valle della riforma del diritto societario, vedi Cass., Sez. V, 30 novembre 2011, n. 3708, in *L’Indice Penale*, 2012, 1, 79 ss, con nota di BERTOLINA, *Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega*.

erano conoscibili da parte dell'agente, che "consapevolmente" non si era attivato per impedirli³⁹⁹.

Questa interpretazione, che di fatto stravolgeva il criterio di imputazione dolosa per fatti delittuosi, veniva poi in tempi recenti rivista dalla giurisprudenza di legittimità, che proponeva dei rinnovati criteri di indagine nel senso di affermare che "conoscenza" e "conoscibilità" sono concetti di imputazione di responsabilità diversi, da tenere ben distinti⁴⁰⁰. Nella sentenza da ultimo citata si afferma come la responsabilità dolosa dell'amministratore (non esecutivo) per omesso impedimento presuppone la "rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita", nonché il "consapevole" omesso impedimento. La lettera di tale affermazione sembrerebbe suggerire che la "illiceità" dell'operazione debba essere investita dal dolo, al pari degli elementi fattuali della stessa. Ma così non può essere: si tratta certo di una formulazione infelice della motivazione della sentenza, che non considera neanche il tema dell'*error iuris* nell'accertamento compiuto nel caso di specie. Per l'imputazione dell'errore di diritto, infatti, è sufficiente la colpa, e l'illiceità di un fatto non rientra nell'oggetto del dolo. A ciò farebbero eccezione, secondo una certa impostazione, le c.d. fattispecie ad illiceità (o antiggiuridicità) espressa o speciale, in cui il dolo si colora di una rilevante peculiarità, abbracciando anche il carattere antiggiuridico della condotta⁴⁰¹. Ma si tratta di ipotesi particolari, recessive rispetto alla generale imputazione colposa dell'errore di diritto, e alla generale regola della inescusabilità dell'ignoranza della legge.

Tanto si è potuto apprezzare, specie nella prima parte del presente lavoro, e non si riscontrano sul punto aperture giurisprudenziali di segno diverso.

³⁹⁹ Così STELLA – PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1990, 570.

⁴⁰⁰ Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383. Vd. BERTOLINA, *nota in tema di responsabilità penale degli amministratori*, cit., 99.

⁴⁰¹ Vd. LANZI – PUTINATI, *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2007, 133 – 134, in cui si richiamano quelle fattispecie di reato in cui la norma richiama delle condotte che vengono punite se compiute *indebitamente* o *abusivamente*, o similari.

3.3 *Culpa in eligendo e culpa in vigilando* dell'amministratore nell'adempimento del dovere di informazione per mezzo di consulenti privati.

Come già detto, il ricorso a consulenti privati non costituisce solo *una* delle modalità di adempimento al dovere di informazione dell'agente qualificato nel contesto dei reati "tecnici", ma ne costituisce la *principale*, se non *unica*, modalità. L'imprenditore e l'amministratore, conoscono il diritto del settore nel quale operano per mezzo di figure qualificate, interne ed esterne alla compagine societaria.

L'ipotesi oggetto di indagine è l'eventualità che tali figure qualificate commettano un errore giuridico, rappresentando (erroneamente) all'agente la liceità dell'attività o dell'operazione che si intende compiere. Perché l'*error iuris* così maturato sia addebitabile all'agente (che materialmente realizza poi la condotta illecita) occorre valutare l'evitabilità dell'induzione in errore da parte del consulente; si tratta cioè di una valutazione colposa focalizzata su due momenti distinti della consulenza: (i) il conferimento dell'incarico, nel senso soprattutto che il consulente investito della questione sia idoneo a rispondere al quesito che gli viene posto, e (ii) la verifica che l'agente ha compiuto sul lavoro svolto, secondo la propria capacità di individuare l'errore in esso contenuto.

Quanto al primo momento di valutazione, si tratta di ricostruire la responsabilità dell'amministratore secondo i canoni della *culpa in eligendo*.

La bontà del conferimento dell'incarico al consulente si basa anzitutto sull'idoneità dello stesso a rispondere al quesito. L'idoneità, naturalmente, va valutata secondo una prospettiva *ex ante*, cioè propria dell'agente al momento della conferimento dell'incarico.

Al fine di elaborare la regola cautelare di riferimento, può essere utile volgere lo sguardo ad altri settori in cui si è sviluppata una disciplina cautelare, si ritiene, di carattere analogo.

Vi sono cioè ambiti in cui oneri giuridici posti in capo a determinati soggetti qualificati sono considerati positivamente adempiuti anche nel caso in cui l'obbligato individua soggetti terzi ai quali "affidarsi" per l'espletamento dell'obbligo stesso.

Sembra utile, sul punto, richiamare un diverso settore normativo in cui il tema della *culpa in eligendo* ha avuto approfondito sviluppo, ossia quello della delega di funzioni del datore di lavoro alla sicurezza sul luogo di lavoro. Come noto, l'art. 16 del D.lgs. n. 81/2008 ha tipizzato i requisiti (già elaborati dalla giurisprudenza) per la validità del conferimento della

delega⁴⁰². Quanto al conferimento in senso stretto, l'articolo citato individua tre requisiti di validità:

- (i) che il delegato possenga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- (ii) che al delegato siano attribuiti tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- (iii) che al delegato sia attribuita l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate.

I criteri così enucleati a livello normativo possono essere un buon punto di partenza per la formulazione della regola cautelare rilevante per l'*error iuris*, nel senso che individuano sostanzialmente delle regole di buon comportamento, tipizzando una regola cautelare, cioè l'agente modello del "buon delegante".

Verifichiamo quindi come sovrapporre queste regole cautelari con il conferimento non più di una delega di funzioni, bensì di un incarico di consulenza.

Il primo dei requisiti sopra enucleati, ovvero la professionalità ed esperienza del delegato / incaricato, è senz'altro da utilizzarsi anche nella presente sede.

Per giurisprudenza costante la tradizionale "buona fede" è invocabile a fronte del parere rilasciato non da qualunque ufficio della pubblica amministrazione, bensì dai soli uffici istituzionalmente funzionali a questo tipo di attività. L'idoneità tecnica del consulente privato deve essere valutata in modo, si ritiene, ancora più stringente di quanto previsto per il parere rilasciato da un organo pubblico, dovendo essere valutata in chiave sia formale che sostanziale. Formale, nel senso di rivolgersi a soggetti in possesso di idonei titoli ed abilitazioni professionali. Sostanziale, perché la competenza e l'esperienza concretamente possedute dal consulente giocano un ruolo fondamentale sulla sua idoneità a rispondere in maniera affidabile al quesito rivolto. In un'epoca in cui si enfatizzano le specializzazioni professionali, chiedere un parere su una complessa questione di diritto tributario a un giovane avvocato civilista, o anche ad un esperto penalista specializzato in penale "nero", sarebbe violazione della regola cautelare. La regola cautelare, anche sotto questo aspetto, andrà naturalmente 'tarata' sul caso di specie. Se quindi ad una grande azienda multinazionale è fatto obbligo rivolgersi ad uno studio professionale con molto personale e un altissimo livello di specializzazione (e conseguenti alti costi), una impresa di medie o piccole dimensioni avrà soddisfatto l'obbligo cautelare rivolgendosi a professionisti anche

⁴⁰² Vedi CADOPPI – VENEZIANI, *Elementi di diritto penale – parte generale*, cit., 185.

meno specializzati (o anche solo meno “blasonati”), con uno sforzo economico in linea con le proprie dimensioni e la propria capacità di spesa.

La normativa sulla delega di funzioni di cui all’art. 16 cit., come visto, individua anche requisiti organizzativi alla valida instaurazione del rapporto “delegato”. L’incaricato deve avere sufficienti risorse per svolgere il proprio compito, inclusa la disponibilità di mezzi e capacità di spesa. Ma questo rientra del resto, in questo contesto, proprio all’idoneità dell’incaricato.

Naturalmente, non è sufficiente che il soggetto individuato sia “idoneo”, per le proprie competenze, ad adempiere al mandato conferitogli: occorre che ne abbia la *possibilità*, ovvero, anche, *l’indipendenza* necessaria. Nel mondo delle operazioni industriali o finanziarie, da un parere sulla percorribilità giuridica di una certa operazione dipendono spesso grandi interessi economici, e la naturale tendenza alla ricerca di pareri dalle conclusioni “pilotate” pone il tema dell’indipendenza del consulente.

L’indipendenza del professionista si pone come tema delicato, e rilevante, in moltissimi settori del diritto d’impresa. Basti pensare ai sindaci nelle società di capitali, ovvero ancora ai componenti dell’organismo di vigilanza di cui all’art. 6, comma 1, lett. b) del D.lgs. 231/01. In questo caso la declinazione del problema può essere invero differente, in quanto attiene al problema dell’indipendenza del controllore rispetto al controllato, al quale però è anche legato da un rapporto negoziale.

Alcune categorie proprie dell’indipendenza dei controlli, tuttavia, sono molto interessanti anche nella prospettiva dell’*error iuris*. Non è raro, infatti, che oggetto dei controlli societari siano non solo la materialità dell’attività compiuta, ma anche la sua qualificazione giuridica. È fondata, in questi termini, la possibilità che gli organi di gestione societari pongano in essere un’operazione avendo ricevuto “luce verde”, quanto alla sua liceità, dagli appartenenti agli organi di controllo interni o esterni. L’agente, colui che poi mette la firma all’operazione, infatti, si avvale di una pluralità di fonti, funzionali all’adempimento del suo dovere di informazione sulla legge.

L’indipendenza degli organi di controllo e, possiamo dire, del consulente, si articola su due livelli: l’*indipendenza organizzativa* e l’*indipendenza operativa*⁴⁰³. La prima, l’indipendenza organizzativa, è tutelata dalle norme che regolano le nomine dei consulenti e degli organi di controllo. La seconda, l’indipendenza operativa, si realizza grazie ad un soggetto che sia in grado di svolgere il proprio incarico, e si tutela minimizzando i problemi di “asimmetria

⁴⁰³ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 235 ss.

informativa” e di “dipendenza conoscitiva”. Questi aspetti giocano un ruolo assolutamente primario nella liceità dell’attività d’impresa. È stato correttamente osservato come proprio la carenza di indipendenza dei professionisti cooptati per svolgere tali funzioni, sia tra le prime cause del fallimento del sistema dei controlli societari⁴⁰⁴. Ma allo stesso modo, l’indipendenza del nominato entra in attrito con la stessa procedura della nomina: se esiste un nominato, deve esserci necessariamente un nominante, e il rapporto di nomina implica inevitabilmente un potere di influenza che si può cercare di circoscrivere (come si sforzano di fare le disposizioni in materia), ma non può essere annullato del tutto.

I temi dell’indipendenza del nominato e del potere di influenza del nominante entrano in gioco in un altro settore ancora del diritto d’impresa, che può essere spunto di grande interesse per verificare l’incidenza sull’error iuris dei pareri formulati dai consulenti esterni, ovvero quello degli incarichi “di garanzia” a professionisti privati nell’ambito delle procedure concorsuali a carattere negoziale.

3.3 Il professionista privato nelle procedure concorsuali a carattere negoziale: la funzione pubblica dell’esperto, e il rilievo in tema di *error iuris*.

Con la riforma del diritto fallimentare del 2005 ha preso corso un profondo ripensamento della gestione delle crisi d’impresa, incentrato sul principio per cui, a determinate condizioni, gli interessi dei creditori possono essere compressi al fine di salvaguardare un diverso e altrettanto rilevante interesse, cioè la continuità aziendale. Il fallimento non si pone più, quindi, come principale risoluzione dello stato di crisi, e la priorità è quella di salvare i nuclei di impresa che, pur gravemente indebitati, si presentino ancora come economicamente efficienti⁴⁰⁵. Uno dei punti centrali di questo cambiamento consiste nell’attribuzione di pregnanti compiti certificatori e asseveratori a professionisti privati, in possesso di requisiti che li rendano idonei ai delicati compiti affidati⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 244.

⁴⁰⁵ MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista – attestatore e le valutazioni*, in *L’Indice Penale*, 2014, 1, 129.

⁴⁰⁶ Per una panoramica della riforma fallimentare nella prospettiva della soluzione negoziale alle crisi d’impresa e al ruolo delle certificazioni e relazioni redatte da professionisti privati, vedi ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d’impresa*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2006, 121 ss.; MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. Trim. Dir. pen. econ.*, 2009, 4, 825 ss.; BRICCHETTI – MUCCIARELLI – SANDRELLI, *Disposizioni penali, Commento*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario*, tomo II, diretto da A. Jorio, Il Mulino, 2749 ss.; CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*,

Venivano così elaborate le disposizioni, inserite nella Legge Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267) di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), sull'esclusione dall'azione revocatoria dei pagamenti effettuati in esecuzione di un piano che *appaia idoneo* a risanare la posizione debitoria ovvero a riequilibrare la situazione finanziaria, al nuovo testo dell'art. 161 sull'ammissione al concordato preventivo, all'art. 182 *bis* sugli accordi di ristrutturazione del debito, all'art. 182 *quinquies*, sull'accesso al credito in caso di concordato preventivo o accordo di ristrutturazione, all'art. 186 *bis* sul concordato con continuità aziendale.

I requisiti per la nomina di questi professionisti sono stati normativizzati all'art. 67, nel senso che deve trattarsi di soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili, di all'art. 28 L. fall.

Questi professionisti dovranno certificare l'idoneità, la congruità e, in generale, la correttezza dei piani di 'risoluzione' della crisi di impresa predisposti da soggetti tecnici qualificati. Le relazioni così formulate avranno importanti conseguenze in punto di ammissione alle procedure concorsuali e soddisfazione dei creditori.

L'importanza dell'incarico svolto rende non sufficiente, evidentemente, l'idoneità formale del professionista che deriva dal possesso di un titolo di abilitazione professionale. Il vero tema sull'affidabilità, in chiave anche pubblicistica, del risultato del lavoro del professionista risiede nell'indipendenza del professionista stesso, così come era già stato osservato a proposito degli organi di controllo societari. Interveniva sul punto il Legislatore, che poneva così fine al dibattito, maturato in dottrina e in giurisprudenza, sul fatto che il professionista che aveva svolto funzioni di consulenza per la società ne potesse anche redigere le relazioni al fine dell'ammissione alle procedure concorsuali negoziali⁴⁰⁷.

Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, ha precisato lo specifico requisito dell'indipendenza del professionista attestatore, affermando come tale requisito sia soddisfatto quando il professionista *“non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l'indipendenza di giudizio”*, nonché, in senso più oggettivo, quando *“non ha prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo”*.

2006, 3, 769 ss.; TROYER, *Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2008, 1, 111 ss

⁴⁰⁷ BENUSSI, *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236 bis L.F.*, in *L'Indice Penale*, 2014, 1, 111.

Questi requisiti escludono quindi che le funzioni di attestatore possano essere assunte dal consulente dell'imprenditore, ovvero dal professionista con il quale l'imprenditore abbia avuto un precedente rapporto professionale.

In questo tipo di procedimenti, il professionista svolge una funzione avente evidente carattere anche pubblicistico. L'asseverazione di un piano di ristrutturazione diverge profondamente da un parere rilasciato da un consulente privato, in quanto atto funzionale a proiettarsi al di fuori dell'azienda, rivolto anzitutto al giudice che, sulla base di quella asseverazione, dovrà in talune circostanze provvedere ammettendo o non ammettendo la società alla procedura richiesta. Ma si tratta di un atto rivolto anche al mercato nella sua interezza, nel senso di fornire in chiave pubblica una rappresentazione delle condizioni di salute di un'azienda indebitata al fine di una sua possibile salvezza: si tratta quindi di un documento chiave sia per i creditori che per i possibili investitori, istituzionali e non.

La funzione pubblicistica dell'asseveratore aveva dato luogo all'idea, nelle fasi iniziali di esegesi della riforma, che il professionista rivestisse, in relazione del documento redatto, la qualifica di pubblico ufficiale; nel caso in cui il professionista avesse commesso un falso della certificazione, avrebbe quindi risposto di falso del pubblico ufficiale in atto pubblico ex art. 481 c.p. Sul punto si creava una certa incertezza giurisprudenziale, con alcune sentenze che ne riconoscevano la funzione di pubblico ufficiale, altre che la negavano⁴⁰⁸. All'incertezza interpretativa il Legislatore rimediava, come noto, introducendo una fattispecie di reato *ad hoc*, di cui all'art. 236 bis L.fall. rubricato come "*falso in attestazioni e relazioni*".

Ebbene, in che modo la disciplina del professionista privato nelle procedure concorsuali è esportabile entro il modello dell'*error Iuris* inevitabile? Sotto un duplice aspetto, si ritiene. Anzitutto, la disciplina sul punto fornisce ulteriori spunti per valutare la "bontà" del conferimento dell'incarico al consulente privato, ponendogli un quesito la cui risposta possa essere considerata affidabile. Si tratta ancora, in questo senso, della formulazione della regola cautelare, relativamente all'affidamento dell'incarico ad un soggetto in possesso delle qualifiche, dell'indipendenza e delle capacità operative che lo rendano idoneo all'incarico conferito.

Ma la disciplina appena esposta, anche se solo per sommi capi, ha un significato più ampio che rileva nel legittimare la consulenza privata come possibile causa di ignoranza inevitabile, e quindi scusabile.

⁴⁰⁸ Vedi Trib. Torino, 31 marzo 2010, in *Il Fallimento*, 2010, 1439 ss, con nota di M. LANZI, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*.

L'attribuzione di funzioni pubblicistiche a soggetti privati non è certo una novità, ma si tratta comunque di un fenomeno, come visto, molto aumentato negli ultimi anni. Ciò è dovuto, si ritiene, e in via generale, proprio al crescere della tecnicità del diritto, della normativizzazione e della regolamentazione diffusa. Lo Stato, che si è storicamente in prima persona occupato dell'amministrazione giudiziaria, nel senso del compito dell'applicazione della legge, deve fare i conti con una quantità e qualità di "domanda di giustizia", nel senso di utilizzo del diritto, che supera le proprie capacità a farvi fronte.

Il cittadino, il singolo imprenditore o professionista ha bisogno di un supporto privato per accedere, capire e applicare le infinite regole che l'ordinamento impone.

L'ordinamento lo riconosce, attribuendo sempre più rilevanza pubblicistica a professionisti privati, come visto, in molti settori.

Acceduto a questo principio, nessun serio motivo, se non la "imbalsamatura di una augusta tradizione", può essere causa di esclusione del parere privato dalle ipotesi di buona fede non punibile, quando si accerti, come sopra ampiamente rappresentato, l'assenza di colpa da parte dell'"indotto in errore".

Questa è la chiave di lettura degli istituti concorsuali negoziali, e questa non può che diventare, in una prospettiva veramente orientata alla tutela della colpevolezza, la via per un pieno riconoscimento della scusabilità di un errore di diritto, incolpevole, causato da una erronea consulenza privata.

CONCLUSIONI

Nella prima parte di questo lavoro è stata effettuata una ricognizione generale della disciplina dell'*Error Iuris*. Si ha avuto modo di apprezzare come il tradizionale principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge, racchiuso nel celebre brocardo latino *ignorantia legis non excusat*, avesse matrice sostanzialmente politica, fallendo ogni tentativo di contenerlo invece entro coordinate dogmatiche.

Si creavano, in questo modo, situazioni di evidente ingiustizia sostanziale alle quali l'ordinamento, nella specie la giurisprudenza, poneva parzialmente freno con l'elaborazione della scusante della buona fede nelle contravvenzioni, che ricorre laddove un soggetto, tratto in errore da fatti o atti positivi provenienti da fonti qualificate, sia (erroneamente) convinto della liceità del proprio comportamento. Ma l'inescusabilità dell'ignoranza della legge restava uno dei dogmi 'inattacabili' dell'ordinamento criminale, e l'art. 5 c.p. il suo severo custode.

Toccava alla giurisprudenza costituzionale intervenire, facendo breccia nella tradizione e riformulando la disciplina dell'ignoranza della legge, dichiarando illegittimo l'art. 5 c.p. nella parte in cui escludeva la scusabilità dell'ignoranza inevitabile. La sentenza n. 364 del 1988, relatore il Prof. Renato Dell'Andro, affermava il principio costituzionale di colpevolezza, fissando come presupposto per la punibilità uno *standard* minimo nel rapporto subiettivo tra l'agente e il fatto di reato, individuato nel "almeno la colpa", con riferimento agli elementi più significativi della fattispecie. La norma incriminatrice rientra in questo nucleo duro di elementi più significativi, e nei casi di ignoranza della legge o errore di diritto è necessario, per aversi responsabilità, che l'ignoranza o l'errore siano dovuti a colpa. Le ipotesi di errore incolpevole, quindi, dovrebbero escludere la punibilità. Queste le premesse sistematiche e di principio, largamente analizzate dalla dottrina e dalla manualistica, che portavano idealmente alla progressiva eliminazione delle ipotesi di responsabilità oggettiva. Sullo specifico fronte dell'*Error Iuris*, tuttavia, si verificava una *impasse* logica, individuata dalla dottrina, ma alla quale non si riusciva a dare compiuta risoluzione.

L'errore di diritto inevitabile, e quindi scusabile, veniva interamente declinato entro ipotesi oggettive, e il tema della colpevolezza, ovvero dell'ignoranza incolpevole, lasciava il passo, da allora, alla *riconoscibilità* del precetto intesa in senso oggettivo; con riferimento alla conoscibilità della legge, pertanto, restavano in vita ipotesi di responsabilità oggettiva.

La riconoscibilità *oggettiva* del precetto, precipitato del principio di legalità racchiuso nei sottoprincipi di chiarezza, determinatezza e precisione, nonché di tassatività, veniva confusa con la riconoscibilità *sogettiva* del precetto, nel senso di imputazione colposa dell'ignoranza della legge. Si confondevano insomma i piani, e in fatto di ignoranza la *legalità* prendeva il posto della *colpevolezza*. Il rispetto della legalità è certamente il presupposto oggettivo per la riconoscibilità del precetto, nel senso che leggi ben formulate e (in una accezione ampia di legalità) una giurisprudenza coerente sono le condizioni oggettive per le quali il consociato può conoscere la legge. Ma questa valutazione, che pure esaurisce l'orizzonte della Corte Costituzionale, non è sufficiente alla tutela del principio di *colpevolezza*; non, quantomeno, sul fronte dell'*Error Iuris*.

Le ipotesi soggettive di inevitabilità dell'errore non vengono considerate, e ogni legge che sia oggettivamente riconoscibile si presume essere anche soggettivamente riconoscibile.

La sentenza n. 364 del 1988, insomma, non parla, con riferimento all'*error iuris*, di *colpevolezza*, ma di legalità.

La valutazione "colpevole" dell'errore di diritto dovrebbe invece passare attraverso la verifica dell'adempimento del dovere di informazione, da effettuarsi secondo uno schema prettamente colposo; ovvero, con la predisposizione di una regola cautelare, la verifica della conformità del comportamento di specie rispetto all'agente modello di riferimento, il riscontro della concreta esigibilità.

Solo recentemente vi sono state aperture della giurisprudenza nel senso di un riscontro soggettivo dell'inevitabilità dell'errore di diritto. Ciò è accaduto in una serie di casi in cui un elemento centrale era costituito dai rapporti tra diritto penale e multiculturalismo. L'ignoranza inevitabile della legge è infatti, come noto, una delle possibili declinazioni delle *cultural defences*. Ma si tratta di uno spazio limitato e residuale, e nella normalità dei casi l'errore di diritto resta ampiamente inescusabile, proprio perché il richiamo è sempre ad elementi oggettivi di riconoscibilità del precetto.

Questa "confusione" si alimenta poi, nei tempi recenti, con quanto proviene dalla fonte convenzionale. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, infatti, ha declinato il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU secondo i noti canoni della accessibilità e prevedibilità delle conseguenze afflittive di un dato comportamento. Il rispetto di questi requisiti, da intendersi con riferimento al "diritto", ovvero sia al diritto scritto che al diritto vivente, comporta il rispetto del principio di legalità. La legalità viene cioè valutata dalla prospettiva del destinatario della norma, e ancora una volta non si parla di *colpevolezza*, ma si verifica quanto l'ordinamento si sia espresso in maniera "riconoscibile"

per il consociato; secondo dei parametri di valutazione che, ancora, non vengono ricondotti entro le coordinate della colpevolezza.

Il modello, così come è oggi impostato, non è idoneo a garantire il rispetto del principio di colpevolezza; ovvero a tutelare i soggetti che si trovino in una condizione di *error iuris* incolpevole. Il migliore campo di verifica di questo dato è, come rappresentato dal Capitolo III di questo lavoro, il diritto penale dell'economia, ovvero i c.d. reati tecnici.

Si è dimostrato, sul punto, come la distinzione tra reati naturali e reati artificiali non sia ormai più verificabile, a causa di una serie di mutamenti che l'ordinamento penale ha vissuto negli ultimi anni, e sia quindi preferibile parlare di "reati tecnici", nel senso di fattispecie di reato in cui il fatto tipico si esprime attraverso categorie tecniche, che necessitano quindi di tecnici per essere comprese.

Ebbene in questo settore del diritto penale il tema dell'*error iuris* è articolato secondo un paradosso di base, che si prova ora a sintetizzare. Questo dovrebbe essere il settore in cui è più probabile la commissione di errori di diritto, proprio a causa dell'elevata 'tecnicità' delle fattispecie. Più infatti ci si allontana da fattispecie con un disvalore intrinseco, maggiore è il rischio che il precetto venga ignorato o male interpretato. Ma proprio in virtù di questa aumentata possibilità di errore, e dato anche il livello di preparazione mediamente più elevato di coloro che operano in quei settori tecnici, la presunzione di conoscenza della legge è aumentata, anziché diminuita⁴⁰⁹. Il risultato è, ancora, che la conoscenza della legge opera come una presunzione quasi assoluta, senza alcuna reale apertura alla colpevolezza sull'errore di diritto.

Lo stesso ragionamento è replicato in sede convenzionale, dove si riscontrano dei meccanismi di presunzione di conoscenza molto rigorosi per chi esercita attività professionali, ovvero per chi, in generale, opera nei settori tecnici.

La stessa dimensione oggettiva della riconoscibilità della legge, in quei settori di attività, è del resto rappresentata in maniera presuntiva, e anche le situazioni più articolate e oscure sono rappresentate come riconoscibili in virtù di 'superiori competenze' di chi vi opera.

È fenomeno noto e studiato quanto la frammentarietà e la sussidiarietà, che pure dovrebbero ispirare l'attività legislativa nella materia penale, contenendola, siano recessive rispetto alla incriminazione come principale strumento di intervento pubblico nella regolazione dei rapporti economici.

⁴⁰⁹ Poco sopra si è spiegato perché non sia corretto parlare di standard cautelare: l'oggettività della valutazione sulla riconoscibilità del precetto esclude una valutazione colposa, trattandosi invece, sostanzialmente, di una presunzione di conoscenza della legge.

Non solo i giudici sono “intrappolati” in un labirinto di norme e fonti che rendono oggettivamente difficile individuare le giuste coordinate della giurisdizione. In quel labirinto “vagano” senza riferimenti certi anche i consociati; specie gli imprenditori, i professionisti e gli operatori economici, costretti a svolgere un’attività di fondamentale importanza sociale assumendosi un ‘rischio penale’ che nessun onere informativo e di conoscenza consente di scongiurare.

Individuato il problema, è però necessario ipotizzare delle soluzioni.

L’intervento del Legislatore non sembra poter essere, sul punto, risolutivo. L’istituto dell’inevitabilità dell’ignoranza della legge racchiude già in sé, se correttamente ‘letto’, un criterio di imputazione soggettiva dell’errore di diritto. Si è visto come i tentativi compiuti di estendere *normativamente* l’area di scusabilità dell’errore di diritto siano stati un insuccesso. Un po’ a causa del diritto vivente (ad esempio con l’implicita abrogazione dell’art. 47, comma terzo, c.p.), un po’ a causa dell’introduzione di strumenti normativi già tecnicamente e dogmaticamente insufficienti a servire allo scopo (quale il caso dell’art. 15 D.lgs. n. 74/2000).

La soluzione occorre trovarla in via esegetica, dovendo la dottrina contribuire ad un ripensamento applicativo e interpretativo della disciplina dell’errore di diritto.

A causa della natura reticolare e incerta dell’odierno ordinamento, è fondamentale esigere, come presupposto della responsabilità penale, la verifica della reale dimensione *colpevole* dell’ignoranza della legge. L’accertamento deve essere compiuto secondo gli schemi tipici della responsabilità colposa, ovvero come violazione di regola cautelare ed esigibilità della condotta lecita alternativa.

E per fare ciò, specie nel settore del diritto dell’economia, è fondamentale riconoscere il ruolo centrale che giocano, per la riconoscibilità del diritto da parte degli operatori economici, i consulenti privati, gli esperti. Questi costituiscono il principale, e a volte *unico*, occhio con il quale il consociato guarda l’ordinamento.

La storica scusante della buona fede si fondava sul concetto che solo i pareri provenienti da organi pubblici meritino l’affidamento incolpevole del cittadino. La fonte informativa privata, invece, sarebbe per sua natura inaffidabile, stante appunto il carattere privato e la conseguente carenza di indipendenza, che la distinguerebbe dalla fonte pubblica.

Ebbene, questa concezione deve decisamente essere superata, e occorre che ai pareri privati venga riconosciuto il medesimo grado di affidabilità incolpevole oggi riservato alla fonte pubblica, pur entro rigorosi parametri di una valutazione colposa, cioè cautelare.

A tanto conducono due motivi.

Il primo, come detto, è politico, nel senso che non c'è ormai settore dell'economia in cui al singolo cittadino sia consentito di svolgere un'attività senza l'apporto di consulenti giuridici, interni o esterni alla propria struttura. Non riconoscere ciò, significa fallire nella primaria funzione propria del diritto (anche penale), come disciplina strumentale al raggiungimento di altri fini; quali appunto la tutela dell'economia e di quanti consentono all'economia di vivere. L'imprenditore deve essere supportato e difeso dall'ordinamento, non criminalizzato. Il secondo è più tecnico, e si fonda sui numerosi esempi di una rilevanza pubblicistica ormai riconosciuta a soggetti privati esperti, in molti ambiti.

Si è così parlato di organi di controllo societari e di dovere di agire informato, di organismi di vigilanza ex d. lgs. n. 231/2001, e soprattutto, in chiusura, del fondamentale ruolo pubblicistico riconosciuto ai professionisti privati nelle procedure concorsuali a carattere negoziale, introdotto da diverse disposizioni della Legge Fallimentare.

È necessario, per concludere, dare piena attuazione al principio di colpevolezza, verificando se ed in che modo il cittadino abbia adempiuto al proprio dovere (giuridico e sociale) di informazione, e in caso di accertamento positivo, 'accettare l'idea' che l'ignoranza della legge possa essere davvero inevitabile. Dando così compiutezza alla spinta culturale, mirabilmente pure espressa nella stessa sentenza n. 364 della Corte Costituzionale, di un ordinamento penale che dialoga con i cittadini, non in contrapposizione con essi.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., I reati societari – commento aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio, a cura di A. Lanzi – A. Cadoppi, CEDAM, 2007.
- AA. VV., Introduzione al sistema penale, Vol. I, a cura di Insolera – Mazzacuva – Pavarini – Zanotti, Giappichelli, 4° ed., 2012.
- G. Abbadessa, Una nuova violazione dell’art. 7 CEDU: la sentenza Liivick c. Estonia e i significati della legalità penale convenzionale, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 343.
- G. Abbadessa, Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali, in Manes – Zagrebelsky (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011.
- A. Alessandri, Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d’impresa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 121.
- A. Apollonio, Il “nemico” e il “partigiano” – le politiche penali odierne osservate attraverso le categorie concettuali di Carl Schmitt, *Riv. Trim. dir. Pen. cont.*, 2014, 1, 149.
- A. Ashworth, *Positive obligations in criminal law*, Oxford, 2013.
- G. Balbi, Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2014.
- A. Balsamo, La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale ‘imprevedibile’, una ‘nuova frontiera’ del processo di ‘europeizzazione’ del diritto penale, in *Cass. Pen.*, 2007, 2200.
- A. Balsamo – Parasporto, la Corte Europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540.
- R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, 2005.
- F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, 2010.
- E. R. Belfiore, Note sulla “strict Liability” nel diritto penale anglo-americano, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1988, 621.
- E.R. Belfiore, Brevi note sul problema della scusabilità dell’ignorantia legis, in *Foro It.*, 1995, II, 154.
- E. R. Belfiore, Ancora sull’”ignorantia legis poenalis” in materia urbanistica, in *Foro It.*, 1997, II, 784.

- E. R. Belfiore, Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale, Giappichelli, 1997.
- E. R. Belfiore, Errore di diritto e dolo del fatto tra prassi applicativa e riforme codicistiche, in Foro It., 1999, II 38.
- L. Beltrami, Il ruolo della sentenza di fallimento nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione: le contraddizioni della giurisprudenza, in L'Indice Penale, 2014, 1, 85.
- C. Benussi, La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236 bis L.F., in L'Indice Penale, 2014, 1, 111.
- G. Bettiol, Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore, in Riv. It. dir. proc. pen., 1971, 8.
- G. Bettiol, Diritto Penale, 11a ed., CEDAM, 1982.
- G. Bettiol, La caduta di un mito: "ignorantia legis non excusat", in Rass. Trib., 1988, 1, 385 ss.
- A. Bernardi, Art. 7, in Bartole – Conforti – Raimondi (a cura di), Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDAM, 2001, 259.
- A. Bernardi, Modelli penali e società multiculturale, Giappichelli, 2006.
- A. Bernardi, Il fattore culturale nel sistema penale, Giappichelli, 2010.
- J. Bertolina, Note in tema di responsabilità penale degli amministratori privi di delega, in L'Indice Penale, 2012, 1, 79.
- Bin, "Formula di Radbruch" principio di irretroattività e lex mitior, in dir. pen. cont., 9 aprile 2014.
- R. Blaiotta, Coscienza del disvalore sociale e colpevolezza: le antinomie della suprema Corte, in Cass. Pen., 1996, 101.
- J. Blomsma, Mens Rea and defences in European Criminal Law, Intersentia, 2012.
- G. Bognetti, La divisione dei poteri, 2a ed., Giuffrè, 2001.
- R. Bricchetti – F. Mucciarelli – Sandrelli, Disposizioni penali, commento, in A. Jorio (diretto da) Il nuovo diritto fallimentare, Commentario, tomo II, Il Mulino, 2749.
- F. Bricola, Teoria generale del reato, in Nov, Dig. Disc. Pen., XIX, UTET, 1973.
- F. Bricola, Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, in Funzioni e limiti del diritto penale, a cura di De Acutis e Palombarini, CEDAM, 1984.
- F. Bricola, Rapporti tra dogmatica e politica criminale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, 3.

- F. Bricola, Responsabilità penale per il tipo di produzione (a proposito del ‘caso Seveso’), in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, 1997, 131.
- W. Brookbanks, Colour of right and Offences of Dishonesty, in *Criminal Law Journal*, 1987, 11, 159.
- W. Brookbanks, Recent developments in the doctrine of mistake of law, *Criminal Law Journal*, 1987, 11, 195.
- W. Brookbanks, Claim of right, *New Zealand Law Journal*, 2010, 252.
- D. Brunelli, L’ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell’art. 39 c.p.m.p.: nuovi spazi per l’imputazione dolosa della ‘culpa iuris’?, in *Foro It.*, 1995, II, 2054.
- A. Cadoppi, Prime applicazioni giurisprudenziali in tema di errore di diritto in materia penale – tributaria, in *Rass. Trib.*, 1985, II, 502.
- A. Cadoppi, Il reato omissivo proprio, CEDAM, 1988.
- A. Cadoppi, Il ruolo delle *Kulturnormen* nella opzione penale con particolare riferimento agli illeciti economici, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1989, 289.
- A. Cadoppi, Error iuris: coscienza dell’antigiuridicità extrapenale e ritardo nel versamento delle ritenute, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 73.
- A. Cadoppi, La nuova formulazione dell’art. 5 c.p. ed i reati omissivi propri, in *AA. VV. Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Jovene, 1989, nota 77.
- A. Cadoppi, La natura giuridica della mancanza dell’autorizzazione – riflessi in tema di errore, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990.
- A. Cadoppi, v. Mens Rea, in *Dig. Disc. pen.*, VII, UTET, 618.
- A. Cadoppi, Introduzione allo studio del diritto penale comparato, CEDAM, 2° ed., 2004.
- A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè, 2010.
- A. Cadoppi, Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi, in *Criminalia*, 2011, 223.
- A. Cadoppi, Il valore del precedente nel diritto penale – uno studio sulla dimensione in action della legalità, II ed., Giappichelli, 2014.
- A. Cadoppi – P. Veneziani, *Elementi di diritto penale – parte generale*, 5a Ed., CEDAM, 2012.
- A. Cadoppi – P. Veneziani, *Elementi di diritto penale – parte speciale*, Vol. II – I, CEDAM, 2014.

- Calabria, Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale, in L'Indice Penale, 1991, 41.
- S. Canestrari, La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo, in L'Indice Penale, 2012, 24.
- F. Caringella – F. Della Valle – M. De Palma, Manuale di diritto penale – parte generale, DIKE, 2014.
- M. Cartabia, Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici, in Giur. Cost., 2007, 3564.
- C. Cassani, La riforma del concordato preventivo: effetti penali, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 2006, 3, 757.
- C. Cassani, Tutela penale della famiglia, DIKE, 2013.
- S. Cassese, L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra, Il Mulino, 2011, 71.
- M. Caterini, Il dolo eventuale e l'errore su norma extrapenale nei reati di falso ideologico, in L'Indice Penale, 2007, I, 93.
- F. Centonze, Controlli societari e responsabilità penale, Giuffrè, 2009.
- G. Corstens – J. Pradel, European Criminal Law, Kluwer Law International, 2002.
- J. Christoffersen – M. R. Madsen (a cura di), The European Court of Human Rights between Law and Politics, Oxford University Press, 2013.
- C. De Maglie, I reati culturalmente motivati, ideologie e modelli penali, ETS, 2010.
- P. Devlin, The enforcement of Morals, Oxford, 1975.
- C. Dlamini, In defence of the defence of ignorance of law, in South African Journal of Criminal Justice, 1989, 13.
- M. Donini, Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario, in L'Indice Penale, 1989, 145.
- M. Donini, Il delitto contravvenzionale. "culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra, Giuffrè, 1993.
- M. Donini, Dolo e prevenzione generale nei reati economici, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 1999, 1.
- M. Donini, Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale nella Carta Costituzionale, in Foro it., 2001, II, 1.
- M. Donini, Il volto attuale dell'illecito penale, Giuffrè, 2004.
- M. Donini, Europeismo giudiziario e scienza penale – Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte, Giuffrè, 2011.

- G. Fiandaca, Considerazioni su colpevolezza e prevenzione, in Riv. it. dir. proc. pen., 187, 836.
- G. Fiandaca, Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: 'prima lettura' della sentenza n. 364/1988, in Foro it., 1988, I, 1385.
- G. Fiandaca, Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale, in Criminalia, 2011, 79.
- G. Fiandaca – Di Chiara, Una introduzione al sistema penale, Jovene, 2003.
- G. Fiandaca – E. Musco, Diritto penale – parte generale, Zanichelli, 1989, 2° ed.
- G. Flora Verso una interpretazione abrogatrice della norma sull'errore di diritto nei reati tributari (art. 8 l. n. 516 del 1982)?, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1988, 205.
- G. Flora, v. Errore, Dig. Disc. Pen., IV, UTET, 255.
- G. Flora, Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari, in Riv. It. Dir. proc. pen., 2001, 697.
- G. Fornasari, Buona fede e delitti: limiti normativi dell'art. 5 c.p. e criteri di concretizzazione, in Riv. It. Dir. proc. pen., 1987, 449.
- M. Gallo, voce Dolo, Enc. Dir., XIII, Milano, 1964.
- A. Gargani, Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo, in Criminalia, 2011, 99.
- C. Grabenwarter, European Convention of Human Rights – Commentary, Verlag C. H. Beck – Hart Publishing, 2014.
- E. Grande, La sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale e l'esperienza di common law: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto, in Foro It., 1990, I, 415.
- C. F. Grosso, Coscienza e volontà ed errore nelle contravvenzioni, in Riv. It. Dir. proc. pen., 1963, 891.
- C. F. Grosso, Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale), in Criminalia, 2011, 125.
- M. Grotto, Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica, Giappichelli, 2012.
- H. L. A. Hart, Legal Responsibility and Excuses, in Punishment and responsibility, Oxford, 1968.

- G. Insolera, L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva e modello di colpevolezza, in Stile (a cura di), Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza, Jovene, 1989, 457.
- G. Insolera, Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici, in Criminalia, 2012, 285.
- H.-H. Jescheck, L'errore di diritto nell'ordinamento penale tedesco e italiano, in L'Indice Penale, 1988, 185.
- A. Klip, European criminal law – an integrative approach, II ed., Interesentia, 2012.
- A. Lanzi, L'errore su legge extrapenale, la giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell'art. 47 ult. co. c.p., in Indice penale, 1976, 299.
- A. Lanzi, L'esimente dell'errore su norme tributarie fra la giurisprudenza di legittimità e quella costituzionale, in Rass. Trib., 1988, I, 331.
- A. Lanzi, Art. 8, in Caraccioli – Giarda – Lanzi (a cura di), Diritto e procedura penale tributaria – Commentario alla legge 7 agosto 1982 n. 516, CEDAM, 1989, 379.
- A. Lanzi – P. Aldrovandi, Diritto penale tributario, CEDAM, 2014.
- A. Lanzi – S. Putinati, Istituzioni di diritto penale dell'economia, Giuffrè, 2007.
- M. Lanzi, Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale, in Il Fallimento, 2010, 1439.
- M. Lanzi, La Claim of Right nel diritto penale neozelandese: da scriminante di common law alla codificazione. Interpretazioni dottrinali e applicazioni culturalmente orientate, in L'Indice penale, 2013, 2, 683.
- G. Lautenbach, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2013.
- L. G. Loucaides, The European Convention on Human Rights – Collected Essays, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- G. Lozzi, Il problema della buona fede determinata da una errata pronuncia giudiziaria, in Riv. it. dir. proc. pen., 1958, 804.
- V. Manes, Le violazioni dipendenti da 'obiettive condizioni di incertezza' e l'errore nel sistema dei reati tributari, in Riv. Trim. Dir. pen. econ., 2001.
- V. Manes, La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno, in Manes – Zagrebelsky (a cura di) la convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Giuffrè, 2011, 34.

- V. Manes, Diritto penale e fonti sovranazionali, in AA.VV., Introduzione al sistema penale, 4° ed., Giappichelli, 2012.
- V. Manes, Il giudice nel labirinto, DIKE, 2012.
- V. Manes – E. Nicosia, V. Art. 7, in Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, a cura di Bartole – De Sena – Zagrebelsky, CEDAM, 2012.
- V. Manes – L. Rampioni, Il principio di colpevolezza, in AA.VV. Introduzione al sistema penale, 4° ed, Giappichelli, 2012.
- F. Mantovani, Ignorantia legis scusabile ed inescusabile, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1990, 379.
- F. Mantovani, Intervento in Legalità e giurisdizione – le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro, CEDAM, 2001, 7.
- F. Mantovani, Diritto penale – parte generale, CEDAM, 7a ed., 2011.
- G. Marinucci – F. Dolcini, Corso di diritto penale, I, Giuffrè, 2° ed., 1999.
- F. Mazzacuva, Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti, in Dir. Pen. e proc., 2009, 1540.
- F. Mazzacuva, L’interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo, in V. Manes – V. Zagrebelsky (a cura di), La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano, Giuffrè, 2011.
- F. Mazzacuva, La Corte Europea su principio di legalità e applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia di esecuzione delle pene in Spagna, in Dir. pen. cont., 17 dicembre 2012.
- F. Mazzacuva, La materia penale e il “doppio binario” della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze, Riv. It.dir. e proc. Pen., 2013, 1899.
- N. Mazzacuva, Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale, in Riv. it. dir. pen. proc., 1976.
- L. Monticelli, La cultural defence, in Stortoni – Tordini Cagli (a cura di), Cultura, culture e diritto penale, Bononia University press, 2012, 149.
- A. Mowbray, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2007.
- F. Mucciarelli, Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988, in Riv. It. Dir. proc. pen., 1996, 223.
- F. Mucciarelli, Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali, in Riv. Trim. dir. pen. econ., 2009, 4, 825.

- F. Mucciarelli, Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista attentatore e le valutazioni, in L'Indice Penale, 2014, 129.
- P. Nuvolone, I limiti taciti della norma penale, G. Priulla, 1947.
- P. Nuvolone, Presentazione, in L'Indice Penale, 1967, 2.
- P. Nuvolone, Natura e storia della scienza del diritto penale, in Trent'anni di diritto e procedura penale, CEDAM, 1969.
- P. Nuvolone, Il sistema del diritto penale, 2° ed., CEDAM, 1982.
- T. Padovani, L'errore sulla legge penale determinato dall'altrui inganno e l'estensione analogica dell'art. 48 c.p., in Riv. It. Dir. proc. pen., 1982, 1630.
- T. Padovani, Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale, in Marinucci – Dolcini (a cura di), Diritto penale in trasformazione, Giuffrè, 1985, 438.
- T. Padovani, Teoria della colpevolezza e scopi della pena, in Riv. It. dir. proc. pen., 1987, 820.
- T. Padovani, L'errore della legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p., in Leg. pen., 1989, 449.
- F. Palazzo, L'errore sulla legge extrapenale, Giuffrè, 1974.
- F. Palazzo, Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma, in Riv. It. dir. pen. proc., 1975, 777.
- F. Palazzo, Colpevolezza ed Ignorantia Legis nel pensiero di Francesco Carrara, in L'Indice Penale, 1988, 507.
- F. Palazzo, Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza, in Riv. It. dir. proc. pen., 1988, 920.
- F. Palazzo, v. Ignoranza della legge penale, in Dig. Disc. Pen., 1993, 124.
- C.E. Paliero, Il Principio di effettività nel diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 430.
- P. Patrono, Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1988, 87.
- P. Patrono, L'errore nel diritto penale tributario, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2002, 555.
- R. Perkins – R. Boyce, Criminal Law, Foundation Press, 3° ed., 1982.
- M. Petrone, Il “nuovo” art. 5 c.p.: l'efficacia scusante della ignorantia iuris inevitabile ed i suoi riflessi sulla teoria generale del reato, in Cass. pen., 1990, 697.

- D. Popovic, *European Human Rights Law – A Manual*, Eleven International Publishing, 2013.
- D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976.
- D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 686.
- D. Pulitanò, *Un nuovo intervento della Corte Costituzionale in materia di errore*, *Giur. Cost.*, 1989, I, 1501.
- S. Putinati, *L'errore inevitabile sul precetto e l'abusivo esercizio della professione medica*, in *L'Indice penale*, 1989, 460.
- S. Putinati, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Giappichelli, 2008.
- A. Rabic, *Error iuris: principle, policy and punishment*, in *South African Criminal Journal*, 1994, 93.
- K. Reid, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, Thomson – Sweet and Maxwell, 2008.
- L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale – profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, 2004.
- R. Russo, *Il Ruolo della Law in action e la lezione della Corte Europea dei Diritti Umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. Pen.*, 2011, 17.
- G. Salcuni, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2012.
- D. Scalia, *A few thoughts o guaranties inherent to the rule of law as applied tosanctions and the prosecution and punishment of war crimes*, *International Review of the Rewd Cross*, 2008, 343.
- C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, 1981.
- M. Scoletta, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero – Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013.
- S. Seminara, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 5.
- P. Severino di Benedetto, *L'errore su norme tributarie*, in Fiandaca – Musco (a cura di), *Diritto penale tributario*, Milano, 1997, 289.
- F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale – ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, 1990.
- F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. It.*, 2001, 1193.

- F. Sgubbi, Il nuovo delitto di ‘autoriciclaggio’ una fonte inesauribile di effetti perversi dell’azione legislativa, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014.
- A.P. Simester – W. Brookbanks, *Principles of Criminal Law*, Thomson Brookers, 3° ed., 2007.
- A.P. Simester – G.R. Sullivan, *Criminal law, theory and doctrine*, Hart publishing, 2000.
- Stella – Pulitanò, La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni, in *riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1990, 570.
- J. Stephen, *A history of the criminal law of England*, Vol. III, 1883.
- L. Stortoni, L’introduzione nel sistema penale dell’errore scusabile di diritto: significati e prospettive, in *Riv. It.*, 1988, 1313.
- F. Tesauro, *Istituzioni di diritto penale tributario. Parte generale*, Giappichelli, 10° ed., 2009.
- K. Tiedemann, Sullo stato della teoria dell’errore con particolare riferimento al diritto penale dell’economia e alle leggi speciali, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1995, 71.
- G. Torre, Errore sul precetto e verbotsirrtum: un’uguale disciplina?, in *L’Indice Penale*, 1996, 186.
- A. Traversi, Commento all’art. 15, in I. Caraccioli – A. Giarda – A. Lanzi (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria (Commentario al Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, CEDAM, 2001.
- L. Troyer, Le responsabilità penali relative alle soluzioni concordate delle crisi di impresa, in *Riv. Dott. Comm.*, 2008, 111.
- A. Vallini, La violazione dei c.d. “obblighi di assistenza materiale” e l’errore inerente a fattispecie connotate da disvalore etico, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1997, 935.
- A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Giappichelli, 2003.
- G. Vassalli, L’inevitabilità dell’ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza, in *Giur. Cost.*, 1988, II, 3.
- G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, 2001.
- P. Veneziani, Furto d’uso e colpevolezza, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1990, 299.
- P. Veneziani, L’oggetto dell’ignorantia iuris rilevante, in *Foro It.*, 1995, II, 498.
- P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, 2008.
- S. Vinciguerra, Sull’intralcio all’amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio, in *Dir. Pen. XXI sec.*, 2014, 1, 195.

- F. Viganò, Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. It. Dir. proc. pen., 2007, 43.
- F. Viganò – O. Mazza, Europa e giustizia penale, speciale de Dir. pen. e proc., 2011.
- G. Williams, Criminal Law – general part, Stevens&Sons, 2° ed., 1961.
- G. Williams, Textbook of criminal law, Stevens&Sons, 1978.
- R. Zaffaroni, La cuestion criminal, Ibanez, 2013.
- V. Zagrebelsky, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale, in lus17@unibo.it, 2009, 75.
- V. Zagrebelsky, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale, in AA.VV., La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Giuffrè, 2011, 71.