

DOGMATICA E ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA

*Relazione al Convegno di Studi e VII Premio Internazionale Silvia Sandano
in onore del Prof. Marcello Gallo – Roma, 25 ottobre 2013.*

di Gaetano Insolera

SOMMARIO: I – 1. Regole, concetti e principi. – 1.1. Dogmatica, giurisprudenza e politica criminale. – 2. Nuovi poteri e legittimazione. – 2.1. La riserva di legge. – 2.2. La grammatica debole di una coscienza smarrita. – 2.3. Giurisprudenza e legalità materiale. – 3. Una nuova legittimazione dei giudici. II – 1. Orientamenti della giurisprudenza. – 2. La prescrizione, ovvero come neutralizzare istituti sgraditi. 3. – Analogia e altro. – 4. Il singolare caso della causalità omissiva.

I

1. Regole, concetti e principi

E' Marcello Gallo a ricordarci di recente che "l'andamento degli studi giuridici ci si rivela [...] come quello di un pendolo oscillante tra due poli: l'esegesi, ad una estremità; la dogmatica, all'altra: con un'oscillazione più accentuata verso la regola in giorni di sicuro, largamente e abbastanza tranquillamente accettato potere centrale; verso il concetto, quando il potere si scioglie in tanti rivoli e fa capo ad entità orizzontali, che gettano un'ombra sul territorio, verticali, che si propagano quali esponenti di una classe, corporazione o setta"¹.

Questa riflessione ne propone altre: ad esempio, si tratta di un moto che sempre percorre il mestiere delle leggi (e il superamento di questo pendolarismo risiede in una metodologia che fonda esegesi e concetti); soprattutto, essa coglie nella traiettoria di oscillazione del pendolo una precisa corrispondenza in termini di rapporti di potere.

Sono idee che possono essere assai istruttive. Ci dicono, ad esempio, della natura solo retorica della contrapposizione tra formalismo dogmatico, chiuso tra le regole, e norme, definite, invece, dal ricorso a concetti e principi sensibili e reattivi allo sviluppo storico. E' questa una contrapposizione, oggi *à la page*, che dando una visione caricaturale e dispregiativa del giuspositivismo, ha poco da spartire con una

¹ M. GALLO, *Prove d'autore*, in *Crit. Dir.*, n. 1/2009, ora in *Moralité*, Napoli, 2011, 148.

ricostruzione storica reale². Sono idee che ci parlano anche della cifra politica, riferibile all'esercizio di poteri effettivi, che accompagnano ogni oscillazione nei modi di produzione del diritto.

1.1. Dogmatica, giurisprudenza e politica criminale

La riflessione sui rapporti tra dogmatica e giurisprudenza non è certo solo questione di oggi. Essa appartiene ad un discorso che, quanto meno dagli anni '70, abbraccia temi più generali, che fanno da sfondo. Già allora si discuteva di supplenza giudiziaria (se non di uso alternativo del diritto), di discrasie tra dottrina e giurisprudenza. Sul rapporto tra dogmatica e politica criminale da ricordare un dibattito degli anni '80: con diverse modalità, si proponeva l'idea di una integrazione tra i due momenti tale da definire un profilo "deontologico" del penalista, capace, ad esempio nella versione costituzionale di Bricola, di influenzare il legislatore e di limitare la politica criminale "giudiziaria"³.

Con diversi accenti, oggi si coglie tuttavia un drastico superamento della situazione che aveva caratterizzato l'ultimo scorcio del novecento.

Anche la prospettiva di un connubio tra dogmatica e politica criminale sarebbe il prodotto di una visione "aristocratica", di una cultura accademica sempre meno accettata e riconosciuta come interprete del diritto. Né l'approccio costituzionale, né quelli più orientati alla scienza penale integrata o alla comparazione, sarebbero in grado di risollevarne le sorti⁴.

A questo corrispondono alcuni dati: da una parte, l'affermarsi di una legislazione, nazionale e sovranazionale, che fa a meno di riferimenti, e limiti, dogmatici, dall'altra, il progressivo diffondersi di una politica criminale giudiziaria e di una dogmatica prodotta dai giudici nel contesto di una evoluzione "para-legislativa", nella quale un ruolo forte gioca il confronto e, a volte, il dialogo tra Corti sovranazionali e Corti supreme (costituzionali o di cassazione).

Si dice, forse con simpatia per il nuovo che avanza: "E' stato predicato per almeno trenta anni che ci doveva essere questo matrimonio tra dogmatica e politica criminale. Eccolo servito, ma con la sostituzione degli attori"⁵.

In verità la metafora qualche dubbio lo suscita, se dai concetti si passa agli attori: come ragionare di matrimonio quando unico è l'attore (il potere giudiziario)?

² Restano per me fondamentali le considerazioni di A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966.

³ Ricordo il seminario *Prospettive attuali di teoria generale del reato: il diritto penale tra dogmatica e politica criminale*, svoltosi all'Università di Napoli l'1-3 ottobre 1987 e, in particolare, la relazione di F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 3 ss.; ora anche in *Politica e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 221 ss.

⁴ In questi termini, diffusamente M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2001, 27 ss.

⁵ M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 163 ss.

2. Nuovi poteri e legittimazione

Come interpretare questi dati? E ci torna utile ancora l'indicazione di Gallo su ciò che regola le oscillazioni del pendolo. Quali sono i confini tra i poteri disegnati dai nuovi equilibri, quali fonti di legittimazione essi sono in grado di evocare?

2.1. *La riserva di legge*

Esiste ormai un vero e proprio genere letterario sulla crisi, non solo italiana, della democrazia rappresentativa, della politica: la questione precipita sui nostri temi con attacchi concentrici alla riserva di legge.

2.2. *La grammatica debole di una coscienza smarrita*

Perdita di credibilità, "di ascolti" dell'apporto dottrinale: è un discorso complesso che ci porta ad una pluralità di fattori, di mutamenti intervenuti nella nostra realtà, interni ed esterni, alla produzione e alla presa del sapere accademico. Se in un primo significato la dogmatica si definisce quale momento conoscitivo del fenomeno giuridico, capace di fungere da "autocoscienza storica" che guida, nell'ambito dei singoli sistemi culturali, l'attuazione pratica del diritto, l'inflazione degli insegnamenti, la loro localizzazione e frammentazione, il proliferare di trattazioni manualistiche oscillanti tra una piatta esegesi e solipsistiche pretese sistematiche, ci consegnano la grammatica debole di una coscienza smarrita, necessariamente destinata a soccombere in un gioco di potere che o la emargina, ritenendola sospetta di perseguire inconfessabili strategie avvocatistiche o gli dà ingresso, ma solo se veste gli abiti di consigliere dei nuovi principi, dei nuovi "signori del diritto".

I fattori esterni. Anche a questo proposito entusiasmi recenti e sirene accattivanti, in qualche caso, anche per naviganti imbarcati sul vascello penale: con la legalità affidata a tanti attori, oggetto delle cure di tanti. Il diritto come risultato di una rete di linguaggi, tecnici e comuni, che si legittima in quanto radicato nell'*humus* culturale di una data comunità storica⁶.

Crisi della legalità nella sua storica definizione giuspositivistica, quindi, e passaggio delle consegne al potere giudiziario, più "democratico" nella gestione dei conflitti e del pluralismo, più forte di qualsiasi accademia nei confronti del Parlamento⁷.

⁶ Vedi ad esempio le posizioni di M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, *passim* e la letteratura penalistica richiamata.

⁷ M. DONINI, *Metodo, cit.*, 34 ss.

2.3. Giurisprudenza e legalità materiale

Sono sempre più incalzanti le voci che rielaborano i contenuti della legalità penale, assegnando un ruolo cooperatorio, “concorrenziale” all’interpretazione giurisprudenziale. Alla legalità formale se ne vuole contrapporre ormai una materiale, sorretta soprattutto da un dialogo diretto stabilitosi con le fonti giurisprudenziali sovranazionali, che consentirebbe di raggiungere livelli garantistici “per certi aspetti più elevati di quelli offerti dall’art. 25 della Costituzione”: che ingloba sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale “riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nell’individuazione dell’esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo.”

«“Una relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio culturale, non emerge unicamente dall’analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l’atteggiarsi della relativa prassi applicativa”»⁸.

E’ questa fisionomia del potere giudiziario, non più raccontata e teorizzata da fascinosi, accattivanti e *soidisant*, interpreti del postmoderno, ma fatta propria anche dalla massima istanza giurisdizionale, ad imporre una riflessione su ciò che debba innervare, legittimandola, la “nuova” figura di giudice penale.

La fine dei partiti storici, il degrado nell’ultimo scorcio della prima Repubblica e nella seconda, non ci consegnano un ritorno di *élites* provenienti anche dal potere giudiziario che si rapportano con la politica⁹.

E’ il potere giudiziario che direttamente fa azione politica mettendo in campo un formidabile armamentario di strumenti invasivi e coercitivi delle libertà individuali¹⁰.

⁸ SS.UU. n. 18288 del 2010. Sul tema dei rapporti tra le Corti rinvio al mio , *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti* , in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, IV, 2351 ss.

⁹ Molto interessante l’analisi di C. GALLI, *I riluttanti. Le élites italiane di fronte alla responsabilità*, Bari, 2012. Richiamo anche considerazioni mie alla presentazione del volume in *Crisi della politica e crisi della giustizia: il ruolo delle élites*, in *ius17@unibo.it*, 2012, 195 ss.

¹⁰ Riprendendo l’immagine medievale di una società tripartita, con la quale esordisce il citato *pamphlet* di C. GALLI, l’estraneità al potere economico e a quello religioso, potrebbe far pensare al monopolio della forza appartenente all’ordine dei *bellatores*. Assai efficaci le parole L. FERRAJOLI, *Nuove massime di deontologia giudiziaria*, in *ius17@unibo.it*, 2012, 25 ss (intervento al XIX Congresso di Magistratura democratica, Roma, 31.1/2.2.2013): la prima regola di deontologia giudiziaria democratica consiste nella “consapevolezza del carattere ‘terribile’ e ‘odioso’ del potere giudiziario”. “Odioso perché, diversamente da qualunque altro pubblico potere – legislativo, politico o amministrativo – è un potere dell’uomo sull’uomo, che decide della libertà ed è perciò in grado di rovinare la vita delle persone sulle quali è esercitato”. E la sesta regola, il rispetto di tutte le parti in causa, compreso l’imputato, sia esso soggetto debole o forte: “[...] se nel momento del reato il soggetto debole è la parte offesa, nel momento del processo il soggetto debole è sempre l’imputato e i suoi diritti e le sue garanzie sono altrettante leggi del più debole.”

La attuale drammaticità della crisi economica e l'incertezza delle prospettive future, potrebbero rendere in qualche modo accettabile, ancora una volta in nome della emergenza, questo inedito riparto dei poteri?

Prendo ancora spunto dal *pamphlet* di Carlo Galli, sulle *élites* del nostro paese e sul loro rifiuto di assumere responsabilità politiche.

A proposito della magistratura non si tratta però del rifiuto di un'assunzione di responsabilità, ma del contrario: dell'assunzione di poteri, nei fatti sovraordinati e capaci di tenere perennemente in scacco gli altri poteri, a cui corrisponde un pervicace rifiuto di qualsiasi forma di controllo e di stigmatizzazione che non provengano dal proprio ordine. All'azione politica non corrisponde alcun contrappeso o verifica. E' un potere irresponsabile.

Ancora, si è sostenuto, nel deserto delle *élites* responsabili: ritorno di quelle portatrici di conoscenze, di sapere tecnico: sono indispensabili nella transizione¹¹.

Vale questo per il nostro attuale potere giudiziario?

E' una strana chimera quella che osserviamo: una tecnocrazia selezionata ancora, apparentemente, secondo un modello burocratico e giuspositivista.

Nei fatti formata, reclutata e gelosamente addestrata nelle forme di una legge che si vuole però molle cera nelle mani dei giudici: diritto vivente, dialogo diretto con le giurisdizioni-fonti sovranazionali e con le istanze sociali, messa ai margini delle interpretazioni fornite dalla Corte costituzionale. Testa e corpo di leone corrispondono a principi di cui si rivendica l'intangibilità ad ogni piè sospinto: artt. 101 e 112 Cost.

Ma quale significato possono avere quei principi senza la legge?

Ecco l'immagine della chimera. Il suo corpo rivela altri componenti che non rimandano alla forza della legge e non ne esprimono la capacità di legittimazione.

E' un paradosso identificare nel potere giudiziario una *élite* tecnica nel momento in cui si vogliono mollare tutti gli ormeggi che lo subordinavano al legislatore.

Ma l'attuale estrema debolezza di quest'ultimo ci mostra invece una singolare equiparazione tra la guida tecnica accettata sui temi economici e quella riconosciuta, o subita, dando voce decisiva ai magistrati associati, o singoli, sui provvedimenti portati dai governi in tema di giustizia.

Un potere diffuso ma coeso, che, se trova dei limiti, sono quelli che si autoimpone. Così quando si tratta di limitare una frammentazione capricciosa dell'azione politica dei singoli magistrati, si richiamano all'ordine interpretativo delle Sezioni unite¹² e si vuole ibridare il sistema, espandendo gli effetti vincolanti del precedente¹³.

¹¹ C. GALLI, *op. cit. passim*.

¹² Su questo aspetto rimando ancora al mio, *Luci ed ombre, cit.*

¹³ Fino alla equiparazione tra mutamento del "diritto vivente" e *abrogatio criminis*: prospettiva rifiutata dalla Consulta con una decisione connotata, nelle motivazioni, da una forte cifra politica. Rinvio al mio "Il severo custode della legge fondamentale", in *Crit. Dir.*, 2012, 355 ss.

3. Una nuova legittimazione dei giudici.

E' conciliabile questa realtà, "l'epoca dei giudici", con requisiti di legittimazione che si sono costruiti sulla ben diversa narrativa giuspositivistica, sulla separazione dei poteri, sulla soggezione del giudice alla legge, sulle idee della modernità, insomma?

E' per rispondere a domande di questo tipo che qualcuno, che non si è ancora imbarcato sull'allegro battello della penalistica postmoderna, cerca di individuare le chiavi interpretative, politiche e costituzionali, dei nuovi assetti di potere¹⁴.

Viene così in primo piano un elenco di fattori che non si può fingere di ignorare se si vuole seriamente immaginare una "nuova" legittimazione.

Se ciò invece avviene, se li si ignora, gli scenari sono diversi: in gioco non vi è solo la ricerca del punto di equilibrio tra disposizione e norma, dei limiti del percorso interpretativo di concretizzazione della legge, in un campo, quello penale, delimitato da principi garantistici¹⁵.

La partita diventa direttamente politica. Nei fatti, in termini di "costituzione materiale", la posta è costituita da una diversa definizione delle attribuzioni di potere.

Una "nuova" legittimazione si deve infatti confrontare: con i criteri di formazione e reclutamento basati su prove tecniche. Per decidere in base ad una legalità materiale può bastare la legittimazione di un funzionario pubblico? Con l'assenza di un serio reclutamento dalle altre professioni giuridico-forensi e una formazione gelosamente autogestita: quanti rischi questo comporta in termini di autarchica unilateralità del contributo espresso nell'individuazione dei contenuti della norma? Con la sdegnata sordità dell'attuale sistema a qualsiasi effettiva ipotesi di responsabilità professionale: ciò è conciliabile con un giudice che pretende di uscire dai confini della stretta osservanza legalistica? E' possibile porre dei limiti, e come, alla discrezionalità interpretativa?

Ancora, quanto è determinante l'irrisolta questione della mancata separazione tra requirenti e giudicanti¹⁶?

¹⁴ Penso, ad esempio, al dibattito svoltosi al convegno, *Terzo basta? La legittimazione del giudice penale nell'epoca della crisi della legalità*, organizzato dall'Unione delle Camere penali italiane e dalla camera penale locale a Firenze il 14 e il 15 dicembre 2012. Alcune relazioni (di R. BRICCHETTI, O. DI GIOVINE, G. INSOLERA, S. MOCCIA, V. VELLUZZI, N. ZANON) sono in *Criminalia*, 2012, 261 ss. E a F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. Pen.*, 2011, II, 259 ss.

¹⁵ Interessanti le osservazioni di D. PULITANÒ, *Riflessioni sul caso ILVA, e le sue conclusioni* in *ius17@unibo.it*, 2012, 151 ss. e le sue conclusioni: "Questi richiami non intendono affatto essere una critica verso la gestione giudiziaria del caso ILVA, sul cui merito ritengo doveroso non entrare. Si legano ad una riflessione d'ordine generale: i problemi di fondo della giurisdizione (della sua conformazione, del suo funzionamento, del suo rapporto con la politica) hanno a che fare con il suo carattere, ad un tempo, di istituzione di garanzia ed istituzione di potere. Fuori del paradigma del suo giudizio cognitivo su fatti avvenuti, retto dal principio dell'oltre il ragionevole dubbio, il profilo delle garanzie è più debole, e meno controllabile il potere. I problemi specifici del caso ILVA si collocano in questo campo aperto."

¹⁶ Sul versante costituzionale sono gli interrogativi posti conclusivamente da N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012 cit., 326 ss. In questi anni è stato per me molto istruttivo e fruttuoso il confronto, e la lettura dei lavori, degli studiosi raccolti nel Centro studi sull'ordinamento

Al peso assolutamente preponderante ormai assunto, in termini di penalità effettiva, personale e reale, esercitata nelle indagini preliminari¹⁷, corrisponde l'incedere di una giurisprudenza erosiva della legalità processuale¹⁸.

Ognuno degli aspetti richiamati implica questioni di ordine costituzionale. Essi sono infatti comunque riferibili all'affermarsi di una volontà politica forte e precisa. Se il potere giudiziario, nella sua autonomia e indipendenza, fa sempre più parte del sistema di governo¹⁹, ognuno di quei temi implica una ridefinizione nella attribuzione dei poteri dello Stato e della loro legittimazione.

II

1. Orientamenti della giurisprudenza

Il *menu* del postmoderno è assai ricco. Il piatto forte, ovvio, quello della interpretazione e dei suoi limiti: con accattivanti rivisitazioni del tema dell'analogia, della vincolatività del precedente fino alla sua equiparazione alla legge, dell'utilizzo disinvolto della giurisprudenza-fonte sovranazionale.

Nel rapporto tra i poteri dello Stato tutto ciò si esprime in tanti rivoli del "diritto giurisprudenziale": in alcuni casi caratterizzati dal trasparente antagonismo nei confronti delle scelte del potere legislativo, della volontà politica; altri percorsi quelli intesi a colmare vuoti, ritenuti incoerenti rispetto ad un'adeguata politica criminale; ancora i casi in cui consolidate ricostruzioni di una dogmatica liberale si ritiene che facciano sfuggire alla punizione, che valgano a far "sguizzar via dalle maglie della legge"²⁰, condotte riprovate dagli attori sociali che devono contribuire al diritto applicato.

Alla buona dogmatica giudiziaria, che rispetta il linguaggio scientifico consolidato e, talvolta, lo arricchisce²¹, se ne affianca altra, assai più diffusa, che esprime quegli intenti, anche con *revirement* giurisprudenziali rispetto alla prima²².

giudiziario della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Bologna. Penso in particolare a G. DI FEDERICO, C. GUARNIERI, F. ZANOTTI, D. PIANA e D. CAVALLINI.

¹⁷ G. INSOLERA, *Il processo lungo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 913 ss.

¹⁸ Penso, ad esempio, alla sindacabilità degli "abusi" del diritto di difesa (SS.UU. n. 155 del 2011) e, più in generale, alla costante erosione delle invalidità processuali. Cfr. R. BRICHETTI, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, cit., 2012, 261 ss. e le smaglianti considerazioni di M. NOBILI, *Torbide fonti e adorati errori*, in *Crit. Dir.* 2012 151 ss.

¹⁹ "I tribunali, da organi collocati alla periferia del sistema politico-istituzionale, incaricati di marginali vicende del crimine, sono diventati protagonisti di decisioni che riguardano la vita del Paese, dove configgono interessi fondamentali [...]". Così, di recente, L. VIOLANTE, *A proposito del caso dell'Ilva. Sequestri e garanzie. Codice da rivedere*, in *Corriere della sera*, 2 febbraio 2013, 52.

²⁰ G. MARINUCCI, *L'analogia e "la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, 1254 ss.

²¹ Della quale ci parla M. DONINI, *Legittimazione*, cit., 164.

E' da tempo che il problema è oggetto di riflessione. Ricordo ad esempio il convegno ISISC dedicato alle "Discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale" e, in tempi recenti, il dibattito su alcuni casi problematici tratti dalla giurisprudenza in punto confini tra interpretazione estensiva e analogia²³.

Oggi gli esempi mi sembra che si siano moltiplicati.

2. La prescrizione, ovvero come neutralizzare istituti sgraditi

Così si possono accorpate le topiche riconducibili ad interpretazioni volte a scongiurare l'intervento della prescrizione: soprattutto dopo la riforma del 2005, il diritto positivo viene ritenuto inadeguato a corrispondere ad esigenze di effettività punitiva. Ecco l'elaborazione della categoria dei reati a consumazione prolungata e l'allargamento del novero dei reati permanenti²⁴.

3. Analogia e altro

Esemplare il caso della corruzione in atti giudiziari susseguente²⁵.

O dell'art. 416 *ter*: se ci si concentra sulla locuzione utilizzata dal legislatore "in cambio dell'erogazione di denaro", gli orientamenti giurisprudenziali che propongono un'interpretazione del concetto di danaro che comprenda anche "altre utilità", appaiono difficilmente conciliabili con il principio di tassatività. Ma a noi interessa il percorso argomentativo, rivelatore proprio della connotazione tipica dell'interpretazione analogica vietata. Mi riferisco alla volontà di porre rimedio a lacune di tutela, di correggere i limiti del testo normativo affinché il caso non previsto non sfugga alla punizione.

E che questo sia il fondamento della prospettiva interpretativa qui criticata è reso palese, con una franchezza consentita nel maneggio del diritto penale

²² Penso, ad esempio, alla giurisprudenza di legittimità successiva alle sentenze Mannino (cfr. G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen*, 2008, 232 ss.) e Franzese (per una sintesi efficace, P. VENEZIANI, sub. Art. 40, in *Codice penale. Commentato con dottrina e giurisprudenza* (a cura di CADOPPI, CANESTRARI, VENEZIANI), Piacenza 2011, 268 ss.

²³ Gli atti sono pubblicati in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza* (a cura di STILE), Napoli, 1991. Richiamo in particolare la relazione di G. CONTENUTO su interpretazione estensiva ed analogia. Di recente il dibattito, introdotto da F. GIUNTA, *Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, 347 ss. con interventi di G. CARCATERRA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA, V. VELLUZZI su alcune topiche.

²⁴ D. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino, 2000. Un'esplorazione della legislazione complementare può riservare scoperte sul ricorso, in questa chiave, alla figura del reato permanente: penso ad esempio ai reati di contrabbando o ai reati edilizi.

²⁵ SS.UU. 25 febbraio 2010, n. 15208. Sull'argomento V. MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*, in *Dir. Pen. proc.*, 2010, 955. ss.

dell'emergenza, proprio dalla giurisprudenza che estende, nel modo indicato, il dato letterale²⁶.

Istruttiva la "pratica", ormai invalsa, di annullare qualsiasi credibile requisito strutturale che giustifichi l'autonoma punibilità dell'associazione per delinquere rispetto al concorso di persone nel reato continuato²⁷.

Sulla strada, aperta dalle SS.UU. n. 12288/2010, di progressiva equiparazione "concorrenziale" tra "diritto vivente" e legge, la vicenda (fortunatamente) conclusasi con la Sent. Cost. n. 231/2012²⁸.

E' un modo di procedere *random* il mio, che può sollecitare una casistica assai più ricca.

4. Il singolare caso della causalità omissiva.

Ma voglio concludere tornando a Marcello Gallo e alla sua ultima *Moralité*²⁹.

Ragiona dell'art. 40 cpv. e della sua natura di "norma aperta". Richiama il convincimento "che le regole giuridiche così strutturate siano di una tipicità indefinita, più vaga e fluida rispetto a quella delle regole che immediatamente e direttamente procedono alla descrizione dei fatti proibiti". Si tratta di un convincimento errato: la tipicità dei comportamenti che pongono in essere, ad esempio, un omicidio per omissione è assai più precisa e ricca di particolari rispetto a quella delle vicende imperniate sulla causalità attiva. Essa transita per corridoi obbligati costituiti dall'identificazione dell'obbligo giuridico e dalla dimostrazione della capacità impeditiva dell'evento da parte della condotta doverosa omessa.

E, a questo proposito, si conferma la buona dogmatica giudiziaria della sentenza Franzese, quando respinge l'idea di una causalità omissiva più debole e indefinita.

Ma quella della giurisprudenza in tema di accertamento della causalità omissiva si rivela una singolare vicenda.

²⁶Vedi ad es. Sez. II, 30.11.2011 n. 46922. In essa si richiama la *ratio* storica e politico criminale della nuova fattispecie, introdotta nel 1992, si dà atto di un dato relevantissimo alla luce dell'ancora vigente art. 12 delle disp. sulla legge in generale: il mancato inserimento di altre utilità oggetto della promessa invece presenti nel progetto di legge. Tutto ciò è tuttavia superabile perché altrimenti si avrebbe una "sostanziale 'sterilizzazione' del precetto, quale si realizzerebbe ove si dovesse ritenere che la condotta punibile resti integrata solo in presenza della datio di una somma di 'moneta'". Un'ulteriore conferma della evidente analogia *in malam partem*, si coglie, infine, nella recente iniziativa legislativa volta a modificare il testo vigente dell'art. 416 *ter*, con l'inserimento anche di "altre utilità" (la modifica è stata approvata dalla Camera nel luglio 2013). Si veda in proposito C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti ma con giudizio*, in [questa Rivista](#), 17 giugno 2013.

²⁷ Rinvio a G. INSOLERA, *I reati contro l'Ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti della Parte speciale*, Bologna, 2009, 268.

²⁸ Su quella decisione della Consulta, G. INSOLERA, *Il severo custode della legge fondamentale*, in *Crit. Dir.*, 2012, 355 ss. C.D.

²⁹ *Come Polonia-quasi*, in *Crit. Dir.*, 2012, 215 ss.

Alla fase che contemplava un accertamento meno stringente, meramente percentualistico, subentra quella che indica la necessità di una eguale forza dimostrativa, la divergenza tra omissivo e commissivo riguardando solo gli elementi del giudizio controfattuale, infine tendenze che, con un singolare ribaltamento, ripropongono un allentamento della dimostrazione causale sottraendo terreno alla causalità omissiva a vantaggio di quella attiva.

Le questioni si pongono sul nesso tra omissione ed evento nell'illecito colposo, con una continua comunicazione tra i profili pertinenti alla causalità e quelli riconducibili alla colpa³⁰.

Si è osservato come, nei casi in cui è inutile eliminare mentalmente la condotta del medico, mentre è necessario procedere ad una aggiunta mentale della condotta doverosa (ad esempio la terapia adeguata) dal punto di vista dogmatico si può tenere ferma la qualificazione in chiave attiva della condotta, avvertendo che tuttavia la 'componente omissiva' della colpa assurge ad un ruolo così centrale, da richiedere un accertamento in termini di certezza della capacità impeditiva del comportamento alternativo lecito.

A questa raffinata e tutto sommato prudente indicazione della dottrina, hanno corrisposto elaborazioni giurisprudenziali intese invece a superare, in una logica opposta, lo scoglio, pertinente proprio alla ricostruzione della causalità della omissione, costituito dall'accertamento della evitabilità dell'evento³¹.

In breve questi i termini della questione nel primo caso (responsabilità dello psichiatra curante per la condotta eterolesiva del paziente): "il mutamento incongruo della terapia", è consistito nella riduzione e quindi nella temporanea sospensione della terapia neurolettica che da quindici anni "controllava" l'aggressività del paziente. Il giudizio controfattuale sulla base del quale individuare il nesso causale dovrebbe "aggiungere" nella sequenza la somministrazione del farmaco che, si sostiene, aveva condotto a compensare il malato per lungo tempo.

La sentenza invece qualifica in termini attivi la condotta (confinando, in campo medico, la causalità omissiva ai soli casi di omissione di cura o di rifiuto di ricovero)³².

Ciò rende irrilevante la risposta al quesito se l'evento avrebbe potuto verificarsi egualmente continuando a somministrare la dose consueta di neurolettico. Dato assai rilevante, nell'ambito della causalità omissiva: in sentenza si dà atto infatti che episodi di rottura e scompenso si erano verificati anche durante i quindici anni di assunzione del neurolettico nella quantità ritenuta adeguata (dalla sentenza di I grado risulta un episodio assai significativo)³³: per condannare in base all'art. 40 cpv., sarebbe occorsa,

³⁰ Diffusamente M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l' "aumento del rischio"*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1999, in particolare 49 ss.

³¹ Mi riferisco, ad esempio, a Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, Pozzi, n. 10795 e 29 aprile 2009, Cipiccia, n. 26020.

³² Prospettiva rinvenibile in M. DONINI, *op. ult. cit.*, 59.

³³ Trib. Bologna-Ufficio GIP, sent. 5 novembre 2005-27 gennaio 2006, inedita: "Assai rilevante in quanto sintomatica di una aggressività fino in fondo mai sedata, è l'annotazione datata 2 ottobre 1999 (il giorno successivo alla formale presa in carico del paziente da parte del Pozzi): 'oggi a tavola Pezzi (altro ospite

quindi, una valutazione, alla luce delle evidenze disponibili, della capacità impeditiva del comportamento omesso. La causalità commissiva ha reso superfluo questo passaggio.

Molto espliciti i passaggi nella citata sentenza del 2009 che richiama la più prudente letteratura che ho ricordato: è sempre attiva la condotta del medico (ma non solo) che ha introdotto nel quadro clinico un fattore di rischio poi effettivamente realizzatosi. Omissiva sarebbe solo la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente.

Se la causalità è attiva, irrilevante diviene pertanto la dimostrazione della sussistenza dell'obbligo giuridico e della capacità impeditiva del comportamento omesso.

Si ripropone anche in questo caso un motivo ricorrente: di fronte alla debolezza del paradigma causale è la stigmatizzazione della incapacità professionale, la colpa, a "riempire" il giudizio di responsabilità: la dimostrazione della causalità naturalistica rifluisce è, normativizzata, nella colpa.

Un percorso coerente con istanze di difesa sociale delle quali il potere giudiziario si fa portatore, talvolta, occorre dirlo, seguito da sempre più sofisticate elaborazioni dottrinali, a discapito di fondamentali esigenze di legalità nella ricostruzione del fatto reato.

In questa traiettoria la recente, tanto discussa, decisione del Tribunale dell'Aquila nel processo contro gli appartenenti alla Commissione Grandi rischi (in realtà anche contro i sismologi che si trovarono a partecipare alla riunione del 31 marzo 2009).

Breve: la configurazione in termini attivi della condotta "comunicativa" tranquillizzante, posta in essere dagli imputati consente al Tribunale di eludere la questione di un obbligo impeditivo in capo ai partecipanti alla riunione (salvo ipotizzare comunque, e anche in capo agli esperti presenti non appartenenti alla Commissione, una posizione di garanzia "di fatto"), ma soprattutto lo esime dalla precisa identificazione delle modalità della condotta informativa nei confronti della popolazione, che avrebbe "con elevata credibilità razionale", evitato l'evento. La causalità commissiva, accertata su base reale *ex art. 40, 1° comma*, è così verificata "attraverso le testimonianze dei parenti e degli amici delle vittime, se in assenza della condotta commissiva colposa posta in essere dagli imputati, l'evento lesivo si sarebbe egualmente verificato in termini di certezza o di elevata credibilità razionale" (p. 394).

I casi richiamati ci parlano di una "dogmatica giudiziaria" animata dall'intento di non far "sguizzar via dalle maglie della legge", condotte riprovate dagli attori sociali che si vuole contribuiscano al diritto applicato. E' questa una dogmatica che strizza

della comunità, n.d.r.), in uno dei suoi *raptus*, ha minacciato con un pugno chiuso e ripetutamente Musiani, il quale con fare repentino portava il coltello, con il quale stava tagliando la carne, tra le sue gambe [...]. Non ci è sfuggita la mossa repentina. Ce lo siamo fatto consegnare immediatamente [...]. Alle nostre domande sul suo gesto, Giovanni ha risposto in modo consapevole che lo avrebbe usato, il coltello, come arma di difesa, nel caso che Pezzi lo avesse aggredito." (p. 8 dattiloscritto).

l'occhio ad una letteratura penalistica che, a volte, forse, è frantesa, altre volte è più realista del re, nel dare soddisfazione ad istanze punitive della giurisprudenza.

E questo capita quando si propone di estromettere dalla meccanica dell'art. 40 cpv. la dimostrazione della capacità impeditiva del comportamento omesso. Quest'ultimo elemento andrebbe ricercato e dimostrato solo in riferimento al nesso tra colpa ed evento: ma, vertendosi, in caso di omissione, in un giudizio meramente prognostico, esso potrà esprimersi in termini solo probabilistici, di mera idoneità impeditiva. Sottratto il giudizio sulla capacità impeditiva alla causalità, il giudice potrà condannare anche non oltre il ragionevole dubbio, per la sottrazione al paziente di *chances* significative di conseguire l'obbiettivo terapeutico³⁴.

³⁴F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2009, 1707 ss.