

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



4/2023

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Riscato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2023 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

| | | |
|--|--|----|
| GUERRA E DIRITTO PENALE | La criminologia della guerra e la politica criminale dell'Unione Europea | 1 |
| <i>GUERRA Y DERECHO PENAL</i> | <i>La criminología de la guerra y la política criminal de la Unión Europea</i> | |
| <i>WAR AND CRIMINAL LAW</i> | <i>The Criminology of War and the Criminal Policy of the European Union</i> | |
| | Luis Arroyo Zapatero | |
| INTERPRETAZIONE E DIRITTO PENALE | L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. | 16 |
| <i>INTERPRETACIÓN Y DERECHO PENAL</i> | Alcune vicende esemplari | |
| <i>INTERPRETATION AND CRIMINAL LAW</i> | <i>La interpretación judicial debe mirar más allá de la solución del caso concreto.</i> | |
| | <i>Algunos casos ejemplares</i> | |
| | <i>Judicial Interpretation Must Look Beyond the Solution to the Specific Case.</i> | |
| | <i>Some Exemplary Cases</i> | |
| | Giovanni Cocco | |
| | Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea | 31 |
| | <i>Nuevos problemas y nuevas soluciones para el derecho penal contemporáneo</i> | |
| | <i>New Problems and New Solutions for Contemporary Criminal Law</i> | |
| | Massimo Vogliotti | |
| | L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale" delle norme penali di favore | 54 |
| | <i>La analogía in bonam partem en el derecho penal. Una reflexión sobre la naturaleza "excepcional" de las normas penales favorables</i> | |
| | <i>Analogy in Bonam Partem in Criminal Law. A Reflection on the "Exceptional" Nature of Favorable Criminal Laws</i> | |
| | Roberto D'Andrea | |

| | | |
|---|---|-----|
| DIRITTO PENALE E PRINCIPI FONDAMENTALI <i>DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALS</i> <i>CRIMINAL LAW AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES</i> | <hr/> “Le radici profonde non gelano”: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto <i>Las raíces profundas no se congelan: las manifestaciones fascistas bajo la lupa de las Secciones Unidas. Entre historia y derecho</i> <i>Deep Roots Don't Freeze: Fascist Manifestations Under Review by the Cassation Joint Criminal Branches. Between History and Law</i> Alessandro Tesauro | 81 |
| | <hr/> A Critical Analysis of the “New” ‘Ergastolo Ostativo’ in Light of ECTHR’s Jurisprudence <i>Un’analisi critica del “nuovo” ergastolo ostativo alla luce della giurisprudenza della Corte EDU</i> <i>Un análisis crítico de la nueva “prisión perpetua optativa” a la luz de la jurisprudencia del TEDH</i> Francesco Saccoliti | 115 |
| NOTE A SENTENZA <i>COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA</i> <i>NOTES ON JUDGMENTS</i> | <hr/> La corruzione in atti giudiziari del testimone nel caso ‘Ruby-ter’. Vecchie soluzioni per vecchi problemi <i>Manipulación de testigos en el caso ‘Ruby-ter’. Soluciones antiguas para problemas antiguos</i> <i>Witness Tampering in the ‘Ruby-ter’ Case. Old Solutions for Old Problems</i> Anna Pampanin | 138 |
| QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE <i>CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL</i> <i>ISSUES IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW</i> | <hr/> L’art. 558 bis c.p.p. e la competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari <i>La competencia funcional en el juicio inmediato ante el tribunal unipersonal por delitos sujetos a citación directa a juicio</i> <i>Immediate Trial in Proceedings Before a Single Judge Court. The Functional Competence of the Judge for Preliminary Investigations</i> Teresa Bene | 154 |

INTERPRETAZIONE E DIRITTO PENALE

INTERPRETACIÓN Y DERECHO PENAL

INTERPRETATION AND CRIMINAL LAW

- 16 **L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto.
Alcune vicende esemplari**
*La interpretación judicial debe mirar más allá de la solución del caso concreto.
Algunos casos ejemplares*
*Judicial Interpretation Must Look Beyond the Solution to the Specific Case.
Some Exemplary Cases*
Giovanni Cocco
- 31 **Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea**
Nuevos problemas y nuevas soluciones para el derecho penal contemporáneo
New Problems and New Solutions for Contemporary Criminal Law
Massimo Vogliotti
- 54 **L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale"
delle norme penali di favore**
*La analogía in bonam partem en el derecho penal. Una reflexión sobre la naturaleza "excepcional"
de las normas penales favorables*
*Analogy in Bonam Partem in Criminal Law. A Reflection on the "Exceptional"
Nature of Favorable Criminal Laws*
Roberto D'Andrea

L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. Alcune vicende esemplari

La interpretación judicial debe mirar más allá de la solución del caso concreto. Algunos casos ejemplares

Judicial Interpretation Must Look Beyond the Solution to the Specific Case. Some Exemplary Cases

GIOVANNI COCCO

*Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Padova
giovanni.cocco@unipd.it*

INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE,
DIRITTO PENALE COMPARATO

INTERPRETACIÓN LEGAL,
DERECHO PENAL COMPARADO

LEGAL INTERPRETATION,
COMPARATIVE CRIMINAL LAW

ABSTRACTS

Il saggio propone – con l'approfondimento di alcuni casi esemplari, statunitensi e italiani – la regola interpretativa secondo cui i giudici debbono guardare oltre i casi concreti di volta in volta esaminati verso l'intera classe dei casi delimitati dalla descrizione legislativa per attribuire al testo normativo un significato preciso che consenta la soluzione corretta del caso e si proponga come valido precedente per le decisioni future.

El ensayo propone, a través del análisis de algunos casos ejemplares, tanto estadounidenses como italianos, la regla interpretativa según la cual los jueces, en lugar de mirar exclusivamente los casos específicos examinados en cada momento, debieran tener en consideración toda la clase de casos delimitada por la descripción legislativa, para así atribuir al texto normativo un significado preciso que permita la solución correcta del caso y sirva como precedente válido para futuras decisiones.

The essay proposes – through the analysis of some exemplary cases, both American and Italian – the interpretative rule according to which judges must look beyond the specific cases examined from time to time towards the entire class of cases delimited by legislative description to attribute to the legal text a precise meaning that allows the correct solution of the case and serves as a valid precedent for future decisions.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. La emblematica esperienza statunitense della frode in servizi onesti. Da Margiotta v. United States (1983) a Skilling v. United States (2010). – 3. La emblematica esperienza statunitense della frode in servizi onesti. La decisione della Corte Suprema USA Percoco v. United States (2023). – 4. Alcuni casi esemplari italiani. Le peculiarità del concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta. – 5. Alcuni casi esemplari italiani. La "prostituzione" minorile. – 6. Conclusioni.

1.

Introduzione.

Nell'ambito della ricostruzione delle regole interpretative in materia penale proprie dello stato di diritto e della *rule of law*, in conformità al principio di legalità, declinato come riserva di legge, tassatività e determinatezza, in particolare marcando la differenza con la *common law*¹, può porsi la regola secondo la quale il giudice, quando ricerca il principio in diritto utile per la decisione, non solo deve interrogarsi sulle finalità legislative², ma deve anche seguire la logica del legislatore, cioè, deve guardare oltre il caso al suo esame verso l'intera classe di casi delimitati dalla descrizione legislativa³, affinché la sua interpretazione attribuisca un significato al testo normativo in grado di renderlo più preciso e determinato ovvero certo in termini generali e astratti⁴. Insomma, nello stato di diritto la interpretazione giudiziale non è la ricerca di un principio che, specificando la legge, si accontenti di risolvere il caso concreto nei termini ritenuti corretti, ma è l'individuazione di un principio che, oltre a consentire la soluzione corretta del caso *sub iudice*, costituisca un valido precedente per le decisioni future, puntualizzando l'ambito del penalmente rilevante. Procedendo nel percorso dalla casistica alle regole che ha segnato il superamento dell'*Ancien Régime*⁵.

Pur non essendo molto dissimile, in sostanza, dalla definizione di precedente della *common law*⁶, l'assunto si oppone all'affermazione della creatività della giurisdizione che procede dal carattere di *case law* del diritto giurisprudenziale vivente affermatosi in Italia negli anni Duemila⁷, che non pare in sintonia (oltre che con i nostri valori in materia penale) con l'esemplare progredire della elaborazione statunitense, che all'epoca il *case law* abbandonava⁸, mentre da noi si guardava come chiave di lettura della contemporaneità a un diritto ormai moribondo.

In estrema sintesi, parimenti, l'assunto pare porsi in contrasto con la affermazione, da un lato, aristotelica, e, dall'altro, gadameriana, dell'equità in contrapposizione alla legge generale e astratta, vista come una «lacuna» o «insufficienza», o addirittura un'«omissione», un «errore», o una manchevolezza; cosicché, della legge, l'equità sarebbe «un correttivo» o «un mezzo di completamento» o «un perfezionamento creativo»⁹. Si tratta, in particolare, del coerente superamento (anche logico, confermato dall'esperienza statunitense) dell'argomento aristotelico-tomista dell'equità che giustificava nell'antico regime la giurisprudenza creatrice, contro cui si opposero gli illuministi¹⁰, che, in definitiva, segna la nascita del diritto penale liberale.

In altre parole, il principio utilizzato per la decisione non deve essere, per ampiezza e inde-

¹ Affronto il tema nei recenti saggi: Cocco (2023e); Cocco (2023a). Per la base di tutte le riflessioni sull'interpretazione rinvio a Cocco (2023b), pp. 1398 ss. In tali scritti sono contenuti ampi riferimenti a letteratura e giurisprudenza (anche statunitense) implicitamente richiamate nel presente.

² Come sottolineato in particolare nel saggio Cocco (2023e), loc. cit.

³ Non si può non convenire con MANZINI (1920), p. 234, n. 137, quando contesta a FERRI, (1928), pp. 184 ss. (ampi stralci del § 45, su *Interpretazione della legge penale*, in *DPUomo* 14.4.2021) di confondere interpretazione con applicazione, perché quest'ultimo afferma che il giudice «deve dare a tale norma un'interpretazione restrittiva, cioè più favorevole, all'imputato, quando si tratti dei delinquenti meno pericolosi ed una interpretazione estensiva, cioè più favorevole alla difesa sociale, quando si tratti dei delinquenti più pericolosi».

⁴ Il principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge (che ho approfondito nel saggio Cocco (2023e), cit., a cui rinvio per i riferimenti dottrinali) passa attraverso la individuazione di vincoli interpretativi per il giudice (tra i tanti, in sintesi, HASSEMER (1992), pp. 199 ss.) uno dei quali sottolineo in questo saggio.

⁵ Una interessante recente lettura storica in PIFFERI (2023), pp. 401 ss., che si misura con il pensiero di Filangieri (su cui anche Cocco (2016), pp. 9 ss.). Sul concetto di caso la originale riflessione di DI MARTINO (2020), pp. 357 ss.

⁶ Cfr. DAMOSSO (2022), pp. 24 ss., che riprende la definizione di SALMOND (1901), p. 174.

⁷ Pur magistralmente proposta da GALGANO (2005), p. 154.

⁸ V. Cocco (2023e), loc. cit.

⁹ Per una sintesi critica di tali posizioni v., per tutti, FERRAJOLI (2016), p. 28.

¹⁰ V. una ricostruzione in Cocco (2016), in part. §§ 2 e 3. La critica pare potersi estendere, *mutatis mutandis*, agli studiosi contemporanei per i quali nessuna regola potrebbe essere interpretata prima, e al di fuori, della sua applicazione ai casi (tra gli altri, pur con differenti accenti, CARLIZZI (2010), pp. 92 ss.; DI GIOVINE (2006), pp. 18 ss., cap. II e III, e pp. 253 ss.; FIANDACA (2001), pp. 353 ss.; VOGLIOTTI (2011), pp. 53 ss.; VOGLIOTTI (2015), pp. 131 ss., pp. 162 ss.; nonché TRAPANI (2017), spec. p. 17; e RONCO (2006), pp. 693 ss.). Cenni critici su tali posizioni anche in DONINI (2018), pp. 86 ss..

terminatezza, che comunemente l'adattabilità al caso concreto non evidenzia, tale da gettare un'ombra su altre attività estranee alla sfera dell'illecito, con l'effetto di comportare, come si sottolinea ¹¹, il rischio di una definizione del reato che si presti a future decisioni individualizzate e non disinteressate, sul piano politico, economico, sociale, culturale, etc.; ma, soprattutto, non deve essere l'effetto della creazione di una norma strettamente legata al caso e, dunque, *ad personam* che viola alla radice lo stesso concetto di legge, destinata ad alimentare ulteriori innovazioni su altri fatti, implicando un carattere aperto, flessibile, progressivo, contrario agli appropriati vincoli dello Stato di diritto sull'uso delle sanzioni penali

Siffatte interpretazioni, con l'ampliamento non ponderato della responsabilità penale, oltre a generare procedimenti penali di estrema incertezza e onerosità, si riverberano spesso, per non dire sempre, in termini negativi sui diritti di libertà dei cittadini e sullo svolgimento di attività socialmente utili, da quella politica a quella economica. D'altra parte, la usuale pretesa, che ne è alla base, di colmare lacune legislative non solo non le giustifica perché viola la divisione dei poteri, ma è anche deprecabile sul piano politico-criminale, a maggior ragione in presenza dell'evidente eccesso dell'uso del diritto penale che caratterizza l'attuale situazione degli ordinamenti penali dei paesi liberaldemocratici.

Insomma, l'interpretazione della fattispecie incriminatrice deve essere capace di offrirne una lettura che escluda ambiguità puntualizzandone i contorni e, perciò, eviti per il futuro abusi, non deve quindi essere rivolta alla mera soluzione del caso concreto, la cui correttezza altrimenti potrebbe darle una apparente legittimazione, sebbene in realtà, oltre a essere *ad personam* e dunque in violazione del principio di eguaglianza, per la sua limitata prospettiva potrebbe non garantire una puntuale e omogenea applicazione della legge.

È nota la reciproca interdipendenza nel processo tra l'operazione diretta a ricostruire il fatto e quella che ha a oggetto la qualificazione giuridica dello stesso, a cui fanno riferimento alcune teorizzazioni proposte dai processualisti ¹². È chiaro però che, qualunque utilizzo si voglia fare di siffatta constatazione, per le regole dello stato di diritto la interpretazione della legge non può essere forzatamente adattata al fatto, come invece in qualche misura consente la logica della *common law*, quanto meno secondo la classica lettura di Blackstone ¹³, sempre pronta strutturalmente a riconoscere l'erroneità della scoperta e della dichiarazione del diritto da parte del giudice del singolo caso (il precedente di *common law*) ¹⁴.

2.

La emblematica esperienza statunitense della frode in servizi onesti. Da *Margiotta v. United States* (1983) a *Skilling v. United States* (2010).

In questa prospettiva mi appare assumere un significato esemplare la vicenda giudiziaria statunitense in materia di frode postale c.d. "in servizi onesti" (*honest-services fraud*) (18 USC § 1841), ovvero che priva l'ente governativo competente (e quindi, per estensione, il pubblico) del diritto a ricevere servizi onesti. Vicenda recentemente conclusasi (ma non è detta l'ultima parola), in cui si susseguono per quarant'anni discordanti interpretazioni, a partire dalla decisione della Corte d'appello Secondo circuito, *United States v. Margiotta* del 1982 ¹⁵, che applica la previsione della frode postale alla lesione con siffatto mezzo del diritto dei cittadini al buon governo (c.d. *frode in servizi onesti*) - fino ad allora applicata ai soli pubblici funzionari ¹⁶ - a un privato cittadino, influente politico, che partecipa in modo sostanziale all'attività di governo,

¹¹ JEFFRIES (1985), pp. 220-221, pone l'accento su tale aspetto.

¹² UBERTIS (1979), pp. 25 ss.; MAZZARESE (1992), pp. 294 ss.; VOGLIOTTI (2007), pp. 54 ss.; ORLANDI (2007), pp. 3 ss.; QUATTROCOLO (2011), pp. 61 ss.; CASSIBBA (2016), pp. 66-67.

¹³ BLACKSTONE (1765-1769), pp. 70-71.

¹⁴ Approfondisco il tema in Cocco (2023e), loc. cit.. In argomento, in una differente prospettiva, cfr., recentemente, CATERINI e ZINGALES (2023), p. 6.

¹⁵ United States Court of Appeals, Second Circuit, *United States v. Margiotta* (27.7.1982), 688 F.2d 108. La Suprema Corte USA rifiutò di rivedere detta decisione [cert. denied, 461 U.S. 913 (1983)].

¹⁶ La stessa rilevanza penale della frode (postale) ai cittadini del loro diritto al buon governo, affermata dalla giurisprudenza precedente alla decisione Margiotta del 1982 con riguardo ai pubblici funzionari, appare di per sé molto discutibile per la sua indeterminazione (cfr., tra gli altri all'epoca, GRAY (1980), pp. 562 ss.), come poi affermato dalla Corte Suprema USA, *McNally v. United States* (24.6.1987), 483 U.S. 350 ss. (v. avanti, in questo par.), nonché dall'opinione del giudice Gorsuch in Corte Suprema USA, *Percoco v. United States* (11.5.2023), No. 21-1158 (v. *infra*, par. seg.).

a cui si attribuisce il dovere fiduciario verso la generalità della cittadinanza di non privarla di alcuni diritti politici intangibili¹⁷. Il fatto imputato al privato consiste nell'aver influenzato scelte della amministrazione pubblica, favorendo interessi privati o comunque ad essa estranei, in particolare, con l'indicazione ai funzionari pubblici, sui quali il privato ha influenza per il suo ruolo politico, di un broker per le assicurazioni dei beni della città e della contea in cui opera, broker che poi trasferisce parte delle provvigioni a soggetti terzi indicati dal politico, nonché condizionando assunzioni e promozioni di dipendenti pubblici nell'ambito della pubblica amministrazione locale.

Il punto interessante ai nostri fini della decisione non concerne tanto il difetto di prevedibilità (o del giusto avvertimento) per l'agente della rilevanza penale del suo comportamento, la cui sussistenza potrebbe essere argomentata sulla base del comportamento tenuto non certamente ortodosso, quanto l'ampiezza del suo raggio d'azione come precedente. La decisione Margiotta abbandona la limitazione della responsabilità per frode in servizi onesti ai pubblici funzionari per estenderla a quei soggetti politicamente importanti servendosi delle "linee guida" dell'affidamento che i terzi fanno sull'agente a causa di una relazione speciale con il governo e del controllo di fatto delle decisioni di governo, caratteri molto generici e ampi attribuibili a chiunque abbia un ruolo politicamente importante, che accomuna i politici di ogni colore e, tra gli altri, i sindacalisti¹⁸.

Il risultato è una prospettiva estremamente mal definita di responsabilità penale concernente influenti cittadini privati la cui partecipazione alla vita politica si presenti al di sotto degli standard della corretta educazione civica¹⁹.

L'opinione dissenziente dal giudice Winter evidenzia, infatti, che la decisione trasforma la frode postale in «un divieto assoluto di falsità politica», poiché è sufficiente perché sussista la responsabilità penale l'uso della corrispondenza per scopi politici da parte di un soggetto sufficientemente importante da essere trattato come un fiduciario e l'omissione da parte sua della rivelazione di un fatto materiale noto, ovvero è sufficiente che un leader politico sostenga il candidato meno qualificato perché promette di collaborare con l'organizzazione del partito se tale fatto non venga reso pubblico.

Viene fornita, insomma, una interpretazione della fattispecie incriminatrice (evidentemente determinata dalla figura dell'accusato) incapace di escludere ambiguità e, perciò, di evitare per il futuro abusi e che produce un ampliamento indeterminato della responsabilità per frode postale tale da incidere negativamente sullo svolgimento di una attività socialmente utile quale quella politica, oltre a generare procedimenti penali di estrema incertezza e onerosità²⁰, in assenza oltretutto di una effettiva carenza di tutela contro i comportamenti più insidiosi dei privati²¹.

In definitiva, si evidenzia un *errore cruciale* costituito dall'incapacità di valutare i pericoli della reintroduzione giudiziaria della metodologia della *common law*, strettamente legata al caso, così offendendo in modo significativo e in gran parte inutile i valori della *rule of law*²².

Dalla decisione *Margiotta* del 1983 si avvia negli U.S.A. una vicenda giurisprudenziale e legislativa che presenta profili di grande interesse e attualità. Pochi anni dopo, con la decisione sul caso *McNally* del 1987²³, la Corte Suprema USA - essenzialmente mossa da preoccupazioni di indeterminatezza²⁴ - nega radicalmente la legittimità allo stesso concetto di frode (postale) in servizi onesti, evidenziando che il §1341 protegge «chiaramente i diritti di proprietà» e non tutela interessi più astratti come il diritto a un «onesto governo»²⁵. Invita pertanto il Congresso, laddove intenda estendere la tutela della legge a qualcosa di più dei soli diritti di proprietà, a «parlare più chiaramente di quanto ha fatto».

Il Congresso risponde immediatamente introducendo nel 1988 la previsione del 18 U.S.C.

¹⁷ L'accusa per frode postale concerne specificamente l'utilizzo di detto mezzo privando i cittadini del diritto a che i loro affari siano condotti «onestamente, imparzialmente, liberi da concussione, corruzione, frode, disonestà, parzialità e inganno», nonché del diritto alla partecipazione «onesta e fedele» del Margiotta alle loro vicende.

¹⁸ V. COFFEE (1981), pp. 117 ss., in part. pp. 144 ss..

¹⁹ Cfr. JEFFRIES (1985), pp. 220 ss..

²⁰ JEFFRIES (1985), loc. cit.

²¹ Si sottolinea, infatti, che non contengono significative lacune di tutela l'insieme delle leggi esistenti contro la corruzione, l'estorsione, le false dichiarazioni e l'ostruzione alla giustizia, nonché la stessa applicazione della teoria della frode postale in servizi onesti ai pubblici agenti (v. GRAY (1980), pp. 562 ss.).

²² Cfr. JEFFRIES (1985), loc. cit.

²³ Corte Suprema USA, *McNally v. United States* (24.6.1987), 483 U.S. 350.

²⁴ Corte Suprema USA, *McNally v. United States*, 483 U.S. 360.

²⁵ Corte Suprema USA, *McNally v. United States*, 483 U.S. 355, 356.

§1346, la quale prevede che il termine «sistema o artificio per frodare», che appare sia nel §1341 (frode postale) che nel §1343 (frode via cavo), «comprende un sistema o artificio per privare altri del diritto intangibile a servizi onesti»²⁶. La nuova legge dissipa ogni dubbio sulla volontà del Congresso di tutelare il diritto a «servizi onesti» con le norme sulle frodi postali e sulle frodi via cavo, ma non affronta la preoccupazione della decisione *McNally v. United States* relativa alla indeterminatezza della frase «frode in servizi onesti». Niente, infatti, nella nuova legge tenta di determinare quando sorga il dovere di servizi onesti, quali fonti di legge creino tale dovere o in che cosa consista la sua violazione. Né la nuova legge fa riferimento ad alcuna parte del codice penale federale che possa chiarire il concetto.

Ma la storia prosegue. Vent'anni dopo, nel caso *Skilling* del 2010²⁷, la Corte Suprema USA respinge la contestazione di indeterminatezza del §1346 e chiarisce, in uno sforzo di delimitazione della fattispecie, che «il diritto intangibile a servizi onesti» ivi previsto²⁸ si riferisce a «sistemi fraudolenti per privare altri di servizi onesti attraverso tangenti o mazzette fornite da una terza parte che non è stata ingannata»²⁹, ritenendo che chi attui tali sistemi abbia ragioni sufficienti per sapere che la condotta è vietata.

Peraltro, si tratta di una decisione a maggioranza: i giudici Scalia, Kennedy e Thomas non aderiscono al *salvataggio* della previsione operata dalla maggioranza e considerano la decisione *Skilling* come un atto «non di interpretazione ma di invenzione» (“not interpretation but invention”). In particolare, escludono che la legge limiti alla presenza di tangenti o bustarelle le violazioni del dovere di servizi onesti, rilevando che nessun tribunale di grado inferiore ha in precedenza così limitato il concetto, e negano, comunque, che il potere giudiziario possa «sostituire un vago standard penale adottato dal Congresso con uno più ristretto (incluso in quello vago)»³⁰. Per altro verso, i giudici dissenzienti evidenziano che la decisione non risolve l'indeterminatezza più grave della teoria della frode in servizi onesti, poiché non viene spiegato quali siano i tipi di rapporto fiduciario sufficienti a far sorgere un dovere di servizi onesti, in particolare quali soggetti vi siano tenuti (agenti governativi o anche privati che contraggono con il pubblico o chi comunque abbia una sorta di responsabilità fiduciaria nei confronti di altri come un dirigente d'azienda) e quali siano le fonti normative del dovere fiduciario.

3. La emblematica esperienza statunitense della frode in servizi onesti. La decisione della Corte Suprema USA *Percoco v. United States* (2023).

Tuttavia, nemmeno lo sforzo della decisione *Skilling* di delimitare la fattispecie incriminatrice appare decisivo nella recente vicenda che vede accusato Joseph Percoco, tra l'altro, di associazione a delinquere finalizzata a commettere frode telematica in servizi onesti ai sensi dei 18 U.S.C. §§1343, 1346 e 1349, a causa della sua interferenza, nel breve periodo in cui è privo di un ruolo pubblico, nei rapporti tra un privato ed un ente pubblico.

Percoco è vice-segretario esecutivo del governatore di New York Andrew Cuomo dal 2011 al 2016, posizione che gli conferisce un'ampia sfera di influenza sul processo decisionale statale. Nel 2014, per un breve periodo di otto mesi, Percoco si dimette dal servizio governativo dovendo gestire la campagna di rielezione di Cuomo, riletto il quale riassume nel dicembre 2016 il ruolo pubblico precedente. Nel breve periodo da privato Percoco accetta pagamenti per un totale di 35.000 dollari per assistere una società di sviluppo immobiliare nei suoi rapporti con l'agenzia statale *Empire State Development (E.S.D.)* ed accade che - il giorno successivo all'esortazione di Percoco, rivolta a un alto funzionario dell'*E.S.D.*, a rinunciare a richiedere alla società assistita la stipula con i sindacati locali di un “accordo di pace sul lavoro” quale condizione per ricevere finanziamenti statali - l'*E.S.D.* informi detta società che l'accordo

²⁶ La previsione, introdotta il 18.11.1988, recita: «For the purposes of this chapter, the term “scheme or artifice to defraud” includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services».

²⁷ Corte Suprema USA, *Skilling v. United States* (24.6.2010), 561 U.S. 358.

²⁸ Che la Corte Suprema USA, *Skilling v. United States*, cit., esclude possa essere ritenuto indeterminato a causa di alcune decisioni precedenti alla citata decisione *McNally*.

²⁹ Corte Suprema USA, *Skilling v. United States*, cit., 561 U.S. 404: «fraudulent schemes to deprive another of honest services through bribes or kickbacks supplied by a third party who had not been deceived»; inoltre, 407, 410, 412.

³⁰ Corte Suprema USA, *Skilling v. United States*, cit., 561 U.S. 422, 423: opinione di Scalia.

non è più necessario.

Percoco subisce, dunque, una condanna in primo grado sulla base dell'indicazione alla giuria che l'accusato avrebbe dovuto fornire servizi onesti al pubblico durante il periodo in cui non prestava servizio come pubblico agente qualora la giuria concluda, in primo luogo, che «dominava e controllava qualsiasi attività governativa» e, in secondo luogo, che «le persone che lavoravano nel governo in realtà contavano su di lui a causa del rapporto speciale che aveva con il governo».

Nel 2021, la Corte d'appello U.S.A., Secondo circuito, conferma la condanna affermando che il Congresso con la previsione del 1988 sopra citata ha effettivamente ripristinato i principi della nota decisione *Margiotta* del 1983³¹.

Infine, la decisione della Corte Suprema U.S.A. *Percoco v. United States*, No. 21-1158, dell'11.5.2023, estensore il giudice Alito - pur non accogliendo l'argomentazione del ricorrente Percoco³², che nega la possibilità che un privato cittadino possa essere condannato per aver privato il pubblico di servizi onesti - esclude, tuttavia, che «il dovere immateriale di servizi onesti» codificato nel §1346 si estenda a tutti i privati³³. In particolare, in primo luogo, afferma l'erroneità delle istruzioni date alla giuria nel giudizio di primo grado, basate sulla *teoria Margiotta*, perché il criterio ricavato dalla decisione *Margiotta* è troppo vago e implica che il pubblico abbia diritto ai servizi onesti di un privato ogni volta che il peso di quel privato supera una soglia mal definita. Inoltre, afferma - richiamando il proprio precedente *McDonnell v. United States* del 2016³⁴, che a sua volta rinvia alla sopra citata decisione *Skilling*³⁵ - che le istruzioni alla giuria non hanno definito il diritto intangibile a servizi onesti «con sufficiente chiarezza affinché la gente comune possa capire quale condotta è vietata» o «in un modo che non incoraggi un'applicazione arbitraria e discriminatoria»³⁶.

La decisione *Percoco* evidenzia che la decisione *Margiotta* fissa un limite basso per la rilevanza penale del comportamento del privato, vale a dire il punto oltre il quale l'influenza di un imputato supera la «partecipazione minima ai processi di governo». Nota, peraltro, che le istruzioni date dal primo giudice nel caso Percoco richiedono qualcosa di più, vale a dire la prova del «dominio», ma si chiede cosa significhi ciò in termini concreti, se sia sufficiente che un funzionario eletto segua quasi sempre le indicazioni di un consigliere politico di lunga data, o che un funzionario si affidi fortemente alle raccomandazioni proposte da un predecessore, un familiare o un vecchio amico molto rispettato, concludendo per l'indeterminatezza del criterio.

Il Governo U.S.A. non difende, d'altra parte, le istruzioni date alla giuria in questione come esatta affermazione della legge, ma sostiene che l'imprecisione delle istruzioni costituiscono un errore irrilevante, precisando che un privato ha il dovere di fornire servizi onesti in due circostanze specifiche: «quando la persona è stata selezionata per lavorare per il governo» in futuro, nonché «quando la persona esercita (di fatto) le funzioni di una posizione governativa con l'acquiescenza del personale governativo interessato». Par contro, della prima circostanza la Corte Suprema evidenzia l'estraneità alle istruzioni date alla giuria, mentre alla seconda obietta di riaffermare la errata interpretazione della legge della decisione *Margiotta*.

In conclusione, la Suprema Corte annulla la decisione della Corte d'appello, con rinvio ad un nuovo giudizio che si esprima coerentemente con l'opinione espressa.

L'opinione del giudice Gorsuch³⁷, pur concordante con la decisione, è ancora più netta, perché reputa che nessun tipo di istruzione alla giuria possa migliorare le cose, in quanto «ad oggi, nessuno sa cosa comprenda la "frode in servizi onesti"». Gorsuch ripercorre la storia della frode in servizi onesti risalente ai primi anni '40, quando un gruppo di tribunali di grado inferiore iniziarono a forzare la frase «sistema o artificio per frodare» della legge federale sulle frodi postali (18 USC §1341), ed afferma che, pur essendo compreso da tutti che la frase riguarda

³¹ United States Court of Appeals, Second Circuit, *United States v. Percoco et al* (8.9.2021), 13 F. 4th 180, 196: «Congress effectively reinstated the *Margiotta*-theory cases by adopting statutory language that covered the theory».

³² Percoco chiede alla Corte Suprema di decidere se un privato cittadino che «ha un'influenza politica informale o di altro tipo sul processo decisionale governativo» possa essere condannato per frode in servizi onesti.

³³ Afferma, infatti, la Corte Suprema che: «Through principles of agency, an individual who is not a formal employee of a government may become an actual agent of the government by agreement, and thereby have a fiduciary duty to the government and thus to the public it serves».

³⁴ Corte Suprema USA, *McDonnell v. United States* (27.6.2016), 579 U.S. 550, 576.

³⁵ Corte Suprema USA, *Skilling v. United States* (24.6.2010), 561 U.S. 402-403.

³⁶ Sullo stretto rapporto tra principio di determinatezza e principio di eguaglianza, affermato dalla Corte Suprema v. Cocco (2023a), loc. cit., e la giurisprudenza della Corte Suprema USA ivi citata.

³⁷ Delinea i tratti essenziali del pensiero dei giudici Scalia e Gorsuch INSOLERA (2017), pp. 134 ss.

i tentativi di truffare denaro o proprietà, quei tribunali estesero il significato della frase anche ai programmi volti a privare altri di “diritti immateriali”, compreso il diritto a “servizi onesti”, non avendo peraltro una visione omogenea del nuovo concetto di “frode in servizi onesti” e scontrandosi su tutto: su chi ha il dovere di rendere servizi onesti, sulle fonti di diritto che possono dare origine a tale dovere, sui tipi di azioni che ne costituiscono una violazione³⁸. Conclude, di conseguenza, Gorsuch che la promessa costituzionale di un giusto processo non tollera questo tipo di incertezza nelle leggi statunitensi, soprattutto in materia penale, perché leggi vaghe, inammissibilmente, «consegnano la responsabilità del legislatore di definire il comportamento criminale a pubblici ministeri e giudici non eletti, e non lasciano alle persone alcun modo sicuro per sapere quali conseguenze avrà la loro condotta»³⁹.

Gorsuch critica, comunque, la motivazione maggioritaria della decisione perché, se in qualche misura specifica quando non sussista un dovere di servizi onesti, non specifica invece quando sussista. In particolare, esclude la validità dei criteri indicati nelle istruzioni alla giuria perché potrebbero portare alla condanna di soggetti «il cui peso superi una soglia indefinita» e, quindi, coinvolgere “lobbisti efficaci” che esercitano il diritto del Primo Emendamento di presentare petizioni al governo, e critica il secondo test proposto dal Governo, lamentando che i pubblici ministeri e i tribunali di grado inferiore rimangono in un vicolo cieco, perché debbono continuare a indovinare quale tipo di rapporti fiduciari saranno ritenuti dalla Corte Suprema sufficienti per dar luogo a un dovere di servizi onesti.

D'altra parte, Gorsuch afferma che la legge penale non fornisce «alla gente comune un'equa notifica della condotta che punisce»⁴⁰, in quanto ad ottant'anni dalla adozione della teoria della frode in servizi onesti nei tribunali di grado inferiore, nessuno è in grado di dire quale tipo di rapporto fiduciario sia sufficiente per giustificare una condanna per un crimine federale e decenni di prigione federale. Gorsuch intravede il pericolo che la Corte Suprema con la sua giurisprudenza stia effettivamente, a poco a poco, riscrivendo il §1346 in decisioni che abbracciano decenni con l'aiuto di pubblici ministeri e tribunali di grado inferiore che le presentano un'opzione dopo l'altra, sottolineando che non è una strada tollerata dalla Costituzione. «Nel nostro sistema di separazione dei poteri, il ramo legislativo deve svolgere il duro lavoro di scrivere le leggi penali federali. Il Congresso non può dare alla magistratura il marmo grezzo con istruzioni di sgretolare tutto ciò che non somiglia al David»⁴¹. Ponendo, dunque, la questione dei limiti della puntualizzazione del significato della legge per il tramite della interpretazione della Corte⁴².

Conclusivamente, nella esemplare vicenda della frode in servizi onesti sono rappresentati i limiti delle interpretazioni legate alla soluzione del singolo caso e la necessità, invece, di fornire soluzioni idonee a costituire un valido precedente che detti puntuali regole di condotta ai cittadini per il futuro e assicuri la prevedibilità delle decisioni, con a monte la necessità che il legislatore fornisca precise regole di comportamento.

³⁸ Cfr. Corte Suprema USA, *Skilling v. United States*, cit., 561 U.S. 358, 400, 416–420, nonché la già citata opinione del giudice Scalia (v., sopra, par. prec. in fine).

³⁹ Così il giudice Gorsuch, richiamando la decisione della Corte Suprema USA, *United States v. Davis* (23.6.2019), 588 U. S. _ (2019).

⁴⁰ Riprendendo le decisioni della Corte Suprema USA, *Johnson v. United States* (26.6.2015), 576 U.S. 591, 595 (su cui Cocco (2023a), nn. 29 ss.), stesa dal giudice Scalia, secondo cui la clausola di chiusura, la cui legittimità costituzionale è valutata, viola il Quinto emendamento perché gli individui sono privati del giusto processo quando sono condannati in base a «una legge penale così vaga che non riesce a dare alla gente comune un giusto preavviso della condotta che punisce»; nonché *Connally v. General Constr. Co.* (4.1.1926), 269 U.S. 385, 391 (su cui Cocco (2023a), nn. 9 e 10) secondo cui una legge penale va annullata quando «proibisce o richiede il compimento di un atto in termini così vaghi che uomini di comune intelligenza debbono necessariamente indovinare il suo significato e divergere quanto alla sua applicazione».

⁴¹ Richiamando le storiche decisioni della Corte Suprema USA, *United States v. Reese* (27.3.1876), 92 U.S. 214, 221, secondo cui «[s]arebbe certamente pericoloso se il legislatore potesse stabilire una rete abbastanza grande da catturare tutti i possibili trasgressori, e lasciare che i tribunali intervengano e dicano chi potrebbe essere giustamente detenuto e chi dovrebbe essere liberato»; nonché, *United States v. Wiltberger*, 5 Wheat. 76, 95, del 1820 (estensore Marshall), la quale afferma che è «il legislatore, non la Corte, che deve definire un crimine e ordinarne la punizione».

⁴² Per la Corte cost. n. 139/2019 non viola il principio di determinatezza l'uso, «nella formula descrittiva dell'illecito sanzionato, di una tecnica esemplificativa oppure di concetti extragiuridici diffusi o, ancora, di dati di esperienza comune o tecnica (così già la sentenza n. 42 del 1972), tanto più ove, come nella fattispecie considerata, l'opera maieutica della giurisprudenza, specie di legittimità, consenta di specificare il precetto legale», potendo fornire il diritto vivente - come si è in altra sede evidenziato (v. Cocco (2023b), § 2, n. 39 e seg.) - un contributo in termini di “rafforzamento” della determinatezza della fattispecie (cfr., tra gli altri, di recente, V. MANES (2019), p. 371 n. 664). Una recente decisione della CGUE I, 11.6.2020, C-634/18, §§ 50-51 (v. anche CGUE GS, 28.3.2017, C-72/15, *Rosneft*, § 167, e giurisprudenza ivi citata) su rinvio pregiudiziale in un procedimento penale polacco, decide sulla conformità agli artt. 20, 21 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE della sanzione penale della detenzione di un rilevante quantitativo di prodotti stupefacenti o di sostanze psicotrope, ai sensi della decisione quadro 2004/757/GAI (spec. art. 4, § 2, lett. a) e del diritto penale polacco. La Corte di giustizia chiarisce che il principio di precisione della legge non va letto nel senso che vieti il chiarimento graduale delle norme sulla responsabilità penale mediante interpretazioni giurisprudenziali, purché queste ultime siano ragionevolmente prevedibili.

4.

Alcuni casi esemplari italiani. La definizione del concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta.

Critiche di tal genere possono esemplificativamente muoversi ad alcuni principi/massime giurisprudenziali italiani⁴³, tra gli altri, in materia di concorso di persone nella bancarotta fraudolenta patrimoniale⁴⁴ e di prostituzione minorile⁴⁵, che - come il parallelismo con l'esperienza statunitense consente di meglio comprendere - paiono costruiti sulla soluzione dei casi concreti *sub iudice*, ma con l'ambizione o, comunque, l'effetto di assumere un valore generale, i quali producono effetti espansivi delle fattispecie incriminatrici in termini incalcolabili e tali da riverberarsi negativamente su attività economicamente utili o limitare diritti di libertà o, comunque, da determinare una applicazione arbitraria e diseguale delle fattispecie incriminatrici.

Una prima questione può porsi con riguardo ad un tratteggio principio/ massima giurisprudenziale, asseritamente basato sui principi generali del concorso eventuale di persone nel reato, il quale si limita a richiedere per il concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta patrimoniale che egli dia un apporto alla condotta dell'*intraneus* (imprenditore o amministratore di società), con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, escludendosi, invece, la specifica conoscenza del dissesto della impresa⁴⁶. Principio che per come formulato è errato e presenta una estrema ampiezza idonea a ricomprendere fatti di estremamente varia natura, financo leciti.

Le generiche espressioni, in particolare, evidentemente ricomprendono sia le condotte di concorso eventuale nella bancarotta fraudolenta patrimoniale sia le condotte di ricettazione nell'insolvenza dell'estraneo senza concorso con l'imprenditore in liquidazione giudiziale prevista dal nuovo codice dell'insolvenza nell'art. 338, co. 3, lett. b) c.c.i. (*ricettazione nell'insolvenza, già ricettazione fallimentare*)⁴⁷, sanzionate ben diversamente. Il cui elemento distintivo ben può essere individuato, essenzialmente, nella presenza (*concorso di persone nella bancarotta fraudolenta*) o meno (*ricettazione nell'insolvenza*) dell'accordo dell'estraneo con l'imprenditore insolvente (ovvero con l'amministratore della società insolvente) volto al perseguimento degli obiettivi propri dell'intraneo. Accordo che costituisce un *quid pluris* rispetto al mero contributo al fatto perché il mero acquisto a prezzi notevolmente inferiori a quelli di mercato di beni dell'impresa insolvente - sebbene la speculare condotta di cessione rovinosa di tali beni integri la bancarotta fraudolenta patrimoniale anche se realizzata fuori dall'insolvenza - costituisce

⁴³ La tradizione scientifica italiana non attribuisce in verità un particolare rilievo alla massime, eppure esse «rappresentano la traduzione in forma chiara, precisa e succinta del *dictum*, cioè del principio necessario a decidere la questione sottoposta al giudice di legittimità», «attraverso questa ed altre attività ..., il Massimario provvede alla raccolta elettronica e alla diffusione dei precedenti, ovvero provvede alla formazione di archivi sui quali viene raccolta, con la maggiore completezza possibile, l'esperienza giurisprudenziale della S.C., per fornire alla stessa e a tutti gli operatori del diritto uno strumento di rapida informazione sugli orientamenti relativi alle più diverse questioni interpretative» (ampiamente in tema MELONI (2005), pp. 163 ss., in part. p. 166). È, dunque, evidente che le massime sono di notevole rilievo nella vita giurisprudenziale, in esse infatti si sostanzia nella e per la prassi il c.d. *precedente* (più correttamente costituito dalla decisione), ovvero il principio di diritto avente pretesa di generalità e astrattezza che deve consentire la soluzione del problema giuridico, conseguente alla interpretazione della previsione incriminatrice con riferimento alla soluzione della questione della sussumibilità o meno in essa di determinati comportamenti, pertanto alle massime si estende la necessità che delimitino e puntualizzino i confini della responsabilità penale e non siano, invece, un ulteriore fattore di incertezza e di potenziale abusiva espansione dell'ambito del penalmente rilevante.

⁴⁴ Già approfondito in Cocco (2021), pp. 682 ss., nonché, in una versione più aggiornata, in Cocco (2023c), pp. 283 ss., in cui vi è uno specifico paragrafo intitolato, *Alla ricerca di un principio giurisprudenziale (e correlativa massima) rispettoso del principio di prevedibilità*.

⁴⁵ Già approfondito in Cocco (2014), pp. 1072 ss..

⁴⁶ Di recente ricostruisce i criticabili principi/massime giurisprudenziali C. V, 30.11.2020, n. 13382/2021, Verdini e altri, in cui si afferma che «al fine di configurare la responsabilità concorsuale dell'extraneus nel reato proprio di bancarotta fraudolenta sono sufficienti - secondo i principi più volte affermati da questa Corte - l'incidenza causale dell'azione dello stesso "extraneus", nonché la sua consapevolezza del fatto illecito e della qualifica del soggetto attivo che ha posto in essere il fatto tipico (cfr. Cass., sez. 5, 26/06/1990, Bordoni e altri; Sez. 5, n. 40332 del 2013; Sez. 5, n.18517 del 22/02/2018, Rv. 273073; Sez. 5, n. 37194 del 11/07/2019 Rv. 277340). Pertanto, il concorso nella bancarotta fraudolenta da parte di persona estranea al fallimento, in tanto è configurabile, in quanto l'attività di cooperazione col fallito sia stata efficiente per la produzione dell'evento (Sez. 5, n. 27367 del 26/04/2011 Rv. 250409), ovvero abbia realizzato con la sua condotta un apporto causale alla realizzazione dell'illecito (Sez. 3, n. 195 del 09/12/1991, Rv. 188871)». Massima riproposta, recentemente, da Cass. V, 29.9.2023, n. 45473, che pure ha ben chiaro in che cosa consista il concorso dell'estraneo e come si differenzi dalla ricettazione fallimentare (v. *infra*, nota 48); conf. Cass. V, 14.10.2019, dep. n. 4710/2020, Falcioni, Rv. 278156 - 02; Cass. V, 8.4.2019, n. 32003, che pure evidenzia come l'operazione distrattiva *sub iudice* sia stata architettata tra le due società, cedente e cessionaria, e che la seconda è stata appositamente costituita pochi giorni prima, quindi ben individuando nella specie la base significativa di un comportamento effettivamente di concorso eventuale nella bancarotta fraudolenta patrimoniale; Cass. V, 17.5.2017, n. 54291, Rv. 271837 - 01.

⁴⁷ Recita il testo: «È punito con la reclusione da uno a cinque anni chiunque: ... b) essendo consapevole dello stato di dissesto dell'imprenditore distrae o ricetta merci o altri beni dello stesso o li acquista a prezzo notevolmente inferiore al valore corrente, se la apertura della liquidazione giudiziale si verifica», identica nella formulazione (salvo che per il riferimento alla procedura) alla previsione dell'art. 232 l. fall..

condotta tipicamente integrante la c.d. *ricettazione nell'insolvenza*⁴⁸.

Essendo, peraltro, ricomprese nella massima criticata - come vedremo meglio in seguito - persino condotte dell'estraneo di partecipazione ad una operazione bancarottiera non punibili, non potendo essere individuato nella mera partecipazione ad una operazione economica con l'impresa *in bonis*, non sanzionata nemmeno a titolo di ricettazione nell'insolvenza e di per sé espressione della libera contrattazione, un contenuto che possa giustificare la sanzione penale.

Per fondare la responsabilità dell'estraneo quale concorrente nel reato proprio di bancarotta fraudolenta è necessaria la sussistenza di un elemento significativo sul piano oggettivo e soggettivo capace di estendere all'estraneo la violazione del dovere personale dell'intraneo (titolare o amministratore dell'impresa poi insolvente), ovvero la convergenza non solo di condotte ma anche di conoscenze, intenti e volontà di intraneo ed estraneo per il raggiungimento degli obiettivi propri dell'intraneo a cui l'estraneo aderisce e che viene espressa dal comportamento tenuto, che può sussistere - per l'appunto - solo in presenza di un *accordo* in tali termini orientato⁴⁹. Mentre la condotta dell'autore nel delitto di cui all'art. 338, co. 3, lett. b) c.c.i., estraneo alla gestione dell'impresa insolvente e sua controparte contrattuale, si caratterizza per l'autonomo determinarsi dell'estraneo alla adesione al negozio bilaterale nel proprio esclusivo interesse, in sostanza profittando dell'altrui situazione, così giustificandosi la sanzione meno severa per un comportamento che pur costituisce un contributo materiale necessario alla condotta dell'insolvente⁵⁰.

D'altra parte, fuori dall'insolvenza la stessa condotta dell'estraneo - in assenza di qualsivoglia concertazione con l'imprenditore poi insolvente per il perseguimento dei suoi scopi - costituisce concorso necessario non punibile perché manifestazione del libero mercato. In effetti, la previsione della responsabilità in proprio dell'estraneo - che di norma non è garante del patrimonio dell'impresa controparte nei confronti dei creditori - esclusivamente per le operazioni di *profittamento dello stato di dissesto* dell'impresa contraente evidenzia che il dissesto costituisce il limite al suo libero atteggiarsi nei confronti dell'impresa controparte, tipico del libero mercato. Del resto, molte delle attività distrattive, in particolare quelle di tipo contrattuale - espressamente previste quale bancarotta fraudolenta patrimoniale in altri ordinamenti⁵¹ - richiedono la partecipazione materiale necessaria di una controparte negoziale, di per sé del tutto estranea ai disegni bancarottieri dell'autore proprio e legittimamente protesa a trarre il massimo vantaggio economico dalla transazione commerciale e, dunque, non punibile, come puntualmente sottolinea la giurisprudenza elvetica in un contesto normativo analogo al nostro⁵².

Insomma, si deve affermare la limitazione del concorso eventuale dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta ai soli casi in cui vi sia accordo ovvero la comune finalizzazione delle condotte al soddisfacimento degli scopi prefissati dall'imprenditore bancarottiere, ad es. nel caso in cui l'estraneo accetti di farsi intestare fittiziamente i beni dell'impresa, il che non esclude peraltro che l'estraneo ne possa trarre un qualche vantaggio, anzi sarà normalmente così come in buona parte delle ipotesi di concorso eventuale.

Alla adesione dell'estraneo al disegno dell'intraneo va correlata anche la sua consapevolezza del dissesto dell'imprenditore o, quanto meno, se le condotte realizzate riguardino una impresa *in bonis*, la piena consapevolezza del disegno dell'imprenditore di sottrarre beni alla garanzia dei creditori e della efficienza causale delle operazioni rispetto al dissesto dell'impresa o, comunque, della loro preordinazione al dissesto, che sostanziano la consapevolezza del particolare dolo dell'imprenditore e la volontà di cooperare con lui nella attività bancarottiera⁵³. Infatti, non vi può essere la «volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*»⁵⁴, senza

⁴⁸ Come puntualmente coglie recentemente la giurisprudenza di legittimità, v. Cass. V, 29.9.2023, n. 45473, che individua la sussistenza del concorso nel fatto che la condotta del concorrente «fosse sorretta, già nella fase genetica del rapporto, da piena condivisione dell'intento fraudolento del coimputato [l'intraneo], con il cui accordo ha dunque agito»; conf. Cass. V, 19.9.2022, n. 40023, Rv. 283757-01.

⁴⁹ V., ad es., in tal senso nella dottrina spagnola FARALDO CABANA (2003), pp. 142-149; da ult. MAGDALENA CÁMARA (2018), p. 49.

⁵⁰ Cfr. anche PEDRAZZI (1995), p. 85.

⁵¹ Trib. fed. 1.2.2000 [BGE 126 IV 5]; in prec. Trib. fed. 24.3.1948 [BGE 74 IV 40]; Trib. fed. 7.10.1949 [BGE 75 IV 106] che considera una ipotesi di concorso necessario non punibile il comportamento di chi acquisti a prezzi notevolmente inferiori che si limiti a quanto necessario per l'integrazione del tipo (*amplius* in Cocco (2021), pp. 696 ss.).

⁵² Basti far riferimento alle operazioni azzardate, di natura dissipativa, per l'impresa poi insolvente che per la controparte negoziale possono rappresentare semplicemente un affare rientrante nella comune attività d'impresa.

⁵³ Profili che sono evidenziati, del resto, dalla stessa C. V, 30.11.2020, Verdini e altri, n. 13382/2021: «La conoscenza dello stato di dissesto può costituire un elemento sintomatico della consapevolezza del terzo di arrecare danno ai creditori, ma ciò non significa che tale consapevolezza non possa essere ricavata da altri fattori, quali l'entità delle operazioni economiche e la loro negativa incidenza sul patrimonio dell'impresa (Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010 Rv. 246879)». Sottolinea la necessità di tale profilo anche ALESSANDRI (2019), p. 114.

⁵⁴ Ribadisce, di recente, C. V, 30.11.2020, n. 13382/2021, Verdini e altri, che «alla volontarietà della condotta di apporto a quella dell'*intraneus*,

essere compiutamente informati degli obiettivi della attività dall'intraneo cui l'estraneo contribuisce materialmente e ciò può avvenire esclusivamente nel contesto di un accordo all'uopo.

È, dunque, necessaria una più precisa espressione del principio-massima che sia davvero coerente con i principi e le regole del concorso di persone – la cui previsione generale va a costituire una nuova fattispecie incriminatrice unendosi alla previsione delle distinte fattispecie incriminatrici monosoggettive o plurisoggettive necessarie – e che proponga una più precisa delineazione dei contorni dei vari tipi di responsabilità. Del resto, non manca la giurisprudenza a cui sono chiari gli elementi distintivi delle diverse fattispecie.

Solo in tal modo può essere garantita una corretta e uniforme applicazione delle norme e la prevedibilità degli esiti del proprio comportamento da parte dell'estraneo, venendo altrimenti sostanzialmente creata nell'occasione del giudizio la specifica regola cui assoggettare il fatto, a fronte dell'amplissimo principio/massima che richiede la mera necessità di un contributo materiale alla condotta del bancarottiere e la rappresentazione di un generico e indeterminato "danno ai creditori".

5. Alcuni casi esemplari italiani. La definizione della prostituzione minorile.

Analoghi problemi pongono i principi/massime in materia di prostituzione minorile⁵⁵, con particolare riguardo alla stessa definizione del concetto di prostituzione, che si vuole ampliato dalla specifica previsione⁵⁶. La Cassazione a Sezioni Unite penali del 19.12.2013, depositate il 14.4.2014, n. 16207/14, al quesito «se la condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, integra gli estremi della fattispecie di cui al comma 1 o di cui al comma 2 dell'art. 600 bis cod. pen.» risponde che «integra la fattispecie di cui al comma secondo dell'art. 600-bis cod. pen.» e definisce l'art. 600-*bis*, co. 2°, c.p. «funzionale alla punizione di coloro che si limitano a compiere atti sessuali a pagamento con soggetti minorenni, indipendentemente dal fatto che questi ultimi siano o meno già dediti ad attività di mercimonio sessuale del proprio corpo»⁵⁷. Ascrivendo al quadro normativo internazionale e sovranazionale in materia di sfruttamento della sessualità dei minori, la imposizione di «una tutela penale più pregnante per i minori, rispetto agli adulti, perché i primi sono soggetti manipolabili, inadeguati ad autodeterminarsi, facilmente influenzabili ed inducibili ad atti sessuali che possono avere ricadute negative, anche non emendabili, sul loro futuro sviluppo psico-fisico»⁵⁸.

Rispetto a cui va precisato che, se la tutela rafforzata del minore conduce legittimamente alla sanzione del cliente al fine della contrazione del mercato della prostituzione minorile, in ciò nettamente differenziandosi dalla prostituzione di adulti, di cui è riconosciuta la legittimità⁵⁹, ciò non significa però che sia consentita in assenza di una base legislativa la riscrittura in

con la consapevolezza del depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non deve accompagnarsi la specifica conoscenza del dissesto della società, poiché l'evento del reato non è costituito dal fallimento ma dalla lesione dell'interesse patrimoniale dei creditori». V. anche C. V, 17.2.2020, n. 15406; C. S.U., 31.3.2016, n. 22474, ced rv 266804; C. V, 26.1.2016, n. 12414, ced rv 267059; C. V, 4.7.2014, n. 41055, ced rv 260932.

⁵⁵ L'art. 600-*bis* c.p., come interamente riscritto dalla legge n. 172/2012, prevede due automi delitti. Il comma 1° sanziona con la reclusione da 6 a 12 anni e la multa da € 15 mila a 150 mila, chiunque (n. 1) recluta o induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni 18, ovvero (n. 2) favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione di una persona di età inferiore agli anni diciotto. Pur collocate sotto due distinti numeri, tali condotte paiono costituire fattispecie alternative di un unico delitto, cosicché laddove commesse con unica azione ed un'unica persona offesa non sussiste il concorso tra le medesime. Il comma 2°, invece, salvo che il fatto costituisca più grave reato, sanziona con la reclusione da 1 a 6 anni e con la multa da € 1.500,00 a 6.000,00, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi, cioè il cd. *cliente*. La sanzione del cliente in termini così ampi è stata introdotta solo dalla legge n. 38/2006, che ha esteso la tutela al minore infradiciottenne, mentre la previsione introdotta nel 1998 limitava la sanzione del cliente al caso in cui il minore avesse una età compresa tra i quattordici e i sedici anni. La citata riforma del 2012 ha, inoltre, raddoppiato la sanzione detentiva.

⁵⁶ Rinvio, per i riferimenti a dottrina e giurisprudenza, al saggio Cocco (2014), loc. cit.

⁵⁷ Nel senso che sussiste la prostituzione minorile anche nella ipotesi in cui gli atti sessuali a pagamento siano realizzati in una unica occasione con il solo autore del reato: Cass. pen. III, 19.5.2010, n. 26216, in *Cass. pen.*, 2011, 1441; ced rv 247696; Cass. pen. III, 4.7.2006, ced rv 235787.

⁵⁸ Cass. pen. III, 11.1.2011, n. 4235, ced rv. 249316, e in *Riv. pen.*, 2011, 404.

⁵⁹ Sono le stesse Sezioni Unite in esame a ricordare che un punto fermo in giurisprudenza sulla prostituzione di adulti è «rappresentato dalla scelta del legislatore di considerare attività non vietata, e dunque in sé lecita, quella che la persona liberamente svolge scambiando la propria fisicità contro denaro», e che «le sanzioni penali fissate dalla legge 20 gennaio 1958, n. 75, debbono essere applicate a coloro che condizionano la libertà di determinazione della persona che si prostituisce, a coloro che su tale attività lucrano per finalità di vantaggio e, infine, a coloro

sede giurisprudenziale della stessa nozione di prostituzione, la quale implica una offerta indiscriminata (reale o potenziale) della prestazione sessuale⁶⁰, a cui rinvia anche la previsione del comma 2°.

Indubbiamente la previsione del comma 2, sanzionando «chi compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità», presenta margini di ambiguità che impongono di definire in sede applicativa il concetto di corrispettivo, in particolare nei casi in cui si tratti di un rapporto esclusivo.

Occorre, in particolare, rappresentare anche in termini di principi/massime giurisprudenziali, specificanti la espressione normativa, la netta distinzione tra i rapporti esprimenti la libertà sessuale del minore e di scelta del partner⁶¹, riguardo a cui il diritto penale non può svolgere una funzione repressiva, ed i rapporti in cui il denaro coarti e condizioni in modo determinante le scelte sessuali del minore, in definitiva nient' affatto libere.

In altre parole, la norma sanziona senz'altro tutti i clienti, occasionali o abituali, cui indiscriminatamente sia offerta - e, dall'altra parte, richiesta - la prestazione sessuale, ma ciò non significa affatto che la persona individualmente e liberamente scelta dal minore per compiere atti sessuali possa di per sé essere colpito dalla sanzione in questione, ormai severissima, solo perché il minore tragga dal rapporto una qualsivoglia utilità, elemento quest'ultimo oltretutto reso ancor più indeterminato dalla riforma del 2012.

D'altra parte, la condivisibile considerazione come non libera⁶² - diversamente da quella degli adulti - della prostituzione minorile, non implica affatto una diversa definizione dei termini della prostituzione; al contrario, in presenza del diritto di libertà sessuale comunque riconosciuto al minore, l'attribuzione di rilevanza penale alla condotta del cliente impone una ancor più precisa e rigorosa determinazione del concetto di prostituzione e non un ampliamento basato su generiche istanze di tutela che finiscono per configurare con tale libertà.

Va da sé che il punto in discussione non è la necessità perché sussista la prostituzione che il minore sia già dedito ad attività di mercimonio sessuale del proprio corpo, poiché può trattarsi proprio dell'iniziazione ad una tale attività, che di certo costituisce la condotta più grave. È necessario però che di iniziazione ad una attività prostitutiva tradizionalmente intesa si tratti, ovvero di comportamenti in cui la persona offesa offra, o si accinga o venga indotta ad offrire, indiscriminatamente prestazioni sessuali a pagamento.

Né pare sufficiente, senza quest'ultimo elemento, per caratterizzare in termini teorici e

che offrono un contributo intenzionale all'attività di prostituzione eccedendo i limiti dell'ordinaria prestazione di servizi». Sottolineando, poi, la necessità di non operare interpretazioni tali «da reintrodurre surrettiziamente presupposti di illiceità "in sé" della prostituzione che vengono formalmente ed espressamente negati e che, invece, potrebbero finire per qualificare come illegali condotte e prestazioni di servizi alla prostituta che non risulterebbero penalmente rilevanti se destinati ad altre attività» (Cass. pen. III, 29.1.2013, n. 20384, ced. rv. 255426). In tema di prostituzione di adulti, di recente, Corte cost. n. 141/2019, la quale alla valutazione di ragionevolezza della fattispecie incriminatrice fa seguire, comunque, la necessità di operare una valutazione della offensività in concreto «e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva», ovvero non coinvolgano negativamente libertà e dignità della persona. Cosicché, se ne può evincere che la Corte, «nella pur opportuna astensione dall'attribuirsi un ruolo attivo nella costruzione della fattispecie incriminatrice, richiedendo la verifica giudiziale "in concreto" dell'offesa a libertà e dignità della persona, non fa altro che introdurre un "astratto" elemento di fattispecie in termini di evento lesivo, implicito nella lettura costituzionalmente orientata della previsione, che in realtà supera anche la lettura del moralismo positivo laico, emergente anche nella citata giurisprudenza di legittimità, per cui l'attività economica della prostituzione costituisce in sé una attività deprecabile, ammettendo che vi possa essere un suo esercizio rispettoso della libertà e dignità della persona» (in tema Cocco (2023d), pp. 7 ss., in part. § 11.

⁶⁰ V., tra gli altri, da ult., MAZZACUVA (2023), 179-180.

⁶¹ La quale è pacificamente riconosciuta agli ultraquattordicenni, come evidenzia anche la riforma della previsione sulla corruzione di minorenni attualmente previsto all'art. 609 *quinquies* e concernente i minori di anni quattordici, nonché la previsione nell'art. 609 *quater* c.p. della sanzione degli atti sessuali con l'ultraquattordicenne c.p., limitata a chi si trovi in peculiari relazioni con lo stesso.

⁶² Può sottoscrivere quanto affermano le Sezioni Unite in tema di assenza di libertà della prostituzione minorile, intesa nel senso tradizionale, senza che però si possa cogliere nel ragionamento proposto, che riportiamo, quale punto comporti una diversa nozione di prostituzione rispetto a quella degli adulti: «Per il minore, infatti, la prostituzione rappresenta raramente il frutto di una scelta spontanea, essendo prevalentemente determinata da pressioni (o da vere e proprie coercizioni) di fronte alle quali egli non dispone di alcuna valida alternativa, sicché l'atto sessuale compiuto dal minore prostituito non può inquadrarsi in un'area di libertà, area la cui sostanziale inesistenza il "cliente" non può dunque né ignorare, né fingere di non conoscere.

Quand'anche, poi, si dovesse riscontrare l'assenza di interventi esterni di condizionamento di tale spazio di libertà, è comunque ragionevole che l'ordinamento vieti l'acquisto di prestazioni sessuali presso un soggetto che presuntivamente non ha ancora raggiunto quel livello di maturità tale da consentirgli una valutazione davvero consapevole in ordine alle ricadute della mercificazione del proprio corpo sul suo sviluppo psico-fisico; ne consegue che, indipendentemente dal suo atteggiamento psicologico e dalla sua condotta (quand'anche connivente o adescatrice), il minore è reputato sempre e comunque una vittima.

Il carattere "non libero" della prostituzione minorile - ritenuta dal legislatore come condotta che comporta l'annientamento della personalità individuale del minore - spiega, sul piano teorico, la punibilità della condotta del "cliente", del tutto immune da censure sul piano penale se invece rapportata alla prostituzione di soggetto adulto».

pratici il concetto di prostituzione, «la necessaria correlazione causale fra la dazione o la promessa di danaro o di altra utilità e la prestazione sessuale del minore», pur ribadito dalle Sezioni Unite in esame, basti pensare alle tradizioni culturali, pur molto lontane dalle nostre, dell'acquisto della moglie per cammelli, e comunque alla del tutto comune prassi dei doni anche di valore ingente tra fidanzati, e certo il punto di discriminare tra lecito e illecito non possono essere i sentimenti o le intenzioni degli interessati. Tanto poco significativa è tale circostanza, anche in concreto, che si attribuisce rilievo causale alla dazione di piccole cifre di denaro (nella vicenda davanti alle Sezioni Unite di 5, 10, 20 euro), o di vitto, alloggio, vestiario.

Emblematica dei rischi della incertezza della definizione, che incentra in definitiva la nozione di prostituzione sulla presenza di un vantaggio economico, conseguente all'abbandono del classico schema della prostituzione per adulti, è - *mutatis mutandis* - la vicenda Braibanti, che tanto clamore fece nell'Italia degli anni '60, concernente una relazione omosessuale tra un giovane, quanto meno nei primi anni della relazione per i tempi minorenni (ovvero infraventunenne), nella quale, come in qualsiasi relazione tra persone di capacità economica nettamente differente, indubbiamente è presumibile anche qualche utilità per il minore (economica e non), trattandosi di un giovane senza alcuna capacità economica e di un personaggio quarantenne ampiamente affermatosi nella vita culturale nazionale, vicenda che condusse alla condanna di Braibanti per plagio⁶³, suscitando allora come oggi sconcerto.

Insomma, ciò che si vuole contestare è l'affermazione *tout court* che il comma 2° dell'art. 600-*bis* c.p. preveda un terzo genere tra il concetto di prostituzione per adulti e la violenza sessuale, perché in assenza di una puntuale definizione del concetto di corrispettivo, la presenza di una qualsivoglia utilità anche non economica in una libera relazione sessuale (eventualmente anche sentimentale, ma certo trasformare il giudice penale nel giudice dei sentimenti suona molto preoccupante) pur esclusiva di cui uno dei protagonisti sia un minore - che legittimamente ne può avere con chicchessia - può far entrare in campo il diritto penale.

Incertezza definitoria che preoccupa, non tanto per gli esiti di un eventuale giudizio, che probabilmente riuscirebbe in fatto a differenziare le situazioni di prostituzione dalle relazioni sessuali/sentimentali, attingendo prevedibilmente alla fenomenologia comportamentale e situazionale della prostituzione comunemente intesa, ovvero quella degli adulti; quanto per gli effetti disastrosi che possono avere sulla vita delle persone e, più in generale, sulla società le indagini e i processi sulle relazioni sessuali/sentimentali percepite come non ortodosse per le più varie ragioni culturali, a cominciare dalla differenza di età dei protagonisti, alla ricerca di eventuali utilità economiche e non, che si pretenda di accreditare quale "corrispettivo" dell'atto sessuale, dove ad essere indagati in definitiva sarebbero la cultura, i sentimenti e la vita sessuale delle persone.

6. Conclusioni.

I casi giurisprudenziali esaminati confermano la necessità che la interpretazione giurisprudenziale non si limiti a proporre la soluzione del caso concreto in termini ritenuti convincenti, ma si preoccupi di non lasciare, per ampiezza e indeterminatezza del principio affermato, ampie zone grigie capaci di ricomprendere attività estranee alla sfera dell'illecito; principio, dunque, che non solo è inadeguato a costituire un sicuro precedente per le decisioni future ma, soprattutto, incide negativamente nei rapporti politici come in quelli economici e personali, impedendo di compiere libere e consapevoli scelte d'azione, financo rendendo di incerta valutazione comportamenti altrimenti costituenti esercizio di un diritto.

La quarantennale vicenda statunitense è esemplare dell'ampia sfera di incertezza ingenerata dai principi affermati con riferimento a una specifica vicenda ma che per ampiezza e indeterminatezza ne travalicavano ampiamente l'ambito, rendendo incerto il confine tra attività illecite e lecite in un settore così delicato come l'attività politica, avviando un percorso accidentato che ha segnato la vita politica e giudiziaria di quel Paese fino a interessare in modo significativo gli stessi rapporti tra legislazione e giurisdizione.

Seppure, in maniera meno clamorosa, anche i casi italiani trattati sono paradigmatici dei pericoli per le libertà economiche e civili in cui si incorre con la proposizione di principi/mas-

⁶³ È ampiamente noto che l'art. 603 c.p., venne poi giudicato incostituzionale dalla Corte costituzionale n. 96/1981, in un'altra vicenda relativa al sacerdote cattolico Grasso, accusato per il suo ascendente sui giovani che li allontanava dalle famiglie.

sime che, facilmente adattabili a specifici casi, magari segnati palesemente dal marchio della illiceità, non sono capaci di fornire un sicuro parametro per le decisioni future mancando di distinguere adeguatamente gli ambiti dell'illiceità da quelli della liceità.

Insomma, resta confermato che l'interpretazione giudiziale deve produrre principi che, puntualizzando l'ambito del penalmente rilevante con riferimento ai casi, costituiscano un valido precedente per le decisioni future attribuendo un significato al testo normativo in grado di renderlo più preciso e determinato ovvero certo in termini generali e astratti. Del resto, solo la formulazione di principi di tale natura, ovvero che si pongano ad una distanza dal caso concreto tale da consentire di vedere in prospettiva tutti ed esclusivamente i casi ricompresi nella previsione legislativa, consente una decisione non condizionata dalla personalità del giudice come da quella del reo, secondo l'antica preoccupazione illuminista.

Bibliografia

ALESSANDRI, Alberto (2019): *Diritto penale commerciale*, IV, *I reati fallimentari* (Torino, Giappichelli)

BLACKSTONE, William (1765-1769): *Commentaries on the laws of England*, vol. I (ristampa 1979, Chicago, The University of Chicago Press)

CARLIZZI, Gaetano (2010): in OMAGGIO, Vincenzo e CARLIZZI, Gaetano, *Ermeneutica e interpretazione giuridica* (Torino, Giappichelli), 92-224

CASSIBBA, Fabio (2016): *L'imputazione e le sue vicende* (Milano, Giuffrè)

CATERINI, Mario e ZINGALES, Diana (2023): "L'interpretazione favorevole all'incolpato: spunti storici e comparati per la codificazione di una clausola generale", in *Archivio Penale*, 2, 1-44

Cocco, Giovanni (2023a): "Il principio di determinatezza quale garanzia di eguaglianza e di tutela dei diritti civili. L'esperienza statunitense", in *Penale Diritto e Procedura*, 3, 367-376

Cocco, Giovanni (2023b): "Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia penale nello stato di diritto. Contributo a un riordino dei principi", in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 1398-1425

Cocco, Giovanni (2023c): "Nuove norme e riflessioni dogmatico-applicative su autori e concorrenti nella bancarotta societaria", in *Scritti in onore di Nicola Mazzacava* (Pisa, Pacini), 283-310

Cocco, Giovanni (2023d): "La voce e i contenuti della legge penale liberale. Elementi teorici e spunti applicativi", in *Penale Diritto e Procedura*, 1, 7-43

Cocco, Giovanni (2023e): "Alcuni caposaldi dell'interpretazione liberale. Insegnamenti e differenze con l'esperienza statunitense", in corso di pubblicazione in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4

Cocco, Giovanni (2021): "Nuove norme e riflessioni dogmatico-applicative su autori e concorrenti nella bancarotta societaria", in *L'Indice penale*, 2021, 682-709

Cocco, Giovanni (2016): "L'eredità illuministico-liberale: Principi forti per affrontare la realtà contemporanea", in Cocco, Giovanni (eds.), *Per un manifesto del neoilluminismo penale* (Padova, Cedam), 1-33

Cocco, Giovanni (2014): "Alla ricerca dei confini tra libertà sessuale e prostituzione minorile. Per evitare nuovi casi Braibanti", in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 1072-1086

COFFEE, John C. jr. (1981): "From Tort to Crime: Some Reflections on the Criminalization of Fiduciary Breaches and the Problematic Line Between Law and Ethics", in *American Criminal Law Review*, vol. 19, 117-172

- DAMOSSO, Francesco Maria (2022): *Il vincolo del precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, (Torino, Giappichelli)
- DI GIOVINE, Ombretta (2006): *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge* (Milano, Giuffrè)
- DI MARTINO, Alberto (2020): "Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso» (Case, Kasus)", in BONDI, Alessandro et al (eds.), *Studi in onore di Lucio Monaco* (Urbino, Urbino University Press), 357-373
- DONINI, Massimo (2018): "Fattispecie o case law? La «prevedibilità del diritto» e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza", in *Questione Giustizia*, 4, 79-101
- FARALDO CABANA, Patricia (2003): *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoridad mediata con aparatos organizados de poder* (Valencia, Tirant lo Blanch)
- FERRAJOLI, Luigi (2016): "Contro la giurisprudenza creativa", in *Questione Giustizia*, 4, 13-32
- FERRI, Enrico (1928): *Principi di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza* (Torino, Utet)
- FIANDACA, Giovanni (2001): "Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 353-376
- GALGANO, Francesco (2005): *La globalizzazione nello specchio del diritto* (Bologna, Il Mulino)
- GRAY, W. Robert (1980): "The Intangible-Rights Doctrine and Political-Corruption Prosecutions under the Federal Mail Fraud Statute", in *University of Chicago Law Review*, vol. 47, 562-587
- HASSEMER, Winfried (1992): "Sistema jurídico e codificación: la vinculación del juez a la ley", in
- KAUFFMANN, Arthur et al (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid, Debate), 199-218
- INSOLERA, Pietro (2017): "Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense", in *Rivista di diritti comparati*, 3, 134-224
- JEFFRIES, John C. Jr. (1985), "Legality, vagueness, and the construction of penal statutes", in *Virginia Law Review*, 71, 189-245
- MAGDALENA CÁMARA, Miriam (2018): *Aspectos dogmáticos y político-criminales de las insolencias punibles* (Pamplona, Editorial Aranzadi)
- MANES, Vittorio (2019): "La proposizione della questione di legittimità costituzionale e le sue «insidie»", in MANES, Vittorio e NAPOLEONI, Valerio, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, (Torino, Giappichelli), 173-405
- MANZINI, Vincenzo (1920): *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, (Torino, Utet), 2 ed.
- MAZZACUVA, Francesco (2023): "I delitti contro lo sviluppo psico-fisico dei minori", in CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo (eds.), *Elementi di diritto penale, Parte speciale*, vol. II t. II, *I reati contro i soggetti deboli* (Padova, Wolters Kluwer-Cedam), 3 ed., 175-211
- MAZZARESE, Tecla Lucia Pia (1992): "Dubbi epistemologici sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio iuris»", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 294-320
- MELONI, Maria (2005): "Il ruolo del precedente nella Corte di cassazione", in Cocco, Giovanni (eds.), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale* (Padova, Cedam), 163-194

ORLANDI, Renzo (2007): “L’attività argomentativa delle parti nel dibattito penale”, in FERRUA, Paolo et al. (eds.), *La prova nel dibattito penale* (Torino, Giappichelli), 3-70

PEDRAZZI, Cesare (1995): in C. PEDRAZZI, Cesare e SGUBBI, Filippo, *Reati commessi dal fallito, Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito* (Bologna, Zanichelli)

PIFFERI, Michele (2023): “Dalla casistica alle regole: La normativizzazione della responsabilità penale tra medioevo e età moderna”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2023, 52, t. I, *Il diritto come forma di esperienza*, 401-423

QUATTROCOLO, Serena (2011): *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio* (Napoli, Jovene)

RONCO, Mauro (2006): “Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia”, in DOLCINI, Emilio e PALIERO, Carlo Enrico (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale* (Milano, Giuffrè), 693-712

SALMOND, John William (1901): *Jurisprudence* (London, Sweet & Maxwell)

TRAPANI, Mario (2017): “Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico”, in *Archivio Penale*, fasc. 1, 1-90

UBERTIS, Giulio (1979): *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (Milano, Giuffrè)

VOGLIOTTI, Massimo (2015): “Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 44, t. I, 131-181

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

VOGLIOTTI, Massimo (2007): *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica* (Torino, Giappichelli)



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>