



Rivista N°: 4/2020  
DATA PUBBLICAZIONE: 15/10/2020

AUTORE: Andrea Bonomi\*

## IL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA DELLE FATTISPECIE CRIMINOSE: UN PARAMETRO COSTITUZIONALE SEMPRE PIÙ “INESISTENTE”

*Sommario: 1. Lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in riferimento al principio di determinatezza delle fattispecie criminose. – 2. Il criterio della non interpretabilità della disposizione penale e l'interpretazione tassativizzante: quali “inconvenienti”? – 3. Conclusioni: l'interpretazione tassativizzante quale criterio ermeneutico non sostitutivo ma aggiuntivo. – 4. Soluzioni: a) La soluzione “a valle” offerta dalla sentenza n. 25 del 2019 della Corte costituzionale: esposizione e critica; Segue: b) La soluzione “a monte” rappresentata dalle tecniche di formulazione delle disposizioni incriminatrici: effetti benefici sul principio di determinatezza.*

### 1. Lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in riferimento al principio di determinatezza delle fattispecie criminose.

Il principio di determinatezza<sup>1</sup> delle fattispecie di reato è un principio costituzionale in materia penale sostanziale.

Tale principio si sostanzia nell'esigenza che il legislatore delinei la fattispecie criminosa<sup>2</sup> in forma precisa ed in modo intellegibile: come bene è stato scritto, «non basta... che si

---

\* Ricercatore di diritto costituzionale di tipo b) presso l'Università di Bari.

<sup>1</sup> Nel presente scritto si utilizzerà la formula principio di determinatezza in luogo di differenti formule a cui pure altra parte della dottrina preferisce ricorrere, ma in ogni caso la Corte costituzionale nella sua più recente giurisprudenza ha attribuito un “significato equivalente” (così la sent. n. 278 del 2019) a tutte queste formule.

<sup>2</sup> Quanto alle disposizioni di parte generale del codice penale, in dottrina è diffusa la tesi che ritiene accettabile una maggiore flessibilità in punto di determinatezza [fra i tanti cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 57-58]; quanto poi alle cause di giustificazione e alle cause di non punibilità, pare preferibile ritenere che il principio di determinatezza debba essere applicato anche ad esse (cfr., volendo, G. PAVICH - A. BONOMI, *La nuova legittima difesa, tra istanze securitarie e valori costituzionali*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 21 maggio 2019, 38-39 e *ivi* nota 94 per autorevoli riferimenti dottrinali in proposito); quanto infine alle cornici edittali, pare oramai acquisito che il principio di determinatezza ponga al legislatore «un vincolo nel dosaggio della pena», ovvero nella fissazione di limiti edittali, sì, “distanziati”, ma «non così distanziati da aprire la porta all'arbitrio giudiziario» [così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 151; in tema cfr. anche, volendo, A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum*

sappia *chi* ha titolo per parlare di fatti penali e di pene; occorre anche che si stabilisca *come e fino a che punto* può (e deve) farlo»<sup>3</sup>.

Il principio in esame si indirizza, sì, al legislatore nei confronti del quale costituisce un vincolo, ma viene ritenuto per *communis opinio* in grado di esercitare altresì una forte incidenza nei riguardi sia dei giudici sia dei consociati.

Quanto ai giudici, il principio assolve alla funzione di preservare la separazione dei poteri: è evidente che il potere legislativo verrebbe meno alla sua funzione qualora approvasse una legge penale i cui elementi costitutivi sono descritti vagamente e concedesse così alle corti in sede giudiziale il potere di decidere senza alcun parametro obiettivo di riferimento che cosa sia penalmente proibito e che cosa non lo sia<sup>4</sup>.

Quanto ai cittadini, il principio assolve a quella che la dottrina e la giurisprudenza della *Supreme Court* federale negli USA definiscono usualmente la “componente notiziale”<sup>5</sup>.

In altri termini, solo una disposizione incriminatrice conforme al principio di determinatezza può permettere al consociato di prevedere ragionevolmente sia la qualificazione che l’ordinamento giuridico conferisce ai suoi comportamenti sia le decisioni degli organi giudicanti qualora lo stesso commettesse il fatto delineato dalla disposizione.

La dottrina ha pacificamente ritenuto che il principio di determinatezza, che pure non è sancito espressamente in Costituzione<sup>6</sup>, goda di protezione costituzionale: l’opinione assolutamente dominante individua nel principio in esame un corollario, un completamento logico e dunque un «aspetto fondamentale»<sup>7</sup> del principio della riserva di legge posto dall’art.

---

*delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione*, in *Consulta on line* (Numero Speciale – *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo), 1° aprile 2020, 13 ss., nonché, per la giurisprudenza costituzionale, la sent. n. 299 del 1992].

<sup>3</sup> Così A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in E. D’ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, XVII.

<sup>4</sup> Come osservano G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 119 e *ivi* nota 2, la violazione del principio di determinatezza – che peraltro gli Autori preferiscono chiamare principio di precisione – «contraddice in definitiva il principio della divisione dei poteri, consentendo al giudice di invadere lo spazio riservato al legislatore. Lo *‘Stato delle leggi’* rischierebbe così di trasformarsi in uno *‘Stato dei giudici’*».

<sup>5</sup> Negli Stati Uniti d’America il principio corrispondente al nostro principio di determinatezza è definito come la *Void-for-Vagueness Doctrine*: per la giurisprudenza della Corte Suprema in materia cfr. le decisioni *Johnson v. United States*, 135 S. Ct. 2551, 2557 (2015), *Welch v. United States*, 136 S. Ct. 1257, 1268 (2016), *Beckles v. United States*, 137 S. Ct. 886, 892 (2017), *Sessions v. Dimaya*, 138 S. Ct. 1204 (2018); per la dottrina cfr. A.E. GOLDSMITH, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, in *Am. Journ. Crim. Law* (vol. 30), 2003, partic. 284; P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, n. 3, 132 ss., partic. 141-142 e *ivi* note 19 e 20 nonché 196-197 e *ivi* nota 185; la Nota Redaz., *Fifth Amendment – Due Process – Void-for-Vagueness Doctrine – Sessions v. Dimaya*, in *Harvard Law Rev.* (vol. 132), 2018, 367-376, partic. 372 ss.

<sup>6</sup> Lo inserisce fra i principi «inespressi» G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, 198-199.

<sup>7</sup> Così L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXI, Roma, 1990, 7, secondo la quale tale aspetto è stato «troppo spesso trascurato dai costituzionalisti, concentrati esclusivamente (specie in passato) sul rapporto legge/potere esecutivo»; questa opinione – non unanimemente (dal momento che una parte, sia pure minoritaria, della dottrina ha ricollegato il principio di determinatezza unicamente vuoi all’art. 13 Cost., vuoi al principio di colpevolezza e vuoi anche allo “spirito” dell’intera Costituzione), ma comunque ampiamente condivisa fra i commentatori – è ribadita, da ultima, da S. TORDINI CAGLI, *Il giudice legislatore e la legalità apparente: il disastro ambientale*, in *Arch. pen.* (web), 25 agosto 2020, 1.

25, comma 2 Cost. anche se alcuni commentatori hanno operato altresì una correlazione con l'art. 1 cod. pen. interpretato quale norma costituzionale in senso materiale<sup>8</sup>.

Questo non significa che la violazione del principio di determinatezza non sia tale da incidere, oltre che forse sulla stessa pretesa di obbedienza della disposizione incriminatrice<sup>9</sup>, anche sulla "portata" di altri principi costituzionali: si pensi innanzitutto al principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale dal momento che la disposizione incriminatrice indeterminata fa venire a mancare il parametro alla stregua del quale assodare la stretta osservanza dell'obbligo di cui all'art. 112 Cost.<sup>10</sup>; si consideri inoltre il diritto di difesa atteso che l'indeterminatezza della disposizione penale incide negativamente sulla precisa contestazione dell'addebito e dunque sul capo d'imputazione, con conseguenti maggiori difficoltà tanto per l'imputato quanto anche per il suo difensore tecnico di fornire elementi diretti a dimostrare l'insussistenza del fatto<sup>11</sup>; infine la disposizione penale indeterminata incide pure sul principio di uguaglianza perché proprio a causa di tale indeterminatezza alcune condotte, del tutto simili ad altre che vengono ricondotte nella sfera di applicazione di una data fattispecie criminosa, sono arbitrariamente sottratte a quella stessa sfera di applicazione e dunque non sono sottoposte alla sanzione penale<sup>12</sup>.

Benché pure la Corte costituzionale nella sua costante giurisprudenza abbia ancorato il principio di determinatezza all'art. 25, comma 2 Cost.<sup>13</sup>, la sua applicazione in sede di giudizio di costituzionalità si è però enormemente complicata.

La Consulta infatti al fine di misurare la determinatezza della disposizione incriminatrice sottoposta al suo vaglio ha fatto leva su criteri molto diversi gli uni dagli altri.

---

<sup>8</sup> È stato al proposito osservato che l'art. 1 del codice Rocco «confermò, e, se si vuole, ulteriormente valorizzò il principio di stretta legalità, che imponeva una previsione della norma incriminatrice, e della relativa fattispecie, che fosse 'determinata' per legge, 'tassativamente' applicata dal giudice, con esclusione di incriminazioni 'non chiare', cioè di dubbia deducibilità alla stregua di un corretto procedimento interpretativo»: così A. FIORELLA, *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in *Arch. pen. (web)*, 6 giugno 2019, 2-3.

<sup>9</sup> In tal senso cfr. C. FIORE, *Diritto penale*, Parte Generale, Volume Primo, *Introduzione allo studio del diritto penale. La legge penale - Il reato*, Torino, 1993, 69, il quale osserva che l'obbedienza nei confronti della disposizione incriminatrice «risulta sminuita di efficacia... non appena il contenuto del comando risulta dubbio o difficilmente riconoscibile»; in senso contrario cfr., però, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte Generale, Padova, 1992, 98, il quale rileva che nei confronti della stragrande maggioranza dei comuni cittadini, la cui conoscenza della legge penale non è tecnica o è tutt'al più «generalmente laica», «ben poco rileva ai fini intimidatori il fatto che la fattispecie sia formulata in modo determinato o meno».

<sup>10</sup> ... senza contare poi che verrebbe anche compromesso il corretto svolgimento dell'attività di accertamento e di repressione dei reati perché la polizia giudiziaria ricercerebbe prove della sussistenza di reati la cui definizione verrebbe lasciata al suo arbitrio: sul punto cfr. F. BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3 - Rapporti civili - Artt. 24-26*, in *Comm. della Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 257; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 98, secondo il quale obbligatorietà dell'azione penale e determinatezza delle fattispecie incriminatrici sono «le facce di una stessa medaglia: l'una è funzionale alla realizzazione dell'altra».

<sup>11</sup> Sottolineano questo profilo M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 111; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., 100, nonché la sent. n. 34 del 1995 Corte cost. che evidenzia l'estrema difficoltà di fornire in sede processuale «la prova sufficiente a far ritenere soddisfatto il precetto».

<sup>12</sup> Come bene osserva A. ODDI, *Ordinamento militare, libertà costituzionali e determinatezza dei reati*, in *Giur. cost.*, 2001, 777, il principio di determinatezza consente di «rispettare, a parità di condotta..., l'eguaglianza giuridica dei cittadini».

<sup>13</sup> Cfr., per tutte, le decc. n. 7 del 1965, n. 34 del 1995 e n. 172 del 2014.

In alcune decisioni i giudici costituzionali hanno fatto ricorso al criterio del significato linguistico o semantico: in base a siffatto criterio la determinatezza sussiste ogniqualvolta sia possibile attribuire ai singoli termini di cui consta la disposizione penale, ancorché non di contenuto particolarmente specifico, un significato, appunto, semantico<sup>14</sup>.

In altre pronunce il Giudice delle leggi ha fatto riferimento al criterio della verificabilità empirica: secondo tale criterio la determinatezza della formulazione della disposizione incriminatrice presuppone necessariamente che la fattispecie astratta prevista dal legislatore faccia riferimento a fatti che possono verificarsi nella realtà e di cui può essere provata la relativa verifica<sup>15</sup>.

In altre decisioni ancora i giudici costituzionali hanno utilizzato il criterio tipologico detto anche del tipo criminoso: in virtù di questo criterio la violazione del principio di determinatezza sussiste qualora dal tenore letterale della disposizione penale non appaia sufficientemente determinato il tipo criminoso e più in particolare o il tipo di soggetto autore del reato o il tipo di bene giuridico tutelato o il tipo di condotta offensiva del bene giuridico protetto<sup>16</sup>.

Infine in altre sentenze – le più cospicue numericamente – la Corte ha fatto ricorso al criterio del diritto vivente: in virtù di quest'ultimo criterio, molto contestato da una parte della dottrina<sup>17</sup>, il carattere di determinatezza della disposizione deve ritenersi soddisfatto qualora su di essa, anche se evidentemente “nata” in sede legislativa in certa misura imprecisa, si sia

---

<sup>14</sup> Per un'applicazione concreta vedasi la sent. n. 44 del 1964 in ordine al reato di favoreggiamento della prostituzione: in senso critico sull'utilizzo di questo criterio cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 65, secondo il quale, visto e considerato che le espressioni del linguaggio comune presentano sempre un qualche significato linguistico essendo semmai variabile il grado di specificità della classe di oggetti che esse denotano, ne consegue che, utilizzando questo parametro, ben raramente si potrà pervenire all'accertamento dell'illegittimità costituzionale della disposizione.

<sup>15</sup> Tale criterio è stato applicato nella famosa sent. n. 96 del 1981 che ha dichiarato incostituzionale il reato di plagio: a giudizio di D. PULITANO, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1007, la sent. n. 96 del 1981 «rappresenta uno sviluppo del principio di determinatezza... logicamente implicito nel principio di legalità: questo richiede che la descrizione legale trovi corrispondenza nella realtà, e che la corrispondenza tra fatto concreto e fattispecie astratta possa perciò essere oggetto di verifica secondo criteri controllabili».

<sup>16</sup> Per un'applicazione concreta di questo criterio si rinvia alle decc. n. 247 del 1989 e n. 35 del 1991, mentre per approfondimenti dottrinali sul punto cfr. A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, spec. 111 ss., nonché, più di recente, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, partic. 106 e 109, secondo il quale «il diritto penale rappresenta invero un diritto 'chiuso' nei tipi».

<sup>17</sup> Si obietta in modo particolare sia che l'obbligo di formulare la disposizione incriminatrice in modo chiaro e preciso deve insistere sul legislatore al momento della formulazione della disposizione stessa e quindi antecedentemente e indipendentemente da quella che ne potrà poi essere la vicenda applicativa, ragion per cui attraverso il criterio del diritto vivente nella logica della Consulta «quello che per definizione dev'essere un *prius* si trasforma in un *posterius*» (così A. ODDI, *Ordinamento militare*, cit., 777-778), sia che l'affermarsi come dominante di una delle soluzioni ermeneutiche può avvenire soltanto nel corso del tempo perché la giurisprudenza – soprattutto quella della Cassazione – non può adottare una determinata opzione interpretativa fin dalla promulgazione della legge in modo uniforme e assolutamente stabile (in tal senso F.C. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, spec. 339, 351 e 352). Per altre e diverse critiche cfr. A. PUGIOTTO, *La rivincita di Esposito (legge, regolamento e sindacato di costituzionalità)*, in *Giur. cost.*, 1995, 593-594; D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 2018, n. 3, 48-49.

formato un diritto vivente giurisprudenziale in grado di colmare quell'originario deficit di determinatezza<sup>18</sup>.

Tuttavia, nelle decisioni più recenti il criterio che si è imposto per misurare il rispetto del principio di determinatezza è un altro e più in particolare il seguente.

Non può sussistere violazione di tale principio da parte della disposizione penale nella quale sia contenuta una clausola generale o sia presente un concetto "elastico" quando "la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato [di quella clausola o di quel concetto] mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta... sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo"<sup>19</sup>.

Questa formula è contenuta in una serie di sentenze – tutte di non fondatezza – e più in particolare nelle seguenti: la n. 5 del 2004 in ordine al reato, previsto nel d.lgs. n. 286/1998 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), di trattenimento senza giustificato motivo dello straniero nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore; la n. 327 del 2008 in tema di reato di disastro cosiddetto innominato; la n. 21 del 2009 in merito a disposizione, contenuta nel sopra citato Testo unico, che sanziona penalmente – indipendentemente dal conseguimento dell'obiettivo – la condotta consistente nell'agevolazione in qualunque modo di un soggetto a varcare i confini di altro Stato in violazione delle norme di tale Stato che regolano l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio; la n. 282 del 2010 in riferimento a disposizione che prevede come delitto di violazione della sorveglianza speciale l'inosservanza della prescrizione prevista dall'art. 5, comma 3, prima parte della l. n. 1423/1956, ovvero del "vivere onestamente", del "rispettare le leggi" e del "non dare ragione di sospetti"; la n. 172 del 2014 relativa all'art. 612-*bis* cod. pen. e dunque alla "normativa anti-stalking"; la n. 141 del 2019 in ordine al reato di favoreggiamento della prostituzione.

Si tratta di decisioni che hanno quasi tutti giudici relatori/redattori diversi a dimostrazione del fatto che il criterio da ultimo adottato pare condiviso a Palazzo della Consulta<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Per una fulgida applicazione di questo criterio cfr. le dec. n. 11 del 1989 e n. 122 del 1993 nella quale ultima si trova scritto che la "costante enunciazione di coerenti statuizioni da parte della... Corte di cassazione fuga ogni preoccupazione di incertezza circa le conseguenze penali della violazione della norma impugnata".

<sup>19</sup> Così, da ultima, la sent. n. 278 del 2019; ricorre ad una formula apparentemente non coincidente ma in buona sostanza analoga la recentissima sent. n. 145 del 2020.

<sup>20</sup> Le sentt. n. 5 del 2004 e n. 327 del 2008 hanno quale giudice redattore Flick, la sent. n. 21 del 2009 ha come giudice redattore Saulle, la sent. n. 282 del 2010 ha come giudice redattore Criscuolo, la sent. n. 172 del 2014 ha quale giudice redattore Cartabia e la sent. n. 141 del 2019 ha quale giudice redattore Modugno.

Un'opinione diversa – ma, sulla base di quanto già detto e di quanto si osserverà anche in seguito, non condivisibile – in merito al criterio che emerge dall'orientamento della giurisprudenza costituzionale più recente in punto di verifica del rispetto del principio di determinatezza è manifestata da A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 293, secondo la quale tale criterio non è connotato nel senso della novità per il semplice motivo che non è quello della «mera interpretabilità del testo legislativo, se quest'ultima

## 2. Il criterio della non interpretabilità della disposizione penale e l'interpretazione tassativizzante: quali "inconvenienti"?

Questo criterio a cui la Corte costituzionale si rifà nella sua più recente giurisprudenza merita apprezzamento nella misura in cui esclude la violazione del principio di determinatezza qualora la descrizione complessiva del fatto incriminato permetta al destinatario della disposizione di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del valore precettivo della stessa.

Il principio di determinatezza, infatti, si riferisce alla disposizione penale e non alla norma così come scaturisce dall'interpretazione giudiziale di quella disposizione<sup>21</sup>. In altri termini, non deve essere il "diritto vivente" a dover rendere chiara e precisa una disposizione che tale non è *ab origine*: la circostanza che la fattispecie di reato dalla stessa delineata possa anche essere – lasciando la parola ad una recentissima sentenza della Corte di Cassazione<sup>22</sup> – una "fattispecie... in divenire"<sup>23</sup> e dunque "inevitabilmente in movimento, fra 'diritto legislativo' e 'diritto giurisprudenziale'"<sup>24</sup> non inficia la validità del principio per il quale solo la legge scritta può garantire al consociato la sicurezza giuridica della propria scelta di condotta, ovvero se essa sia consentita o da ricondurre nella sfera applicativa della disposizione incriminatrice.

D'altra parte, il principio di determinatezza trova la sua genesi nel pensiero illuminista<sup>25</sup> e più in particolare nelle illuminanti pagine scritte da Cesare Beccaria e da Paul Johann Anselm von Feuerbach, secondo i quali si sarebbe dovuta individuare la *ratio* di quel principio proprio nell'esigenza che già originariamente in sede di approvazione della legge incriminatrice il legislatore descrivesse gli elementi del reato in modo determinato, chiaro ed esauriente<sup>26</sup>.

---

viene intesa come l'attribuibilità alla disposizione di un significato qualunque»: secondo l'Autrice «si tratta, piuttosto, della possibilità per l'interprete di rinvenire una lettura "stabile" della disposizione di cui si lamenta l'indeterminatezza».

<sup>21</sup> Il punto è ben sottolineato, *inter alios*, da A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in *L'Ind. pen.*, 2017, 664-665; in senso contrario cfr. M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018, 26, secondo cui la determinatezza della fattispecie di reato «è solo in parte dichiarabile *ante applicationem*, perché è solo nei casi facili che vale il principio "*in claris non fit interpretatio*"...», nonché A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 345-346, secondo la quale «le esigenze di precisione, verificabilità e tassatività, se adeguatamente soddisfatte sul versante legislativo e su quello giudiziario, dovrebbero assicurare tanto una ragionevole accessibilità della legge penale quanto una ragionevole prevedibilità dell'esito giurisprudenziale» (corsivo nostro).

<sup>22</sup> Il riferimento è alla sentenza della Sesta Sezione penale della Corte di Cassazione del 12 giugno 2020, n. 18125, rep. in *www.giurisprudenzapenale.com*, 18 giugno 2020, 1 ss., la quale si sofferma sull'"allargamento" della definizione di associazione di tipo mafioso alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni comunque localmente denominate.

<sup>23</sup> Così la sentenza citata nella nota appena precedente, in *www.giurisprudenzapenale.com*, cit., 286.

<sup>24</sup> Così la sentenza citata nella nota 22, in *www.giurisprudenzapenale.com*, cit., 281.

<sup>25</sup> Per una particolare sottolineatura in tal senso cfr. M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 325.

<sup>26</sup> Per approfondimenti sul pensiero in materia dei due illustri pensatori cfr. M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. costituz.*, 2000, partic. 16.

Il consociato ha evidentemente una mera «aspettativa di norma»<sup>27</sup>, la quale non è altro che il risultato di una lettura, ossia di un'attività interpretativa della legge penale che qualunque consociato – più o meno qualificato – può operare nel momento in cui “si accosti” a quella legge: del resto, le regole di interpretazione della legge tratte dall'art. 12 delle preleggi si riferiscono non soltanto al giudice che poi la deve applicare, ma anche e più in generale a qualunque cittadino tenuto ad osservarla<sup>28</sup>.

Come bene è stato osservato, «le leggi non sono fatte, se non in ipotesi specifiche, per i giudici, ma per i cittadini, i cui comportamenti devono essere dalle leggi orientati. E i cittadini guardano proprio al testo, perché non possiedono la formazione culturale del giudice e i suoi strumenti cognitivi»<sup>29</sup>: di conseguenza, ai fini del rispetto del principio di determinatezza il consociato dovrà trarre dalla descrizione complessiva del fatto incriminato una percezione immediata e sufficientemente chiara del significato della disposizione incriminatrice; ciò significa che lo stesso deve avere una aspettativa di norma piuttosto elevata.

Questo postulato è ribadito con forza nella sentenza n. 115 del 2018 che, come è noto, ha “chiuso” la “vicenda Taricco”.

Questa decisione è significativa non solo perché la Corte assume una posizione che appare «fermissima»<sup>30</sup> e quasi «patriottica»<sup>31</sup> in materia di principio di determinatezza, il quale con una rigorosa affermazione concettuale viene elevato a principio supremo dell'ordinamento costituzionale ed eretto a vero e proprio controlimito, ma anche e soprattutto perché in essa si trova chiaramente scritto che “l'“ausilio interpretativo del giudice penale” è ricondotto a mero “*posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che *la persona può raffigurarsi leggendolo*”<sup>32</sup>.

Questo principio è ulteriormente specificato nella successiva sentenza n. 24 del 2019 in materia di misure di prevenzione in cui la Corte chiarisce quanto segue: al di fuori della materia penale l'interpretazione giurisprudenziale uniforme può avere un peso decisivo nel

---

<sup>27</sup> M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen. (web)*, 22 febbraio 2017, spec. 29-30.

<sup>28</sup> Cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, partic. 126 ss. e 129.

<sup>29</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 432: a sommo avviso di chi scrive, nella sopra citata affermazione di Massimo Luciani il cittadino dev'essere individuato in «un tipo di soggetto ideale, giuridicamente informato» (F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale – La fattispecie*, Padova, 1979, 315) perché «la pretesa di una determinatezza tale da rendere la norma conoscibile da tutti i consociati è completamente fuori dalla realtà, e può porsi al massimo come un lontanissimo ideale, cui progressivamente avvicinare la legislazione» (F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 314). Ridimensionano il “ruolo” del cittadino, invece, M. PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il «diritto vivente» tra riserva di legge e determinatezza delle fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1989, 34, secondo il quale l'esigenza che la disposizione penale debba essere determinata non richiede di porre quale parametro per verificare la comprensibilità delle fattispecie incriminatrici il cittadino medio il cui ruolo a questo proposito deve essere dunque ridimensionato; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989, 113, secondo il quale il cittadino risulta essere solo il beneficiario ultimo, ovvero in via essenzialmente indiretta, del principio di determinatezza in quanto l'immediato destinatario dello stesso è soltanto il giudice.

<sup>30</sup> A. CELOTTO, *Ritorno al passato sui controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2018, 1320.

<sup>31</sup> D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, cit., 51.

<sup>32</sup> Corsivo nostro.

conferire precisione alle disposizioni legislative pur in origine caratterizzate da un certo grado di imprecisione; nella materia penale, invece, l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non può colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale<sup>33</sup>.

Quest'ultima affermazione in particolare, a ben riflettere, fa ben comprendere il motivo per il quale l'orientamento in esame comporti il superamento del criterio – in precedenza, come già detto, utilizzato dalla Corte – del diritto vivente: quest'ultimo infatti, in base a questo più recente orientamento, non assolve più alla funzione di supplire all'imprecisione "congenita" della disposizione penale colmando il suo originario deficit di determinatezza<sup>34</sup>.

Tanto premesso, tale orientamento del Giudice delle leggi suscita al contempo anche serie perplessità nella misura in cui al fine di poter appurare la lesione del principio di determinatezza riconnette una valenza decisiva alla distinzione fra l'ipotesi in cui la disposizione penale sia non interpretabile e quella in cui essa si presti, invece, a diverse interpretazioni: si tratta di una distinzione conosciuta anche in altri ordinamenti se solo si pensa a quella dottrina statunitense che, proprio in relazione alle disposizioni incriminatrici, distingue fra il *canon of constitutional avoidance*, ovvero il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, e la *Void-for-Vagueness Doctrine*, ovvero il principio che consente di "sanzionare" le leggi vaghe ed indeterminate<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> La sent. n. 24 del 2019 – già anticipata sotto questo profilo dalla sent. n. 327 del 2008 – è stata anch'essa in seguito confermata (cfr. le sentt. n. 63 e n. 189 del 2019).

Proprio assumendo come punto di riferimento la sent. n. 24 del 2019 A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 302, dopo aver ricordato che la Consulta in riferimento alle misure di prevenzione attribuisce un peso preponderante al diritto vivente al fine di conferire alle stesse una determinatezza non presente – o non presente appieno – *ab origine*, conclude lapidariamente osservando che «a ben vedere... la centralità attribuita al diritto vivente come veicolo di determinatezza rappresenta uno dei capisaldi della giurisprudenza costituzionale registratasi in materia di determinatezza già in riferimento al "diritto penale in senso stretto": potrà discutersi del maggiore o minore grado di persuasività degli argomenti portati, di volta in volta, per considerare superato con successo il vaglio di determinatezza, ma l'approccio metodologico seguito in materia di misure di prevenzione non sembra discostarsi poi molto da quello seguito per la vera e propria materia penale»: l'Autrice adduce a sostegno della propria tesi soprattutto la sent. n. 327 del 2008 in tema di disastro innominato in merito alla quale viene rilevato che «il riferimento alla lettura offerta ai "disastri nominati" dal diritto vivente, secondo un iter argomentativo in cui un ruolo di primo piano è indubbiamente attribuito al bene giuridico tutelato (incolumità pubblica), disinnesci il potenziale di indeterminatezza della fattispecie senza ricorrere ad acrobazie ermeneutiche particolarmente spregiudicate e disinvolute» (p. 296). La tesi non può essere condivisa perché la Corte nella sent. n. 327 del 2008 chiarisce *expressis verbis* che "a precisare la valenza del vocabolo [disastro]... concorrono la finalità dell'incriminazione e la sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità" e solo dopo aver "evidenziato... come – al di là delle caratteristiche particolari delle singole figure (inondazione, frana, valanga, disastro aereo, disastro ferroviario, ecc.) – l'analisi d'insieme dei delitti compresi nel capo I del titolo VI consenta, in effetti, di delineare una nozione unitaria di «disastro»" la stessa Corte rileva solamente *ad abundantiam* che "tale nozione... corrisponde sostanzialmente alla nozione di disastro accolta dalla giurisprudenza di legittimità": non è un caso che la medesima Corte concluda il suo articolato ragionamento rilevando come l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa soltanto "assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa. Ed è in questa prospettiva che va letto, per l'appunto, il precedente richiamo alla corrente nozione giurisprudenziale di «disastro»" (corsivo nostro).

<sup>34</sup> Come già detto nella nota appena precedente, caso mai il diritto vivente può al massimo rilevare solo ai fini dell'assunto – di cui fra poco sopra nel testo si discorrerà – della cosiddetta non interpretabilità della disposizione incriminatrice, ovvero come elemento di conferma della possibilità di conferire un significato ad essa.

<sup>35</sup> Più in particolare, il *canon of constitutional avoidance* – corrispondente in buona sostanza all'interpretazione tassativizzante – può trovare applicazione soltanto in ipotesi di disposizione incriminatrice ambigua, mentre la *Void-for-Vagueness Doctrine* deve trovare applicazione unicamente in ipotesi di disposizione incriminatrice



Se la disposizione incriminatrice non arreca un *vulnus* al principio di determinatezza qualora la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice di stabilire il significato da attribuire ai vari elementi costitutivi che compongono la disposizione mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito allo stesso affidato, ciò significa che, di fatto, il principio in esame sarà leso solo nel caso in cui la stessa disposizione non sia in alcun modo suscettibile di interpretazione nonostante l'utilizzo di tutti i diversi criteri interpretativi a disposizione.

Secondo la Corte il giudice dovrebbe senz'altro sollevare la questione di costituzionalità per violazione del principio di determinatezza qualora avesse esperito tutte le possibili "vie" interpretative ma la disposizione continuasse ad essere priva di contenuto e quindi non interpretabile: questo perché qualunque significato fosse attribuito a quella disposizione «non potrebbe che essere arbitrario»<sup>36</sup>.

Qualora, invece, l'esito di questa attività ermeneutica ponesse il giudice di fronte a due o a più opzioni interpretative, "entrerebbe in scena" quel particolare "criterio orientativo" dell'autorità giudiziaria che viene comunemente definito dai commentatori e dai giudici comuni – ma anche dalla stessa Corte costituzionale<sup>37</sup> – interpretazione tassativizzante.

L'interpretazione tassativizzante è una sottospecie riconducibile al *genus* dell'interpretazione conforme a Costituzione, la quale presenta la seguente peculiarità: essa ha come parametro di riferimento non tutte le norme costituzionali, ma soltanto quella che incorpora il principio di determinatezza e dunque richiede al giudice di preferire, nel caso di plurime opzioni interpretative, quella che renda la disposizione determinata; in fondo, l'interpretazione tassativizzante non si identifica con un criterio interpretativo ulteriore rispetto ai criteri di cui il giudice penale dispone ordinariamente, bensì sta ad indicare che lo stesso deve utilizzare uno o più dei criteri che, appunto, normalmente utilizza nella sua attività ermeneutica ma con la specifica particolarità che i criteri a cui ricorre devono essere finalizzati a rinvenire un'opzione interpretativa che renda la disposizione determinata.

L'interpretazione tassativizzante esperita con successo esclude a monte la violazione del principio di determinatezza.

È chiaro che in teoria potrebbe anche verificarsi che la disposizione incriminatrice risulti, sì, in quanto tale suscettibile di interpretazione, ma, al contempo, che l'interpretazione tassativizzante sia tentata senza successo nel senso che nessuno dei vari significati tratti dalla disposizione è in grado di renderla determinata: in questo caso ovviamente il giudice dovrà sollevare la questione di costituzionalità per lesione del principio in esame dando contezza delle ragioni per le quali l'interpretazione tassativizzante nel caso di specie non ha avuto esito positivo anche se è evidente che la valutazione sulla correttezza del "risultato ermeneutico" a

---

insuscettibile – se non in modo arbitrario – di essere interpretata perché in quest'ultimo caso il ricorso all'*avoidance canon* sarebbe «improprio»: così W.W. BERRY III, *Criminal constitutional avoidance*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology* (vol. 104) 2014, 110, il quale stigmatizza la confusione fra il *canon of constitutional avoidance* e la *Void-for-Vagueness Doctrine* in cui sarebbe incorsa la *Supreme Court* nel caso *Skilling v. United States*, 130 S. Ct. 2896, 2928 (2010).

<sup>36</sup> F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 303.

<sup>37</sup> Cfr. la sent. n. 24 del 2019 in cui si trova scritto che la lettura volta a conferire in via ermeneutica maggiore precisione alle fattispecie di reato è "talora indicata come 'tassativizzante'".

cui è addivenuto il giudice *a quo* spetterà alla Consulta in sede di merito della questione sollevata.

Tanto l'assunto della cosiddetta non interpretabilità della disposizione incriminatrice quanto lo stesso canone ermeneutico dell'interpretazione tassativizzante – o perlomeno il suo utilizzo – suscitano perplessità sia di ordine puramente teorico, sia di carattere pratico-applicativo.

Quanto a queste ultime, non può non osservarsi che l'ipotesi in cui il giudice possa addivenire alla conclusione che la disposizione penale è non interpretabile risulta in pratica difficilmente realizzabile.

È certamente vero che, a differenza di ogni altro ramo del diritto, quello penale trova applicazione soltanto in sede giudiziale e che dunque il giudice penale è «totalmente “solo” di fronte alla legge» al punto tale che il suo compito interpretativo risulta tendenzialmente piuttosto «gravoso, poiché non può avvalersi di quell'opera di adattamento e avvicinamento della legge al fatto che è già stata svolta dagli attori sociali»<sup>38</sup>.

Ed è anche vero che il giudice penale, in sede di interpretazione e di applicazione della disposizione incriminatrice, deve fare i conti con il limite invalicabile del divieto di analogia<sup>39</sup>: tale divieto viene inferito dall'art. 25, comma 2 Cost. quale corollario del monopolio del legislatore nella “creazione” delle disposizioni incriminatrici<sup>40</sup> o comunque è tratto da un'interpretazione sistematica a livello costituzionale<sup>41</sup>.

Tuttavia, è altresì vero che non esistono regole interpretative specificamente penalistiche desumibili dai grandi principi del diritto penale<sup>42</sup>, né tanto meno è espressamente stabilito un ordine gerarchico fra le stesse<sup>43</sup>: di conseguenza, il giudice al fine di individuare il significato della disposizione penale può utilizzare – ed in effetti sovente impiega – molti criteri interpretativi e più in particolare quello letterale, quello finalistico, quello sistematico, quello storico, quello restrittivo, quello evolutivo, quello cosiddetto orientato verso le conseguenze, quello teleologico avente come oggetto il cosiddetto tipo criminoso, quello attualizzante e

---

<sup>38</sup> Entrambe le ultime citazioni sono tratte da F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI e C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, rispettivamente 517 e 518.

<sup>39</sup> Benché non unanime, appare dominante l'indirizzo secondo cui è del tutto legittima l'operazione analogica *in bonam partem* avendo cura tutt'al più alcuni autori di distinguere fra scriminante e scriminante (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 111-112) o fra cause di non punibilità aventi e quelle non aventi carattere eccezionale (cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna, 2019, 124-125).

<sup>40</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 122, definiscono il divieto di analogia in materia penale «una delle più importanti proiezioni» del principio *nullum crimen sine lege*.

<sup>41</sup> Cfr. M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 26-31, il quale ricollega il divieto in modo particolare all'art. 25, comma 3 Cost. in tema di misure di sicurezza e all'art. 13 Cost. in tema di restrizione della libertà personale; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur. Trecc.*, XX, Roma, 1990, 5, il quale riconnette il divieto agli artt. 1 cod. pen., 14 disp. prelim. e 199 cod. pen.

<sup>42</sup> Come ben nota F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, 7-8 nota 10, il principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2 Cost., così come ricostruito dalla dottrina e dalla Corte costituzionale, non si interessa minimamente dell'interpretazione giudiziale della norma penale se non nella limitatissima misura in cui vieta al giudice di procedere ad interpretazioni analogiche.

<sup>43</sup> Sottolinea bene quest'aspetto in linea generale L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 108; in senso analogo ma con specifico riferimento all'ambito penalistico cfr. G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 3, spec. 1118-1119.

quello – assai discusso a causa, come si dirà in seguito, della sua contiguità con l’analogia – estensivo.

Ne risulta che è in pratica quasi impossibile che, attraverso tutti questi vari criteri interpretativi di cui dispone, il giudice penale non riesca a conferire un significato alla disposizione incriminatrice: come è stato efficacemente sottolineato, «qualunque simbolo o segno, linguistico o no, è sempre “interpretabile”»<sup>44</sup>.

L’assunto della non interpretabilità della disposizione penale all’atto pratico trasforma allora il difetto di determinatezza in «un caso limite»<sup>45</sup>.

La più lampante dimostrazione di quanto appena osservato può essere tratta dal seguente dato di fatto.

Quando la Corte ha fatto riferimento agli altri criteri in precedenza ricordati per valutare la lesione del principio di determinatezza le decisioni di incostituzionalità sono state, sì, «solo delle gocce nell’oceano dell’imprecisione delle norme penali»<sup>46</sup>, ovvero pochissime<sup>47</sup>, ma comunque non sono mancate; a seguito dell’adozione dell’assunto della non interpretabilità, invece, la Corte non ha mai accolto una questione sollevata per la violazione di quel principio.

Non solo, ma il postulato della non interpretabilità non sembra reggere neanche sotto il profilo teorico.

Il problema è quello non di stabilire se la disposizione incriminatrice sia interpretabile oppure no, bensì di assodare a quale tipo di interpretazione essa possa essere sottoposta e soprattutto quali risultati interpretativi essa consenta, ovvero se questi risultati interpretativi siano «certi, incerti o addirittura arbitrari»<sup>48</sup>.

A questo punto si inserisce la problematica dell’interpretazione tassativizzante.

Il principio di determinatezza è un principio non contenutistico, bensì di formulazione linguistica.

In altri termini, esso non attiene all’oggetto della tutela della disposizione penale, bensì si interessa unicamente del profilo strutturale di questa indipendentemente e a prescindere da quale sia il suo contenuto<sup>49</sup>, ovvero richiede che essa sia “scritta” in modo chiaro e

---

<sup>44</sup> F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 316.

<sup>45</sup> Così A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen. (web)*, 21 novembre 2017, 20.

<sup>46</sup> S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, cit., 66, a cui si rimanda per indicazioni relative a queste rare decisioni d’incostituzionalità.

<sup>47</sup> Sulle cause della ritrosia che – a dir la verità, da sempre – la Consulta ha mostrato nel pronunciare l’incostituzionalità di disposizioni penali pur fortemente sospettabili di indeterminatezza cfr. P. NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1978, 494; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 100; A. FALLONE, *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008, I, 280.

<sup>48</sup> F.C. PALAZZO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>49</sup> Osserva F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 308, che il principio di determinatezza è volto ad impedire «sul piano della formulazione della norma» che «le esigenze politiche di tutela prendano il sopravvento sui diritti del singolo».

Una posizione *sui generis* che non lascia completamente persuasi è quella sostenuta da G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività*, cit., 131 e 146, secondo il quale la struttura logica del controllo di determinatezza «assume... una estensione che richiama i tratti caratteristici del sindacato sull’eccesso di potere legislativo»: non

preciso nei suoi elementi costitutivi in maniera tale da rendere edotto colui che la deve osservare – prima ancora di colui che la dovrà applicare – dell'esatto *discrimen* fra ciò che è penalmente vietato e ciò che è penalmente lecito.

Se si ha ben chiaro il presupposto da ultimo indicato, non può sfuggire la problematicità che deriverebbe nella seguente e tutt'altro che improbabile eventualità.

L'opzione interpretativa prescelta dal giudice, in quanto rende la disposizione determinata, è quella che si pone però in antitesi con un parametro costituzionale contenutistico quale potrebbe essere, ad esempio, il principio d'eguaglianza o quello di offensività del reato; un'analoga problematicità sarebbe inevitabilmente riscontrabile, per converso, nel caso in cui l'opzione che rende la disposizione conforme ad uno dei parametri contenutistici poc'anzi a titolo esemplificativo adottati fosse quella che rende la disposizione penale tutt'altro che precisa: quali determinazioni dovrebbe assumere il giudice qualora si verificassero queste eventualità?

Ma, al di là di questo, le perplessità che circondano l'interpretazione tassativizzante sono altre.

Nessuno dubita più oggi che la discrezionalità nell'interpretazione della disposizione penale sia una necessità ineludibile perché essa affida ai giudici «il compito di proseguire nel caso concreto le valutazioni astratte del legislatore»<sup>50</sup>: a questo proposito è stato osservato che «il legislatore è quello che mette i pezzettini e fa i singoli mattoni, ma come viene fuori il disegno non lo sa neanche e non lo può neppure sapere, perché il diritto è un'altra cosa. Il diritto non è scrivere un articolo, il diritto è vedere una fattispecie e sapere quale è la regola che si applica a questa fattispecie, da dove viene quella regola, che viene in effetti da una infinità di pezzi. La legge di cui parla la Costituzione quando dice che il giudice è soggetto soltanto ad essa, non è “il comma due dell'articolo tre della legge 399 del 2001”, ma è l'ordinamento giuridico e dell'ordinamento giuridico come tale non è depositario il legislatore, che è solo quello che ci mette i singoli pezzi»<sup>51</sup>.

Qualunque espressione linguistica isolatamente considerata è connotata, in realtà, da una certa – minore o maggiore che sia<sup>52</sup> – indeterminatezza, con l'inevitabile conseguenza che probabilmente nessuna espressione linguistica è tale, di per sé, da azzerare la libertà interpretativa dell'interprete<sup>53</sup>: questo fatta eccezione per quelle espressioni linguistiche il cui accertamento non passa per alcuna valutazione discrezionale, ovvero per i cosiddetti elementi

---

pare, infatti, di così immeditata ed intuitiva evidenza l'identificazione del mancato rispetto di un principio attinente alla formulazione linguistica della disposizione con l'eccesso di potere legislativo e dunque con la tanto discussa figura della *fraus constitutionis* intesa come un “falso scopo” degli atti normativi, ovvero come uno “straripamento” della legge – nel caso specifico di quella penale – dalla sfera attribuita per Costituzione al potere legislativo.

<sup>50</sup> Così F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1767.

<sup>51</sup> Così G. AMATO, *Il “potere diviso” e l'interpretazione della legge*, in *Quest. giust.*, 2003, n. 2, 315-316-317, il quale osserva che «ciò suona strano... in Italia, perché dentro di noi è rimasto quel residuo giacobino, è rimasta l'idea... che il legislatore esprime la volontà popolare e quindi deve stare sopra».

<sup>52</sup> Come scrive C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 4-5, la vaghezza della disposizione normativa «non è una qualità che c'è o non c'è, ma è principalmente una questione di grado».

<sup>53</sup> In tal senso cfr. altresì G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, 436.

rigidi i quali sono identificabili sia con gli elementi descrittivi di tipo naturalistico<sup>54</sup> e soprattutto numerico<sup>55</sup>, sia con gli elementi descrittivi di tipo giuridico che si configurano qualora la disposizione incriminatrice richiami norme giuridiche proprie di altri rami del diritto e dal contenuto puntuale<sup>56</sup>.

Tuttavia, poiché il principio di determinatezza intende evitare il «libertinaggio ermeneutico»<sup>57</sup>, ovvero che la discrezionalità nell'interpretazione della disposizione penale si presenti «priva di *vincoli normativi*» e che pertanto «la magistratura... si erga di fatto a *co-legislatore*»<sup>58</sup>, il legislatore deve impiegare una tecnica di formulazione della disposizione penale idonea a far sì che le espressioni linguistiche contenute nella stessa nel loro insieme risultino tali da rendere la disposizione medesima sufficientemente precisa.

Quanto appena osservato vale però non per tutte le espressioni linguistiche inserite nella disposizione incriminatrice, ma solo per quelle che ne compongono il nucleo concettuale.

Nelle disposizioni penali deve essere distinta una parte marginale o periferica e un nucleo concettuale o parte centrale: la prima – che un'autorevole dottrina tedesca denomina il *Begriffshof* – è composta da quelle espressioni linguistiche che non sono decisive nel delineare la condotta vietata, ma che tutt'al più svolgono solo una funzione di completamento o di specificazione; la seconda – che la stessa dottrina tedesca identifica come il *Begriffskern* – è composta da quelle espressioni linguistiche che sono, invece, assolutamente decisive nella delineazione della condotta penalmente sanzionata dalla disposizione<sup>59</sup>.

Di conseguenza, mentre in riferimento alla parte marginale si potrebbe anche avere «un degradare dal certo fino all'evanescente»<sup>60</sup> senza che si possa predicare la lesione del

---

<sup>54</sup> Si tratta di quegli elementi che fanno immediato riferimento ad una realtà di natura individuabile con sicurezza attraverso l'esperienza comune (ad es., distruzione, cosa, animale). Su tali elementi cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 102.

<sup>55</sup> Si pensi alle «cinque o più» persone di cui all'art. 112, comma 1, n. 1) cod. pen. in tema di circostanze aggravanti. Sugli elementi numerici cfr. F. MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>56</sup> Si pensi alle norme penali che richiamano la nozione di proprietà laddove è evidente che il risultato non cambierebbe se, a titolo esemplificativo, si eliminasse dalla fattispecie di furto di cui all'art. 624 cod. pen. l'abbreviazione data dalla qualifica di altruità e la si sostituisse con la formula «commette furto chiunque si impossessa di una cosa mobile che altri abbia occupato, usucapito, ereditato, ricevuto in dono, acquistato, prodotto nella propria impresa...» e così via con l'enunciazione di tutti i possibili modi di acquisto della proprietà previsti dall'ordinamento giuridico nel momento in cui il soggetto compie il fatto sussumibile sotto la fattispecie di furto: sul punto cfr. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, 214-215.

<sup>57</sup> D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 169. Come bene è stato scritto, «negare la creatività del giudice non significa postulare la meccanicità della sua opera intellettuale e valorizzare la certezza del diritto (negletta dai «creazionisti») non significa precludere qualunque evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali»: così M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 7 gennaio 2020, 14 e *ivi* nota 70 per ulteriori osservazioni.

<sup>58</sup> Le ultime due citazioni sono tratte da C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale: un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 3, 1441; sulla «figura» del «giudice sovrano» cui il mancato rispetto del principio di determinatezza potrebbe perfino condurre cfr. R.H. BORK, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Macerata, 2006, spec. 224 ss.

<sup>59</sup> Per la distinzione fra il *Begriffshof* e il *Begriffskern* cfr. in modo particolare P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, 173; nella dottrina italiana distingue il «nucleo centrale» dall'«alone marginale» della fattispecie di reato F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 394.

<sup>60</sup> L'espressione è presa da P.G. GRASSO, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella Costituzione italiana*, Milano, 1972, 156.

principio di determinatezza, il nucleo concettuale deve essere formulato in modo almeno sufficientemente preciso pena la lesione di quel principio: questo perché soltanto la sufficiente precisione di questo nucleo concettuale da un lato può consentire al consociato di prefigurarsi quale condotta la disposizione proibisce e di prevedere ragionevolmente le decisioni degli organi giudicanti nel caso in cui quella condotta venisse commessa e dall'altro lato può evitare che al giudice sia in buona sostanza richiesto non «un atto di interpretazione (pur nelle sue inevitabili componenti soggettive), ma un atto di volontà creatrice»<sup>61</sup>.

Quanto appena detto vale soprattutto nel caso in cui il legislatore ricorra a clausole generali, a concetti indeterminati o a formule “elastiche”, ovvero ad elementi che non sono astrattamente tipizzati a priori dal legislatore stesso e il cui utilizzo può tradursi addirittura «in una (parziale) rinuncia a legiferare»<sup>62</sup>.

Che il ricorso a questi elementi indeterminati sia molto frequente pare difficilmente contestabile.

Basti pensare che dopotutto non solo la stessa Costituzione italiana è ricca di enunciazioni indeterminate ed “elastiche” nonché di riferimenti a criteri di valore etico/sociale<sup>63</sup>, ma anche nel codice penale e nelle leggi speciali compaiono spesso queste formule: si pensi all'espressione linguistica “senza giustificato motivo” o a quella “favoreggiamento” o a molte altre ancora del più vario tipo e contenuto.

Tuttavia, un conto è che le formule in esame siano utilizzate nella Carta costituzionale, la quale – come ha bene affermato il Giudice delle leggi nella pur lontana sentenza n. 191 del 1970 – “usa locuzioni come 'senso di umanità', 'buon costume', 'dignità sociale', né si può dire che le relative norme manchino di un identificabile valore positivo”; altro e diverso conto è che a formule indeterminate faccia ricorso il codice penale o le leggi speciali: in quest'ultimo caso non pare possa essere categoricamente sostenuto – come pure fece la Corte costituzionale nella stessa sentenza poc'anzi citata – che “quando la legge penale prevede la tutela di beni immateriali (come il decoro, l'onore, la reputazione, il prestigio, la decenza ed altri) il ricorso a nozioni proprie del linguaggio e dell'intelligenza comuni... è inevitabile, né si è pensato, finora, a lamentare in proposito la violazione del principio di legalità”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 103, il quale adduce come esempio la legge – evidentemente molto vaga – sui *Volksschädlinge*, ovvero sui danneggiatori del popolo, dell'epoca nazista.

<sup>62</sup> Così A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1988, 622.

<sup>63</sup> Osserva correttamente P.G. GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege”*, cit., 147, che si tratta di enunciazioni e di criteri rivolti al legislatore, ragion per cui il giudice è legittimato a decidere solo dopo che lo stesso legislatore abbia posto in essere le discipline intermedie più precise: l'A. conclude osservando che in ogni caso neppure al legislatore è consentito di ripetere quelle enunciazioni e quei criteri in specifiche disposizioni penali senza aggiunta di disciplina ulteriore e più precisa.

<sup>64</sup> Nella stessa sent. n. 191 del 1970 la Corte conclude nel senso che “il costume varia notevolmente secondo le condizioni storiche d'ambiente e di cultura, ma non vi è momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano”. In realtà, l'“oscenità” può essere definita un elemento non già descrittivo (quale può essere, ad es., il “concetto” di uomo o quello di donna), bensì valutativo nel senso che è in grado non «di indicare direttamente i fatti designati dall'elemento in questione, ma solo di comunicare e far conoscere, nei limiti e nei modi in cui ciò sia possibile, il parametro o criterio valutativo, attraverso l'uso del quale solamente sarà possibile pervenire all'individuazione dei fatti giuridicamente rilevanti»: così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 336 nonché 426, il quale – a p. 351 – osserva acutamente che gli

Basti pensare alle fattispecie, previste dagli artt. 527 ss. cod. pen., poste a tutela del pudore: la persistente oscillazione della giurisprudenza fra parametri di valutazione dell'osceno contraddittori al di là di ogni ragionevolezza rappresenta la migliore riprova dell'indeterminatezza del "concetto" di buon costume, ragion per cui «è la stessa "inafferrabilità" del bene oggetto di protezione a tradursi in una conseguente inafferrabilità dei fatti che lo ledono»<sup>65</sup>.

Si pensi anche alle cosiddette norme penali in bianco il cui prototipo è rappresentato dall'art. 650 cod. pen. che punisce "chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene": pare difficile negare che la disposizione codicistica appena citata violi il principio di determinatezza nella misura in cui non indica le autorità competenti ad emanare i provvedimenti né tanto meno le condizioni ed i presupposti della loro emanazione, ma utilizza espressioni che non consentono al giudice di identificare con certezza e con precisione le classi di provvedimenti sotto le quali ricondurre il singolo provvedimento concreto; al massimo si può ritenere che il termine "igiene" designi un campo di materia sufficientemente preciso, ma pare poco confutabile l'«oscurità»<sup>66</sup> di espressioni come "giustizia", "sicurezza pubblica" e "ordine pubblico", le quali «evocano nozioni così ampie, vaghe e controverse da consentire ad ogni singolo giudice di riempirle a suo arbitrio dei contenuti più svariati»<sup>67</sup>.

Certo non si può sostenere che una disposizione incriminatrice sia sempre costituzionalmente illegittima per violazione del principio di determinatezza nella parte in cui contiene concetti indeterminati, clausole generali o formule "elastiche" perché, anzi, tali formule possono anche consentire, in veste di «organi respiratori»<sup>68</sup>, di adeguare costantemente la disciplina penale all'evoluzione della realtà sociale.

Alla conclusione dell'illegittimità costituzionale si può addivenire, in realtà, soltanto a due condizioni: la prima è che tali formule siano contenute non nella parte marginale della disposizione incriminatrice, bensì nella sua parte concettuale intesa, queste due parti, nel senso poco addietro esplicitato; la seconda è che quelle formule non siano state "chiarite" dal legislatore nella stessa disposizione incriminatrice o anche, eventualmente, in altra

---

elementi valutativi possono, sì, essere «risolti» nell'elencazione di "fatti", ma «proprio questa individuazione di fatti in forma descrittiva... è sempre necessariamente preceduta dall'attività valutativa richiesta dall'elemento appunto valutativo».

<sup>65</sup> Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 95, i quali rilevano che il "concetto" di buon costume è «talmente frantumato nella nostra società non omogenea da apparire difficilmente riconducibile ad un univoco sentire collettivo».

<sup>66</sup> L'espressione è dovuta a G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 115.

<sup>67</sup> Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 113; in senso contrario si è espressa, invece, la Corte costituzionale nella pur lontana sent. n. 168 del 1971 la quale ha ritenuto l'art. 650 cod. pen. descritto "tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi" anche se «nella decisione non si è compiuto alcun giudizio sulla determinatezza della norma penale, nella parte in cui dovrebbe individuare la classe di provvedimenti amministrativi protetti dalla pena» [così, del tutto condivisibilmente, I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in E. D'ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 24].

<sup>68</sup> La felice espressione è tratta da G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 96; già F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 354, poteva rilevare che l'impiego di tali formule "elastiche" «consente l'adattamento continuo ed automatico dell'ambito applicativo della norma ai mutamenti che subisce la valutazione dei fatti nella società».

disposizione e che dunque esse non risultino «nella loro enunciazione... precise, circoscritte e fisse almeno per una parte non trascurabile»<sup>69</sup>.

Qualora il legislatore penale non provveda a monte a delimitare in alcun modo i confini della parte concettuale della disposizione incriminatrice e in modo particolare i suddetti elementi indeterminati in essa eventualmente presenti, si possono verificare due ipotesi alternative fra di loro: o l'interpretazione tassativizzante operata dal giudice è assolutamente inutile perché non può mai conferire precisione alla parte concettuale della disposizione; oppure essa riesce, sì, nello scopo di rendere questa parte determinata, ma solo ad un prezzo inaccettabile in quanto, come già anticipato poco addietro, i suoi risultati interpretativi sono assolutamente arbitrari.

Ed è quest'ultima l'ipotesi che si verifica molto spesso nella prassi giurisprudenziale ben comprovata da un attento esame di molte decisioni della Corte di Cassazione<sup>70</sup>.

Basti pensare che l'interpretazione tassativizzante sempre più frequentemente conduce ad operare la cosiddetta *interpretatio abrogans* di una parte della disposizione incriminatrice: questa si verifica quando i giudici comuni del tutto arbitrariamente depotenziano o, peggio ancora, di fatto eliminano un elemento strutturale della fattispecie di reato.

Emblematica a questo proposito è la sentenza n. 40076 del 2017 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, meglio conosciuta come sentenza "Paternò", ma ancor più emblematica è la sentenza n. 31322 del 2018 della Prima Sezione penale della stessa Corte di Cassazione, più nota come sentenza "Pellegrini".

In entrambe le occasioni la Suprema Corte si esprime in merito ad una questione di diritto relativa all'art. 75, comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 (il cosiddetto codice antimafia) che punisce con la reclusione da uno a cinque anni l'inosservanza degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o con divieto di soggiorno. Tali obblighi e prescrizioni – attraverso la tecnica *per relationem* – sono ricavabili dall'art. 8, comma 4 dello stesso decreto legislativo, il quale stabilisce che essi debbano "in ogni caso" essere disposti dal tribunale nei confronti del sorvegliato speciale: si tratta, più in particolare, delle prescrizioni consistenti nel "vivere onestamente", nel "rispettare le leggi", nel "non allontanarsi dalla dimora senza preavvisare l'autorità di pubblica sicurezza", nel "non rincasare la sera più tardi e non uscire la mattina più presto di una data ora e senza comprovata necessità e comunque senza averne dato tempestiva notizia all'autorità di pubblica sicurezza", nel "non detenere e non portare armi" e nel "non partecipare a pubbliche riunioni".

La Corte di Strasburgo con la sentenza del 23 febbraio 2017 *De Tommaso c. Italia* ha rilevato l'estrema vaghezza e genericità del contenuto delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi": a giudizio della Corte queste prescrizioni non sono delimitate in modo sufficientemente preciso e conseguentemente violano il principio – che, pur avendo

---

<sup>69</sup> Così P.G. GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege"*, cit., 160.

<sup>70</sup> In tal senso pare orientarsi anche V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 112-113, il quale critica l'orientamento della Corte costituzionale finalizzato ad «attribuire all'interpretazione "tassativizzante" fornita dalla giurisprudenza la capacità di conformare al principio di determinatezza illeciti penali dai contorni slabbrati – talora addirittura eterei – nella descrizione normativa, alla sola condizione, assai poco selettiva, che l'operazione ermeneutica poggi su un "fondamento controllabile"».



un punto di riferimento fondamentale già nell'art. 7 CEDU, viene tratto segnatamente dall'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione – di prevedibilità della condotta in virtù del quale deve essere consentito ai cittadini di regolare la propria condotta e di prevedere le conseguenze che da essa possano derivarne.

Ebbene nella sopra citata sentenza “Paternò” la Cassazione, lungi dal proporre una questione di legittimità costituzionale in ordine al reato di cui all'art. 75, comma 2 in riferimento alle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare la legge” assumendo come parametro di costituzionalità l'art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione nell'interpretazione offertane nella sentenza *De Tommaso*, procede ad una “rilettura ermeneutica... che... consente di evitare ogni valutazione circa la necessità di sollevare incidente di costituzionalità della fattispecie penale per l'indeterminatezza della formulazione del precetto sulla base dell'interpretazione della Corte EDU”<sup>71</sup>.

Le Sezioni Unite decidono così di percorrere la strada dell'interpretazione convenzionalmente orientata della fattispecie incriminatrice mediante una sua lettura tassativizzante e tipizzante che ha come risultato una “riduzione teleologica” della stessa: in altre parole, il principio di determinatezza è utilizzato non come parametro di legittimità costituzionale, bensì quale canone ermeneutico che riduce l'area della fattispecie criminosa rispetto al suo tenore letterale, ovvero che cancella in via interpretativa dalla sfera applicativa della fattispecie di reato due ipotesi – la violazione delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi” – pure inequivocabilmente ricomprese dalla lettera testuale della disposizione dell'art. 75, comma 2.

Ora, che, come ha più volte chiarito la Corte costituzionale<sup>72</sup>, il giudice abbia non una mera facoltà, bensì un vero e proprio obbligo<sup>73</sup> di interpretare in modo convenzionalmente conforme le disposizioni legislative – ivi comprese quelle penali – non significa che attraverso quell'interpretazione lo stesso giudice possa neutralizzare o, meglio ancora, parzialmente disapplicare una parte della fattispecie criminosa prevista dal legislatore.

La circostanza poi che nel caso di specie le Sezioni Unite diano vita ad un'*interpretatio abrogans* parziale *in bonam partem* non sposta i termini del problema.

---

<sup>71</sup> Così la sentenza Paternò rep. come allegato al commento di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017, 17.

<sup>72</sup> Cfr., per tutte, la dec. n. 49 del 2015: questo senza dimenticare che la Consulta riconosce il dovere di interpretazione convenzionalmente conforme anche laddove manchi in materia una puntuale pronuncia da parte della Corte di Strasburgo (cfr., ad es., le dec. n. 43 e n. 68 del 2017, nonché n. 63 del 2019), ma ricordando, al contempo, che la stessa Consulta ha ribadito che l'obbligo di interpretazione conforme in relazione sia al diritto UE sia alla CEDU viene meno per il giudice allorquando questa collida con la lettura della disposizione oramai cristallizzata in un diritto vivente (cfr. la sent. n. 200 del 2016 e, per ragguagli in dottrina, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 154, nonché, da ultima, C. NARDOCCI, *Il “diritto” al Giudice costituzionale*, Napoli, 2020, 162).

<sup>73</sup> Osserva a questo proposito A. BERNARDI, *Presentazione. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in A. BERNARDI (cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, XIII-XIV, che l'interpretazione conforme la quale presenti come punto di riferimento il diritto UE, la Costituzione o la CEDU presenta la specificità di non essere una vera e propria tecnica interpretativa, bensì di costituire «piuttosto – al pari del vincolo testuale – un obbligo, un dovere, un argine insito in ogni forma di interpretazione, insomma... una regola».

Questo perché l'interpretazione conforme al diritto sovranazionale – con specifico riferimento al diritto dell'Unione e alla CEDU – incontra non solo i limiti che vengono usualmente definiti assiologici, ma anche i limiti cosiddetti logici o altrimenti detti ontologici: se i primi sono finalizzati ad evitare che l'operazione ermeneutica produca risultati contrastanti con le norme costituzionali e per il diritto eurounitario con i soli principi supremi<sup>74</sup>, i limiti logici sono connessi all'esigenza di impedire che “si decreti la morte” dell'univoco tenore letterale della disposizione incriminatrice<sup>75</sup>.

Ne consegue che i limiti logici sono indubitabilmente violati dalle interpretazioni conformi alla normativa sovranazionale le quali si risolvano in una *interpretatio abrogans* della norma penale tanto *in malam partem*<sup>76</sup>, quanto anche però *in bonam partem*: a nulla varrebbe obiettare che quest'ultima produce effetti favorevoli per il reo perché questa produzione di effetti favorevoli non potrebbe mai condurre, attraverso una «sostanziale abrogazione in via

---

<sup>74</sup> Sui limiti assiologici cfr. F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORSO - E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. II, Piacenza, 2010, 661 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 75; G. SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 16 giugno 2016, 9-10; V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 157.

È opportuno rammentare che i limiti assiologici pongono, rispetto a quelli logici, problematiche di ancor più difficile risoluzione. È molto discusso, ad es., se i limiti assiologici, i quali certamente impediscono che l'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali sfoci nella creazione – tramite il metodo analogico – di nuovi reati o nell'inasprimento della risposta sanzionatoria, si oppongano altresì ad un'interpretazione della disposizione incriminatrice meramente estensiva, la quale, pur mantenendosi, sì, all'interno delle possibili alternative di senso espresse dal segno linguistico utilizzato dal legislatore, comunque provoca pur sempre un effetto espansivo della portata incriminatrice della legge. Benché il tema sia troppo vasto per poter essere adeguatamente affrontato in questa sede, a parere di chi scrive è condivisibile la tesi secondo la quale l'interpretazione estensiva della disposizione incriminatrice finalizzata ad assicurarne la conformità rispetto alle norme sovranazionali deve essere ritenuta ammissibile. Questo perché nell'ordinamento italiano non è consacrato a livello né legislativo né tanto meno costituzionale un principio ermeneutico modellato sulla falsariga della *rule of lenity* conosciuta nel sistema statunitense [sulla *rule of lenity* cfr. J.I. DAVOLI, *Justice Scalia for the Defense?*, in *Univ. of Baltimore Law Rev.* (vol. 40), 2011, 687 ss., partic. 742-748, mentre sul problema intrinsecamente connesso consistente nel chiarire se la *constitutional avoidance doctrine*, ovvero il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, possa essere impiegata in senso espansivo della punibilità è opportuno il riferimento al caso *United States v. Davis* deciso dalla *Supreme Court* nel 2019 ed in modo particolare alla spaccatura ivi registratasi fra la posizione espressa, da un lato, dal giudice Gorsuch, secondo il quale la *constitutional avoidance doctrine* non può essere impiegata *contra reum*, e quella manifestata, dall'altro lato, dai giudici Kavanaugh, Roberts, Alito e Thomas, che esternano l'opinione opposta], ovvero di quel canone interpretativo, derivante dalla tradizione di *common law* e sostenuto con fermezza anche da alcuni giudici della Corte Suprema, che, in presenza di una disposizione incriminatrice che si presta sia ad un'interpretazione che ne estende sia ad un'interpretazione che ne restringe l'ambito applicativo, impone all'interprete ed *in primis* al giudice di privilegiare il significato più favorevole all'imputato [in tal senso cfr. anche F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 14 febbraio 2014, 175, il quale evidenzia come nel nostro ordinamento non vi sia traccia alcuna dell'esistenza della regola *in dubio pro reo* riferita, però, non all'accertamento processuale del fatto, ma all'interpretazione della disposizione incriminatrice].

<sup>75</sup> Sui limiti logici cfr. F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, cit., 649; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 56; V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 147 ss. e 155 ss.

<sup>76</sup> Una dimostrazione lampante – sia pure in forma molto “mascherata” – di *interpretatio abrogans in malam partem* «strutturale» (così D. MICHELETTI, *Jus contra lex*, cit., 181 e *ivi* note 69, 70 e 71) è rappresentata dalla “vita giurisprudenziale” delle “condotte reiterate” di cui all'art. 612-bis cod. pen.: affinché possano dirsi concrete tali “condotte reiterate” la Cassazione ritiene infatti sufficienti anche due sole azioni sgradite ancorché realizzate nella stessa giornata, con la conseguenza pratica che è come se l'elemento della reiterazione delle condotte non fosse più presente nel testo della suddetta disposizione codicistica.

interpretativa di un segmento della disposizione incriminatrice»<sup>77</sup> operata dal diritto vivente giurisprudenziale, ad amputare di un suo elemento costitutivo la fattispecie di reato prevista dalla disposizione incriminatrice in spregio dell'inequivoco tenore letterale del testo<sup>78</sup>.

Le espressioni linguistiche “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” possono senz'altro – e, ad avviso di chi scrive, con ottime ragioni – essere sospettate di violare il principio di determinatezza, ma è indiscutibile che queste due espressioni costituiscano un elemento della fattispecie di reato: le Sezioni Unite, invece, al fine di rendere determinata la disposizione incriminatrice ne “calpestando” la lettera e dunque violano i suddetti limiti logici senza alcun coinvolgimento della Corte costituzionale<sup>79</sup>; il che rende molto perplessi perché, da un lato, «l'esegesi conforme non è il letto di Procuste, dove l'interprete possa “sevizare” a piacimento la *littera legis*»<sup>80</sup> la quale, anzi, «costituisce per il giudice penale un limite insuperabile»<sup>81</sup> e, dall'altro lato, soltanto la Consulta dispone di quella che è stata definita la «bomba atomica»<sup>82</sup>, ovvero del potere di dichiarare incostituzionali le leggi.

Se la soluzione adottata dalla sentenza “Paternò” per i motivi poco sopra esplicitati pare non condivisibile ma quanto meno presenta l'“attenuante” di basarsi su un'indicazione chiara che proviene dalla sentenza *De Tommaso*, la conclusione a cui addiuvano la sentenza “Pellegrini” sembra ancora più contestabile.

Nella sentenza “Pellegrini” la Corte di Cassazione si esprime in merito ad una questione di diritto relativa all'art. 75, comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 in riferimento, però, non alle prescrizioni del “vivere onestamente” e del “rispettare le leggi”, bensì alla prescrizione del “non partecipare a pubbliche riunioni”: più specificamente, in questa occasione la Cassazione si orienta nel senso di ritenere che il rinvio alle prescrizioni inerenti la sorveglianza speciale debba essere interpretato come non comprensivo del divieto di partecipare a pubbliche riunioni a causa della sua indeterminazione ritenuta del tutto analoga a quella che – nell'opinione

---

<sup>77</sup> Così G. AMARELLI, *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2018, 1 ss.: a nostro sommo avviso nell'affermazione dell'A. citata nel testo va sottolineato l'aggettivo “sostanziale” nel senso che, come si dirà in seguito, formalmente l'interpretazione tassativizzante proveniente dalla Cassazione, quand'anche a Sezioni Unite, non esplica la stessa efficacia di una legge abrogatrice.

<sup>78</sup> In tal senso cfr. anche F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale*, cit., 174; in senso contrario cfr., invece, G. SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo*, cit., 11.

<sup>79</sup> In senso conforme a quanto sostenuto nel testo cfr. V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 150-151; in senso diverso cfr., invece, F. VIGANÒ, *Nuovi sviluppi in materia di legalità penale*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018 - Enc. giur. Trecc.*, Roma, 2018, 87 ss., partic. 92-93, il quale, pur osservando che certamente l'operazione delle Sezioni Unite è «un pochino... ardita», ritiene che esse non paiono «esorbitare dal proprio ruolo interpretativo».

<sup>80</sup> Così V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen. (web)*, 9 luglio 2012, 18.

<sup>81</sup> Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 171; anche la stessa Cassazione suole sovente confermare questa lapidaria affermazione dottrinale [cfr. inequivocabilmente Cass. S.U. (pen.), 22 febbraio 2018, n. 8770] salvo poi, come nel caso delle sentenze “Paternò” e “Pellegrini”, in svariate occasioni orientarsi nei fatti in senso del tutto opposto.

<sup>82</sup> L'espressione è tratta da D. GALLIANI, *“È più facile perdonare un nemico che un amico”. La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano*, in P. PINTO de ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino, 2016, 18.

delle sentenze *De Tommaso* e “Paternò” – caratterizza le prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”.

Il fatto è che nella sentenza *De Tommaso* la Corte di Strasburgo non contesta affatto la vaghezza del contenuto della prescrizione del “non partecipare a pubbliche riunioni” quale causa da cui derivi, come effetto, il deficit di conoscibilità, ma stigmatizza semmai l’eccessiva ampiezza e l’assolutezza del divieto dal momento che la legge non specifica alcun limite temporale o spaziale della libertà fondamentale consistente nel partecipare a pubbliche riunioni.

Il riferimento, contenuto nella stessa sentenza *De Tommaso*, alla circostanza che la restrizione di tale libertà fondamentale è lasciata interamente alla discrezione del giudice solo apparentemente sembra evocare anche il vizio dell’incertezza del contenuto della prescrizione: a ben riflettere, eccezion fatta per la delineazione in sede interpretativa dei confini esatti della nozione di “pubbliche riunioni”, la prescrizione del “non partecipare a pubbliche riunioni” al fine di essere concretamente applicabile non necessita di ulteriori specificazioni; in fondo, in questo sta la differenza rispetto, ad esempio, alla prescrizione “di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una determinata ora” per la quale occorre, invece, la specificazione dell’orario nel decreto.

Nella sentenza “Pellegrini” la Corte di Cassazione in ragione dell’asserita indeterminatezza della prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni compie la medesima interpretazione tassativizzante operata dalle Sezioni Unite nella sentenza “Paternò”: il tutto, però, con l’“aggravante” di disapplicare una parte della disposizione incriminatrice sulla base di una motivazione il cui elemento centrale risiede nel carattere di indeterminatezza che la Suprema Corte ritiene di dover evincere dalla sentenza *De Tommaso* nonostante quest’ultima, in realtà, non evidenzia affatto *expressis verbis* quel carattere<sup>83</sup>.

La sentenza “Paternò” e la sentenza “Pellegrini” dimostrano senza ombra di dubbio come l’interpretazione tassativizzante condotta al metro della norma sovranazionale così come letta dalla Corte di Strasburgo non trovi alcun ostacolo neppure nell’univoco tenore letterale della legge che pure i giudici comuni nei tempi più recenti propendono a ritenere – con l’avallo della Corte costituzionale<sup>84</sup> – una barriera sempre più insuperabile anche nei confronti dello stesso onere di interpretazione conforme a Costituzione: di conseguenza, è del tutto condivisibile l’opinione dottrinale secondo la quale l’interpretazione tassativizzante «accentua

---

<sup>83</sup> Anche la stessa Corte di Cassazione in una decisione successiva alla sentenza “Pellegrini” si è espressa – per giunta a Sezioni Unite – criticamente su di essa proprio sotto il profilo che chi scrive ha stigmatizzato sopra nel testo: cfr. la sentenza della Cassazione penale a Sezioni Unite del 18 novembre 2019, n. 46595, rep. in *www.sistemapenale.it*, 3 dicembre 2019, partic. 16-17.

<sup>84</sup> La più recente giurisprudenza costituzionale è orientata nella seguente direzione: qualora il giudice *a quo* abbia tentato l’interpretazione conforme a Costituzione della disposizione legislativa ma l’abbia ritenuta impraticabile in modo particolare a causa del tenore letterale della disposizione, sarà caso mai la Corte costituzionale a dover assodare la correttezza dell’interpretazione per la quale l’autorità giudiziaria rimettente ha optato e dunque a pronunciarsi nel senso non già dell’inammissibilità, bensì, eventualmente, dell’infondatezza della questione di costituzionalità sollevata (cfr. per tutte, fra le ultime, le sentt. n. 11 del 2020 e n. 97 dello stesso anno e in dottrina M. RUOTOLO, *L’interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *www.gruppodipisa.it*, 30 ottobre 2019, 37 ss. e *ivi* riferimenti alle tesi, contrapposte, espresse in materia da Luciani e da Bignami).

notevolmente il protagonismo ermeneutico del giudice ancora di più di quanto già non faccia la “comune” interpretazione conforme»<sup>85</sup>.

D'altra parte, è ben vero che l'interpretazione tassativizzante proveniente dalla Cassazione, quand'anche a Sezioni Unite, non solo non ha la medesima “capacità di vincolare” ascrivibile ad una declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>86</sup>, ma non esplica neppure la stessa efficacia di una legge abrogatrice: mentre infatti l'abrogazione “toglie” dal sistema il testo abrogato, l'interpretazione – ivi compresa quella tassativizzante – resta legata al testo ufficiale che resta vigente tanto da prestarsi a nuove e successive interpretazioni.

Ma è difficile negare all'interpretazione tassativizzante operata dalla Cassazione il ruolo di «esclusiva *fonte di produzione* della norma vivente»<sup>87</sup> e, anzi, nel caso in cui tale interpretazione provenga dalle Sezioni Unite questo ruolo diventa ancora più rilevante: questo perché attraverso l'art. 618, comma 1-*bis* cod. proc. pen., a mente del quale la Sezione semplice, la quale ritenga di “non condividere” il principio di diritto formulato in una sentenza delle Sezioni Unite, è obbligata a rimettere a queste ultime la decisione del ricorso, il legislatore nel 2017 ha introdotto nel nostro ordinamento – sia pure in forma attenuata da tutta una serie di fattori<sup>88</sup> – il vincolo del precedente riferito alle sentenze delle Sezioni Unite.

Non solo, ma v'è di più.

In alcuni casi è proprio la stessa interpretazione tassativizzante *ex se* a dimostrare che la disposizione incriminatrice è stata formulata non in conformità al principio di determinatezza.

Questo si verifica allorquando risulta estremamente difficile valutare se l'interpretazione tassativizzante operata nei confronti della disposizione penale si sia estrinsecata in un'interpretazione estensiva o in una vera e propria analogia *in malam partem*<sup>89</sup>.

Il confine fra l'interpretazione estensiva e l'analogia viene generalmente identificato nella sottile linea distintiva che segue: nella prima «noi ci muoviamo nell'ambito di una norma: il caso in esame rientra nella ipotesi astratta configurata dal legislatore, sia pure dando alle parole della legge un significato più ampio di quello che risulta apparentemente da esse»; nella seconda «il caso da decidere non può in alcun modo essere compreso nella disposizione, anche se questa si dilata dall'interprete fino al limite della sua massima espansione; il caso

---

<sup>85</sup> Così F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, 146.

<sup>86</sup> Sul punto cfr. le interessanti osservazioni in senso adesivo a quanto rilevato sopra nel testo di G. AMARELLI, *Ulteriormente ridotta la tipicità*, cit., 1 ss., mentre in senso almeno parzialmente diverso cfr. F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini*, cit., 1 ss., il quale sostiene che la giurisprudenza delle Sezioni Unite deve essere ritenuta un «formante dotato di un'autorità analoga – almeno dal punto di vista funzionale – a quello delle pronunce della Corte costituzionale».

<sup>87</sup> Si prende a prestito questa definizione data più in generale alla giurisprudenza della Corte di Cassazione da A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, 272.

<sup>88</sup> Come ben rileva G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018, 7, l'art. 618, comma 1-*bis* cod. proc. pen. introduce nel nostro sistema giudiziario il vincolo del precedente riferito alle sentenze delle SS.UU. «in maniera graduale, in quanto il vincolo è limitato all'interno della corte di cassazione, non è assoluto e non opera nei confronti dei giudici di merito» e conclude osservando che l'obbligatorietà della rimessione non è assistita da alcuna sanzione in caso di sua inosservanza.

<sup>89</sup> Lo nota con la consueta acutezza anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 108.

anzidetto, perciò, è fuori della norma e ad esso diamo la regolamentazione stabilita per una ipotesi diversa»<sup>90</sup>.

Sebbene nel campo penale alcuni commentatori abbiano manifestato perplessità nei confronti dell'ammissibilità dell'interpretazione estensiva sulla base del presupposto che essa «nel porre in relazione un comportamento con il significato di una norma procede per somiglianze, parziali concordanze e discordanze, onde è *sempre* latente il rischio di ricadere in un giudizio analogico mascherato»<sup>91</sup> e altri studiosi abbiano addirittura categoricamente escluso l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva muovendo dal postulato che le disposizioni incriminatrici «sono, propriamente, norme "eccezionali", da interpretarsi dunque in senso strettamente "letterale"»<sup>92</sup>, tuttavia sia larghissima parte della dottrina<sup>93</sup> sia la stessa giurisprudenza di legittimità<sup>94</sup> propendono per la tesi secondo la quale l'interpretazione estensiva, al contrario del procedimento analogico, deve essere ritenuta ammissibile nel settore penale.

Tuttavia nella prassi applicativa risulta non di rado difficilmente individuabile il confine fra interpretazione estensiva e analogia *in malam partem*<sup>95</sup>.

Come esempio particolarmente emblematico può essere addotto l'"allargamento", operato dalla Suprema Corte di Cassazione, della sfera di applicazione delle fattispecie, di cui alla l. n. 75/1958 (legge Merlin), relative allo sfruttamento e al favoreggiamento della prostituzione attraverso la ricomprensione nel "concetto" di prostituzione anche dell'esibizione *on line*, dietro compenso, di atteggiamenti sessuali espliciti.

Questo ampliamento della sfera applicativa delle fattispecie di reato è qualificabile come interpretazione estensiva o quale analogia?

Per il primo corno dell'alternativa si dovrebbe propendere qualora si ritenesse che il nucleo concettuale della prostituzione consiste soltanto nel mercimonio della propria sessualità ma non anche nel contatto fisico, il quale potrebbe essere ritenuto tutt'al più una «costante fattuale»<sup>96</sup>: muovendo da questo presupposto, anche l'esibizione *on line*, dietro compenso, di atteggiamenti sessuali espliciti rientra nel "concetto" di prostituzione<sup>97</sup>.

Per il secondo corno dell'alternativa si dovrebbe propendere qualora si ritenesse che il "concetto" di prostituzione – perlomeno come presupposto delle disposizioni

---

<sup>90</sup> Entrambe le citazioni sono tratte da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, dodic. ediz. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, Milano, 1991, 86; anche G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 159, definisce l'interpretazione estensiva il «risultato della scoperta, fatta dall'interprete che, sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio, che, per quanto non espressamente enunciato, vi è... incluso».

<sup>91</sup> Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 123 (con corsivo nostro).

<sup>92</sup> Così M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., 19.

<sup>93</sup> Per l'autorevolezza della fonte cfr., per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 170-171.

<sup>94</sup> Cfr., per tutte, Cass. pen., Sez. II, 29 marzo 2019, n. 13795.

<sup>95</sup> In tal senso cfr. G. BRUNELLI, *Dispositivo con clausola generale, natura del tertium e tecnica argomentativa in una recente decisione sostitutiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 4120; la Nota introduttiva di F. GIUNTA e gli interventi di G. CARCATERRA, di O. DI GIOVINE, di N. MAZZACUVA e di V. VELLUZZI, in *Opinioni a confronto tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, rispettivamente. 347-348, 348-355, 355-366, 367-375 e 375-382; da ultima, P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen. (web)*, 23 marzo 2020, 3.

<sup>96</sup> Così, nel suo intervento, O. DI GIOVINE, in *Opinioni a confronto*, cit., 363, la quale ritiene che il contatto fisico fra prostituta e cliente sia un «accidente in senso aristotelico».

<sup>97</sup> Tale conclusione è raggiunta da O. DI GIOVINE, *op. e loc. ult. cit.*

incriminatrici contenute nella legge Merlin – presenta, sulla base di quanto sarebbe lecito evincere dalla «realtà testuale, contestuale e logica della legislazione»<sup>98</sup>, un nucleo centrale indefettibile, ovvero quello di “dazione del proprio corpo” in cambio di denaro o comunque di altra utilità economica esplicita attraverso il compimento di atti sessuali nel significato che l’espressione, pur se inevitabilmente anch’essa “elastica”, assume già nello stesso linguaggio comune e cioè come atti che si sostanziano nel necessario contatto fisico fra cliente e prostituta<sup>99</sup>: partendo da questo presupposto, l’estensione del “concetto” di prostituzione alle esibizioni sessuali *on line* è il frutto di un’operazione analogica<sup>100</sup>.

L’evidente difficoltà di appurare quale, fra le due soluzioni appena indicate, sia quella corretta costituisce di per se stessa un ragionevole motivo di dubbio in merito alla conformità al principio di determinatezza dei reati di sfruttamento e di favoreggiamento della prostituzione.

A fondare questo dubbio è già proprio lo stesso “concetto” di prostituzione: pare difficilmente confutabile che tale “concetto”, che è parte del nucleo concettuale dei suddetti reati, nel 1958 poteva forse presentare «vari caratteri tipici»<sup>101</sup>, ma col passare degli anni e attualmente più che mai risulta del tutto vago e indecifrabile<sup>102</sup>.

È ben vero, d’altra parte, che può risultare difficile distinguere l’interpretazione estensiva dall’analogia anche per una disposizione incriminatrice non indeterminata la quale ben può essere oggetto di un procedimento analogico<sup>103</sup>, ma ciò non significa che solo ed esclusivamente una disposizione incriminatrice non indeterminata possa essere applicata per analogia<sup>104</sup>.

In realtà, il giudice ben può essere “tentato” di estendere l’ambito applicativo degli elementi indeterminati a dismisura, ovvero a tutti quei casi che possono essere identificati secondo un criterio di similitudine: non è un caso se un autorevole commentatore ha potuto

---

<sup>98</sup> Così, nel suo intervento, G. CARCATERRA, in *Opinioni a confronto*, cit., 354.

<sup>99</sup> In tal senso cfr., nel suo intervento, N. MAZZACUVA, in *Opinioni a confronto*, cit., 373.

<sup>100</sup> Questa è la conclusione a cui addiuvano G. CARCATERRA, in *Opinioni a confronto*, cit., 355.

<sup>101</sup> Così A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rilievi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018, Pres. De Cillis, Est. Blattmann D’Amelj, ric. Tarantini e altri*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2018, 168, il quale osserva che nel 1958 «si sapeva bene cosa si dovesse intendere per prostituzione» perché tale “concetto” «richiedeva l’offerta indiscriminata e abituale del proprio corpo a fini sessuali da parte di una donna in cambio di un corrispettivo economico da parte dei clienti. Si può dire dunque che la mancata definizione di prostituzione, allora, probabilmente non comportava violazioni del precepto costituzionale di determinatezza, perché il concetto era ben ricavabile dalla realtà sociale e anche dalle norme del TULPS vigenti fino all’entrata in vigore della legge del ’58 (art. 190 ss.)».

<sup>102</sup> In tal senso cfr. anche A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 170, secondo il quale quello che risulta nebuloso – oltre all’elemento del contatto fisico fra prostituta e cliente – è se sia ancora necessaria, come un tempo, l’abitudine, quali atti sessuali siano necessari ma sufficienti (si pensi soltanto al “caso” problematico dei baci sulle guance) affinché possa ritenersi concretata la prostituzione ed infine se quest’ultima implichi, o meno, la “indiscriminatezza” delle prestazioni della prostituta.

<sup>103</sup> Basti soltanto pensare all’ormai noto orientamento assunto nel 2012 dalle Sezioni Unite della Cassazione sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria: per maggiori ragguagli in tema si rinvia al contributo in chiave critica rispetto a quell’orientamento di G.L. GATTA, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2012, 1 ss.

<sup>104</sup> In senso contrario si esprimono G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 180, secondo i quali, qualora il legislatore abbia fatto ricorso a termini tanto vaghi ed “elastici” da consentire che la norma venga riempita di qualsiasi contenuto, «il giudice non è più soggetto alla legge e il divieto di analogia viene svuotato di ogni significato».

qualificare tali elementi quali «clausole generali a valenza analogica»<sup>105</sup> e non è neppure un caso che autorevole dottrina tedesca non abbia esitato a definire il divieto di analogia il “prolungamento” necessario del principio di determinatezza nella prassi applicativa<sup>106</sup>.

Non basta ancora.

Gli sforzi tassativizzanti della giurisprudenza spesso non riescono neppure a produrre un diritto vivente, bensì danno vita ad un ventaglio di interpretazioni del tutto diverse fra di loro anche se ognuna di esse forse può pure conferire un certo margine di determinatezza alla disposizione incriminatrice.

Sotto quest’ultimo profilo può riuscire illuminante un esempio tratto ancora una volta dalla legge Merlin, ovvero quello relativo al reato di favoreggiamento della prostituzione recentemente sottoposto, peraltro, al giudizio della Corte costituzionale: questa a sua volta nelle sentenze n. 141 e n. 278 del 2019 ha dichiarato non fondata la relativa questione di costituzionalità sollevata anche, appunto, per la violazione del principio di determinatezza.

A questo proposito sono stati del tutto infruttuosi i tentativi della Cassazione di operare una lettura tassativizzante dell’«evanescente concetto»<sup>107</sup> di “favoreggiamento” che fa parte del nucleo centrale della fattispecie e che pure il legislatore non delimita in alcun modo<sup>108</sup>: basti pensare ai forti contrasti che sono sorti in seno alla giurisprudenza di legittimità al fine di stabilire se in quel “concetto” potesse rientrare la condotta del cliente che, in seguito all’incontro a pagamento con la prostituta, la riaccompagna nel punto della strada in cui l’ha prelevata<sup>109</sup>.

In linea generale il fatto che la disposizione penale nel suo nucleo concettuale sia causa di forte incertezza interpretativa non implica che la Corte costituzionale debba per ciò solo e dunque automaticamente censurarla per la violazione del principio di determinatezza qualora la relativa questione sia alla stessa sollevata.

Questo si sostiene non solo perché è difficile individuare con esattezza la soglia di incertezza applicativa il cui superamento giustificerebbe la censura di costituzionalità<sup>110</sup>, ma anche e soprattutto per un altro motivo: l’assunto – sostenuto dalla Consulta nella sentenza n. 141 del 2019 – secondo il quale l’esistenza di dubbi o di contrasti interpretativi relativamente alla concreta applicazione della disposizione incriminatrice in rapporto a determinate fattispecie “non vale, di per sé, a dimostrare il difetto di precisione del precetto, trattandosi di

---

<sup>105</sup> Così G.M. FLICK, *Parere pro-veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all’art. 434 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 1, 14 ss., 20; in tal senso anche l’autorevole voce di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 108, il quale in ordine alle disposizioni penali vaghe discorre significativamente di «forme di “analogia anticipata”».

<sup>106</sup> In tal senso cfr. limpidamente W. HASSEMER - W. KARGL, § 1, in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 1, Baden-Baden, 2013, 200, secondo i quali «Das Analogieverbot ist nichts anderes als die Verlängerung des Bestimmtheitsverbots in die Praxis der Gesetzesanwendung. Diese Verlängerung ist zwingend».

<sup>107</sup> A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 179; in senso in buona sostanza analogo cfr. già T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015, 301, nonché, volendo, A. BONOMI, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione e la violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose: davvero infondata la relativa questione di costituzionalità?*, di imminente pubblicazione in *Dir. e soc.*, 2020.

<sup>108</sup> Per maggiori ragguagli in argomento cfr., volendo, A. BONOMI, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione e la violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose*, cit.

<sup>109</sup> Per ragguagli sulle decisioni della Cassazione in materia cfr. U. FUNGHI, *Commento alla legge 20 febbraio 1958, n. 75. Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, post art. 536, in G. FORTI - S. SEMINARA, *Commentario breve al Codice penale. Complemento giurisprudenziale*, Padova, 2019, 2720-22.

<sup>110</sup> Sul punto cfr. F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 7/8, 2702.



evenienza che rientra nella fisiologia dell'ermeneutica giudiziale", pare corretto tanto più che anche in relazione ad una legge penale del tutto rispettosa del principio di determinatezza – prendendo a prestito un'espressione che suole sovente ripetere la Corte di Strasburgo – è ineludibile "an inevitable element of judicial interpretation".

Ma questo assunto non sembra esplicitare più validità nel caso – qual è quello relativo alla nozione di favoreggiamento della prostituzione – in cui l'interpretazione tassativizzante abbia determinato in relazione al nucleo concettuale della disposizione incriminatrice una disomogeneità interpretativa tale da rendere impossibile ragionare nei termini di "fisiologia dell'ermeneutica giudiziale": la molteplicità delle opzioni ermeneutiche dovrebbe, in realtà, costituire una "spia", ovvero un indizio grave, preciso e concordante della sospetta lesione del principio di determinatezza e dunque dovrebbe spingere la Consulta, eventualmente investita della questione di costituzionalità, ad operare un pregnante controllo in punto di eventuale violazione di quel principio.

Da questo punto di vista potrebbe essere interessante un parallelismo con l'ordinamento tedesco.

A partire da un'importante decisione del 2010<sup>111</sup> il *Bundesverfassungsgericht*, dopo aver individuato nel principio di determinatezza di cui all'art. 103, comma 2 del *Grundgesetz* i due corollari del divieto di analogia e dell'obbligo di precisazione e dopo aver specificato che quest'ultimo si riferisce agli elementi di fattispecie formulati in maniera generica ed in particolare alle clausole generali, ha potuto chiarire quanto segue: innanzitutto al giudice penale è vietato accrescere la fisiologica "elasticità" e dunque il margine di incertezza di significato proprio di queste clausole mediante interpretazioni che conducano a sfumare ulteriormente i confini dell'intera fattispecie; in secondo luogo, quel che più conta, il giudice, nei limiti degli strumenti ermeneutici di cui dispone, deve eliminare in via interpretativa quel margine di incertezza mediante un'opera di precisazione e di concretizzazione della portata applicativa della fattispecie.

Lo svolgimento di quest'opera di precisazione e di concretizzazione ad opera del giudice comune non è inteso solo come rimedio volto ad evitare la declaratoria di incostituzionalità e dunque alla stregua dell'interpretazione tassativizzante, ma si afferma anche quale vero e proprio parametro del giudizio di costituzionalità<sup>112</sup>.

Se, dunque, il controllo del Tribunale costituzionale tedesco sul rispetto del principio di determinatezza si estende all'operato dei giudici comuni, si potrà forse porre qualche problema in relazione alla possibile alterazione dell'assetto della divisione dei poteri tradizionalmente sotteso al principio di legalità, ma si verifica anche un ampliamento delle garanzie perché la violazione dei criteri interpretativi determina una censura di costituzionalità attraverso

---

<sup>111</sup> Cfr. *BVerfGE*, Beschl. v. 23.06.2010, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, 3209 ss., in materia di infedeltà patrimoniale, anche se da sempre il *BVerfGE* ha mostrato un certo *self-restraint* a dichiarare incostituzionali disposizioni incriminatrici per violazione del principio di determinatezza: cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, A.T., Bd. I, München, 1997, 125.

<sup>112</sup> Cfr. M. BÖSE, *Das Bundesverfassungsgericht „bestimmt“ den Inhalt des Untreuetatbestandes*, in *Jura*, 2011, 620.

la sanzione, in sede di giudizio di costituzionalità, dell'«illecito interpretativo»<sup>113</sup> commesso dai giudici ordinari.

Nell'ordinamento italiano la Corte costituzionale non può sanzionare direttamente l'illecito interpretativo e non può nemmeno controllare il rispetto da parte dei giudici comuni del divieto costituzionale di analogia in materia penale: a quest'ultimo proposito non è superfluo ricordare che la verifica in ordine al rispetto da parte del giudice di tale divieto compete soltanto alla giurisprudenza comune ed in particolare alla Corte di Cassazione la cui attività ermeneutica paradossalmente si vorrebbe però limitata proprio da quel divieto<sup>114</sup>; il Giudice delle leggi può unicamente essere chiamato a verificare che il legislatore non abbia violato il divieto di analogia attraverso l'approvazione di disposizioni incriminatrici contenenti le cosiddette fattispecie ad analogia espressa, ovvero che includono, dopo la descrizione di una serie di casi, formule quali "e altri simili" o "e altri analoghi"<sup>115</sup>.

Tuttavia, il Giudice delle leggi può e, anzi, deve ricercare le «cause legislative»<sup>116</sup> della disomogeneità interpretativa che abbia raggiunto, volendo usare un'espressione forte, livelli patologici.

### **3. Conclusioni: l'interpretazione tassativizzante quale criterio ermeneutico non sostitutivo ma aggiuntivo.**

A chiusura di quanto finora osservato si può concludere che l'interpretazione tassativizzante addiviene ad un "risultato" esegetico impraticabile attraverso i criteri interpretativi possibili in materia penale, ma è ispirata soltanto dall'esigenza di colmare un vuoto di significato normativo della disposizione incriminatrice.

All'atto pratico il significato del principio di determinatezza viene ad essere deformato.

---

<sup>113</sup> L'espressione è dovuta ad A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale*, cit., 31.

<sup>114</sup> Proprio per questo motivo F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., 7, osserva molto efficacemente che il divieto costituzionale di analogia soffre di un «clamoroso paradosso».

<sup>115</sup> A dir la verità, la Corte costituzionale ha assunto un atteggiamento in buona sostanza di *self-restraint* nelle occasioni in cui sono state portate al suo esame le questioni di costituzionalità di disposizioni incriminatrici contenenti fattispecie ad analogia espressa: emblematica risulta la pur lontana sent. n. 27 del 1961 la quale "salva" dalla scure dell'incostituzionalità la formula "mestieri analoghi" contenuta nell'art. 121 T.U.L.P.S. (R.D. n. 773/1931) relativo al divieto dell'esercizio non autorizzato del "mestiere ambulante di venditore, o distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cenciaino, saltimbanco, cantante, suonatore, servitore di piazza, facchino, cocchiere, conduttore di autoveicoli di piazza, barcaiolo, lustrascarpe e mestieri analoghi". Su questa decisione – nonché sulla pronuncia di poco successiva n. 120 del 1963 in cui la Corte rileva che solo l'omogeneità delle "formule" che si chiudono con espressioni come 'e simili', 'e altri simili' e 'altri analoghi' da un lato consente di individuare "un preciso criterio di identificazione delle attività similari a quelle espressamente menzionate" e dall'altro esclude che la disposizione attribuisca "al giudice un potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato" – cfr. criticamente G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 181-185; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 124.

<sup>116</sup> Così A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4225 nota 82, il quale aggiunge – a p. 4225 – che per saggiare la determinatezza della fattispecie si dovrebbe appurare se le interpretazioni possibili siano, o meno, equivalenti, se la loro causa sia, o meno, la formulazione della disposizione e se l'oggetto del contrasto interpretativo sia, o meno, un aspetto centrale della fattispecie.

Esso nella prassi non è più un principio costituzionale, bensì è tradotto in un semplice metodo interpretativo e tutto questo avviene con l'avallo della Corte costituzionale: di conseguenza, allorché viene sollevata la questione di costituzionalità di una disposizione incriminatrice per la sospetta lesione del principio di determinatezza quest'ultimo assume di fatto il ruolo di un parametro costituzionale "inesistente"<sup>117</sup>.

La realtà, invece, è che questo principio non è assimilabile – per addurre un esempio emblematico come pietra di paragone – al principio di ragionevolezza: mentre quest'ultimo, in realtà, «non è un principio costituzionale»<sup>118</sup> ma è un «metodo ermeneutico»<sup>119</sup> che, «non costituendo il contenuto di alcun principio costituzionale, attiene al modo di intendere il rapporto tra norme legislative e norme o principi costituzionali»<sup>120</sup>, il principio di determinatezza non è un criterio ermeneutico, ma è un vero e proprio principio costituzionale e, come tale, è pertanto un parametro di legittimità costituzionale<sup>121</sup>.

Ne consegue che il ricorso al criterio ermeneutico dell'interpretazione tassativizzante non può assolvere alla funzione di sostituire all'imprecisione congenita della parte centrale – intesa nel senso in precedenza delineato nel corso di questo scritto – della disposizione penale una precisione *ex post* conferita a quella stessa parte centrale dai giudici che applicano la disposizione.

Né questa funzione sostitutiva può essere svolta eventualmente dalla stessa Corte costituzionale che pure non infrequentemente ha fatto ricorso a tale criterio ermeneutico.

---

<sup>117</sup> Stessa sorte dopotutto sta subendo anche il principio costituzionale di offensività del reato. Il Giudice delle leggi ha scisso una componente astratta e una versione concreta di questo principio: nella componente astratta è stato individuato il principio costituzionale di offensività del reato che in sede di giudizio di costituzionalità ha sostanzialmente ricoperto il ruolo di un parametro costituzionale "inesistente" dal momento che quasi mai la Corte ha dichiarato incostituzionale una disposizione incriminatrice per la ritenuta sua violazione; nella versione concreta è stato individuato un criterio interpretativo che ha come destinatario il giudice comune e in questa "veste" esso è stato, invece, a piene mani utilizzato anche con il risultato – voluto o non voluto – di non sollevare la questione di costituzionalità per violazione del principio di offensività nella sua componente astratta. Per maggiori ragguagli sul punto cfr. V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 33 note 118, 119, 120, 121 e 122, nonché 37 nota 140 e V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 371-372 note 660, 661, 662, 663, 664 e 665.

<sup>118</sup> Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 55.

<sup>119</sup> Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 54, il quale discorre di un «metodo ermeneutico, problematico, flessibile, probabilistico... che può... comprensivamente denominarsi... di ragionevolezza».

<sup>120</sup> Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 56.

<sup>121</sup> Posto poi che, come rileva A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Quest. giust.*, 2016, 40, il rispetto di alcuni principi costituzionali – quali, ad es., l'eguale trattamento di fronte alla legge (anche avuto riguardo alle diverse situazioni di fatto) o il pluralismo ideologico o la laicità dello Stato o la durata ragionevole del processo – da parte del legislatore presenta una maggiore "elasticità" rispetto a quella che connota i principi contenuti, ad es., nella disposizione costituzionale che fissa un numero di ore massimo per il fermo di polizia o in quella che indica il termine per la conversione di un decreto legge, sarebbe altresì interessante indagare se il principio di determinatezza debba essere collocato fra i primi o fra questi secondi principi costituzionali, ovvero se il rispetto di tale principio da parte del legislatore presenti, o meno, un margine di "elasticità", se non quasi azzerato, comunque estremamente ridotto. A sostegno della soluzione secondo cui il rispetto del principio di determinatezza da parte del legislatore è connotato da un margine di "elasticità" enormemente limitato si potrebbe forse addurre l'argomento secondo il quale tale principio, come già detto, è di carattere strutturale: muovendo da questa premessa, si potrebbe trarre la conclusione che il principio in esame contiene una regola da applicare e da osservare «nella forma "del o tutto o niente", dell'aut-aut» (l'espressione è tratta da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 172).

Il riferimento è a tutte quelle decisioni in cui la Consulta si è espressa nel senso dell'infondatezza della questione di costituzionalità della legge penale sollevata per la sospetta lesione del principio di determinatezza, ma, al contempo, ha indicato nel dispositivo il significato che renderebbe quella legge determinata: si tratta di un'operazione assimilabile in tutto e per tutto ad un'interpretazione tassativizzante.

Al di là degli ostacoli di tipo teorico/costituzionale che potrebbero venire – ed in effetti sono stati in dottrina<sup>122</sup> – contrapposti all'ammissibilità, ad opera della Corte costituzionale, dell'interpretazione tassativizzante e anche a sottacere le conseguenze seriamente problematiche che nascono ogniqualvolta la Consulta si esprima in riferimento ad una questione di costituzionalità sollevata in ordine ad una disposizione penale con una decisione di non fondatezza basata su un'interpretazione di quella disposizione diversa da quella assunta dal giudice *a quo* e tale che la renderebbe conforme a Costituzione<sup>123</sup>, il vero *punctum dolens* è costituito dalla scarsa utilità pratica.

La decisione di rigetto basata su un'interpretazione della disposizione incriminatrice diversa rispetto a quella adottata dal giudice *a quo* e tale da renderla determinata non è capace di vincolare i giudici comuni chiamati in seguito a farne applicazione.

Ancora più infruttuose risultano poi essere in materia le decisioni interpretative di rigetto cosiddette mascherate: come è ben noto, queste pronunce, tutt'altro che infrequenti, recano un'interpretazione differente da quella adottata dal remittente solo in sede di motivazione, mentre nel dispositivo siffatta diversa interpretazione non è affatto segnalata<sup>124</sup>.

Si tratta di decisioni infruttuose non perché i giudici non possano interpretare il dispositivo alla luce della motivazione dal momento che, anzi, la motivazione ha istituzionalmente la funzione di giustificare e di illustrare il dispositivo<sup>125</sup>, ma perché l'esame della prassi giurisprudenziale dimostra che le interpretative di rigetto "mascherate" – ivi comprese quelle

---

<sup>122</sup> Muovendo dal presupposto secondo cui il principio di determinatezza deve essere ritenuto valevole anche nei riguardi della stessa Corte costituzionale [in tal senso cfr., *inter alios*, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 10-11 e *ivi* nota 12], se ne trae la conseguenza che, se fosse possibile per la Corte indicare nel dispositivo il significato che rende la legge penale sottoposta al suo vaglio determinata, allora la formulazione del precetto verrebbe almeno in parte affidata non alla "volontà" del legislatore, bensì alle argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza (cfr. F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 349-350).

<sup>123</sup> Basti in questa sede ricordare l'ipotesi in cui un soggetto sia stato condannato ad una determinata pena detentiva per essersi reso responsabile di una condotta integrante gli estremi di una fattispecie di reato e in seguito la Corte costituzionale, di fronte ad una richiesta di un giudice di dichiarare incostituzionale la fattispecie criminosa per la quale quel soggetto era stato condannato, dichiarò non fondata la *quaestio* condizionando il rigetto ad una certa interpretazione che risulta dal dispositivo della sentenza, interpretazione dalla quale risulta che quella condotta che aveva condotto alla formulazione dell'accusa e alla condanna del soggetto non costituisce più un fatto penalmente illecito. Che il problema sia serio è dimostrato pure dal fatto che esso si è posto anche in altri ordinamenti giuridici: si pensi alla soluzione che allo stesso ha dato negli USA la Corte Suprema in modo particolare nel caso *Bousley v. United States*, 523 U.S. 614 (1998) e all'incidenza di questa sentenza sul *federal Habeas Corpus*.

<sup>124</sup> Si pensi alla sent. n. 172 del 2014 in cui la Corte si dilunga in sede di motivazione in un vero e proprio "chiarimento" dei "concetti" di "reiterazione", di "grave e perdurante" stato di ansia o di paura e di "fondato" timore per l'incolumità presenti nell'art. 612-*bis* cod. pen.

<sup>125</sup> È infatti ben possibile, sulla base del cosiddetto principio della totalità dell'atto giuridico, «pervenire alla individuazione di un *dictum* più ampio o più limitato, e comunque diverso, rispetto a quello che sembrerebbe doversi desumere, *prima facie*, dalla sua formulazione letterale»: così R. GRANATA, *Le sentenze e le ordinanze "autointerpretative" della Corte costituzionale fra "novazione" e "ricognizione" del precedente* decism, Milano, 2009, 10.

volte a conferire determinatezza alla fattispecie di reato<sup>126</sup> – non solo non vincolano i giudici comuni, ma hanno anche, in pratica, un seguito molto basso fra questi<sup>127</sup>.

Ritornando ora all'interpretazione tassativizzante effettuata dai giudici comuni, essa non deve essere un criterio ermeneutico sostitutivo nel senso poco addietro esplicitato, ma può costituire caso mai una “tecnica interpretativa” aggiuntiva, ovvero che “aumenta” ulteriormente la precisione di una disposizione incriminatrice già precisa, però, nel suo nucleo concettuale fin dalla sua approvazione.

In altri termini, qualora il legislatore penale abbia *ab origine* individuato in modo sufficientemente determinato quella parte concettuale, tutto ciò che sta nella parte marginale può pure esso essere determinato<sup>128</sup> oppure, al contrario, può essere coperto da un certo alone, più o meno esteso, di indeterminatezza.

In quest'ultima eventualità si possono prefigurare due ipotesi alternative: l'interpretazione tassativizzante viene proficuamente utilizzata quale tecnica ermeneutica aggiuntiva nel senso poco fa espresso; l'interpretazione tassativizzante viene esperita senza successo dal momento che i giudici comuni non riescono a rendere determinata quella parte marginale imprecisa a causa della propria incapacità di giungere a soluzioni condivise e costantemente osservate oppure anche a causa dell'estrema vaghezza della suddetta parte marginale la quale finisce per legittimare molteplici interpretazioni.

L'eventuale fallimento dell'interpretazione tassativizzante non è, però, in grado di influire sulla parte centrale della disposizione incriminatrice, con la conseguenza che tale fallimento non può mai giustificare la sollevazione della questione di legittimità costituzionale della stessa per la violazione del principio di determinatezza: quand'anche inficiata da un certo grado di indeterminatezza, la parte marginale non impedisce infatti ai destinatari del divieto posto dalla disposizione penale di trarre dalla descrizione complessiva del fatto incriminato una percezione sufficientemente chiara del significato della disposizione stessa e del relativo valore precettivo<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Si pensi a quanto avvenuto con il “disastro innominato” ex art. 434 cod. pen., ovvero sia che la prassi non si è affatto attenuta all'interpretazione del termine “disastro” che – magari in modo discutibile – la Corte costituzionale pure aveva prodotto nella sent. n. 327 del 2008: sul punto cfr. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016, 17-18; A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in materia penale*, cit., 23 e *ivi* nota 116.

<sup>127</sup> Per maggiori ragguagli sul punto cfr. E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 721-745; C. PANZERA, *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, partic. 147 e 263.

<sup>128</sup> In questo caso il giudice non avrà necessità di esperire alcuna interpretazione tassativizzante, ma sarà “sufficiente” fare ricorso agli ordinari strumenti ermeneutici di cui lo stesso dispone in sede di interpretazione di qualunque disposizione e dunque anche di quella assolutamente determinata la quale ultima, benché tale, non si sottrae comunque all'opera esegetica: in tal senso cfr. P.G. GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege”*, cit., 129 nota 66; più recentemente, V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, 10.

<sup>129</sup> Imposta diversamente tutta la problematica affrontata sopra nel testo, se ben si comprende, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., spec. 38-42. L'A., muovendo dal presupposto che qualsiasi disposizione legislativa è bisognosa di ulteriori concretizzazioni prima di poter essere applicata ai casi concreti che si situano al di fuori di quella «zona 'centrale' univocamente coperta dalla norma» (p. 38) e che sono piuttosto collocabili in una «zona 'grigia' che il legislatore non può sempre prevedere *ex ante*, e che soltanto la prassi farà

Sulla base di quanto appena osservato si ritiene di dover aderire all'affermazione dottrinale secondo la quale «l'obbligo di precisazione del giudice dovrebbe aggiungersi e non sostituirsi all'obbligo di precisione del legislatore»<sup>130</sup>: questo, però, soltanto alla condizione che «il livello di imprecisione del testo non renda del tutto irriconoscibile il “programma” legislativo, nella cui cornice... il principio di determinatezza assume fattezze di un precetto di ottimizzazione»<sup>131</sup>.

#### **4. Soluzioni: a) La soluzione “a valle” offerta dalla sentenza n. 25 del 2019 della Corte costituzionale: esposizione e critica.**

A questo punto può essere utile domandarsi quali soluzioni possano essere prospettate al fine di non incorrere in tutte le problematiche connesse all'indeterminatezza della parte centrale della disposizione incriminatrice e all'interpretazione tassativizzante operata dai giudici comuni.

Una soluzione potrebbe essere individuata “a valle”, ovvero quando la disposizione penale è viziata perché imprecisa *ab origine* nella suddetta parte centrale: in questo caso la Corte costituzionale, una volta che sia sollevata la questione di costituzionalità della stessa disposizione per la violazione del principio di determinatezza, dovrebbe pronunciare una sentenza di accoglimento “secca”.

Come già detto, i giudici costituzionali, in applicazione del più recente criterio finalizzato ad assodare il rispetto del principio di determinatezza, non hanno però mai dichiarato incostituzionale una disposizione incriminatrice per violazione del principio di determinatezza.

La validità di quanto appena rilevato non risulta inficiata dalla recente sentenza n. 25 del 2019 che ha dichiarato, sì, l'incostituzionalità di una parte di una disposizione incriminatrice in quanto indeterminata, ma a questa conclusione è paradossalmente avvenuta non sulla base del principio di determinatezza delle fattispecie criminose.

In questa occasione il Giudice delle leggi era stato investito dalla Corte di Cassazione della questione di costituzionalità dell'art. 75, comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”. La *quaestio* era stata impostata sull'asserita violazione di due parametri: innanzitutto l'art. 25, comma 2 Cost., il quale veniva invocato sulla base dell'assunto che le suddette prescrizioni risultano indeterminate con conseguente violazione del principio di determinatezza; in secondo luogo l'art. 117,

---

successivamente emergere» (p. 38), osserva che la portata applicativa di quella zona grigia deve essere chiarita sulla base delle decisioni giudiziali: questo purché, come insegna la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (su cui cfr. diffusamente lo stesso F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, 2 ss., partic. 9 ss. e 14 ss.), in esito all'interpretazione e al processo di graduale consolidazione dei precedenti i giudici comuni e soprattutto la Corte di Cassazione riescano nel compito di definire in termini ragionevolmente precisi le regole al cui metro può essere affermata la responsabilità penale dell'individuo; laddove invece la giurisprudenza in quel compito dovesse fallire, allora sarebbe ineludibile percorrere la via della sollevazione della questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza.

<sup>130</sup> Così A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale*, cit., 30.

<sup>131</sup> A. NISCO, *op. e loc. ult. cit.*

comma 1 Cost., il quale era evocato perché le stesse prescrizioni, in quanto indeterminate, violano il canone di prevedibilità sancito sia dall'art. 7 CEDU sia dall'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa CEDU alla luce della sentenza della Corte di Strasburgo *De Tommaso*.

La Consulta rileva che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza "Paternò", operando un'interpretazione convenzionalmente orientata della disposizione incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, hanno già affermato il principio di diritto, che segna l'arresto ultimo del diritto vivente, secondo il quale le prescrizioni in questione non possono integrare la disposizione stessa.

Tuttavia – prosegue sempre la Consulta – la sentenza "Paternò" ha, sì, perimetrato i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante, ma lo ha fatto con "un'attività interpretativa... [che] rimane pur sempre un'attività dichiarativa" e che dunque non è per nulla assimilabile ad un'*abolitio criminis* né a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale né per *ius superveniens*, ovvero per successione nel tempo della legge penale: di conseguenza – conclude la Corte – sussiste una limitata area, costituita sia dall'esecuzione del giudicato penale di condanna sia dalla rilevabilità ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. in caso di ricorso per Cassazione recante solo censure manifestamente infondate e quindi inammissibili, "in cui occorre ancora domandarsi se la fattispecie penale suddetta, schermata solo dall'interpretazione giurisprudenziale, sia conforme, o no, al principio di legalità in materia penale, vuoi costituzionale che convenzionale".

In questi – sia pure ristretti – limiti il Giudice delle leggi colloca, in buona sostanza, la questione di costituzionalità "come possibile completamento" dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU già compiuta dalle Sezioni Unite.

A questo punto il ragionamento condotto dai giudici costituzionali si impenna sui seguenti postulati: l'interpretazione convenzionalmente conforme del giudice comune non implica anche e necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di una previsione della CEDU quale parametro interposto; analoghe previsioni si rinvergono sia nella Costituzione sia nella CEDU e questo determina senz'altro una concorrenza di tutele le quali, però, non sempre sono perfettamente simmetriche e sovrapponibili potendo ben sussistere uno scarto di tutele rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia; qualora venga in rilievo un diritto fondamentale, il rispetto della CEDU può e deve costituire uno strumento efficace di ampliamento della tutela dello stesso diritto, ma questo progressivo adeguamento alla CEDU avviene senza alcun automatismo stante, nell'ordinamento nazionale italiano, il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU stessa; la denunciata violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo da parte della legge italiana può comportare l'illegittimità costituzionale di quest'ultima sempre che, da una parte, nell'orientamento della Corte EDU sia identificabile un "approdo giurisprudenziale stabile" e, dall'altra parte, "il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente – rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione del diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU. Va infatti ribadito che, «[a] differenza della Corte EDU, questa Corte [...] opera una

valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante» (sentenza n. 264 del 2012); bilanciamento in cui si sostanzia tra l'altro il «margine di apprezzamento» che compete allo Stato membro (sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)".

Il Giudice delle leggi, dopo aver ritenuto che nel caso di specie è possibile "completare... l'adeguamento alla CEDU in concordanza con quello già operato, in via interpretativa, dalla... sentenza delle Sezioni unite" perché ricorrono i presupposti poc'anzi elencati, perviene alla declaratoria d'incostituzionalità della disposizione impugnata: più in particolare, la Corte ritiene che tale disposizione, in quanto indeterminata, violi il canone di prevedibilità e pertanto assume a fondamento della sentenza di annullamento il parametro ricavabile dall'art. 7 CEDU e dall'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa CEDU rilevanti, come parametri interposti, ai sensi dell'art. 117, comma 1 Cost., mentre il parametro interno costituito dall'art. 25, comma 2 Cost. viene assorbito.

È bene ricordare innanzitutto che appena nel 2010 con la sentenza n. 282 la Corte aveva valutato non fondata una questione di costituzionalità sollevata per la violazione del principio di determinatezza di cui all'art. 25, comma 2 di una disposizione sostanzialmente identica a quella all'esame della Corte nella sentenza n. 25 del 2019<sup>132</sup>: in quell'occasione la Consulta aveva potuto valutare sufficientemente determinate le prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" in applicazione del criterio su cui ci si è soffermati in questo scritto e che nei tempi più recenti la Corte applica a questo proposito.

Posto che nove anni dopo quella decisione la Corte deve valutare la legittimità costituzionale di una disposizione dal contenuto sostanzialmente identico a quello proprio della disposizione annullata *illo tempore* e che tuttavia in questa occasione la *quaestio* è proposta sulla base non più soltanto del parametro interno, ma anche di quello esterno, vari sarebbero stati i possibili "percorsi" in grado di condurre i giudici costituzionali a ribaltare le conclusioni raggiunte nel 2010 e dunque ad accogliere la questione.

Seguendo un primo "percorso", i giudici costituzionali al fine di assodare la determinatezza della disposizione incriminatrice sottoposta al loro vaglio avrebbero potuto applicare lo stesso criterio utilizzato nella sentenza del 2010, ma – anche in considerazione della mutata composizione della Consulta – addivenendo all'esito differente di ritenere che la descrizione complessiva del fatto incriminato non consente comunque al giudice – pur volendo considerare le finalità perseguite dall'incriminazione ed il più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato delle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi" mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito allo stesso affidato: in questo caso la decisione di accoglimento si sarebbe fondata sul parametro di cui all'art. 25, comma 2 con contestuale assorbimento di quello di cui all'art. 117, comma 1.

Seguendo, invece, un secondo ed alternativo "percorso", i giudici costituzionali avrebbero potuto adottare un criterio, volto ad appurare la lesione del principio di determinatezza, diverso rispetto a quello di recente utilizzo in sede di giurisprudenza costituzionale e

---

<sup>132</sup> Si trattava dell'art. 9 della l. n. 1423/1956, così come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 144/2005 convertito in l. n. 155/2005, in combinato disposto con l'art. 5 della stessa legge.



seguito anche nella sentenza n. 282 del 2010: sulla base di questo differente criterio gli stessi avrebbero potuto pronunciare la sentenza di accoglimento.

Questo differente criterio sarebbe potuto essere adottato in virtù di una nuova lettura dello stesso principio di determinatezza o esclusivamente operata *sua sponte* dalla Corte oppure al limite “indotta” anche da un “approdo giurisprudenziale stabile” proveniente dalla Corte di Strasburgo: in quest’ultima ipotesi la decisione di illegittimità costituzionale si sarebbe fondata sempre sul parametro di cui all’art. 25, comma 2, ma non necessariamente col contestuale assorbimento del parametro di cui all’art. 117, comma 1.

L’ipotesi è quella in cui la Consulta ritenga di dover dichiarare incostituzionale l’art. 75, comma 2 nella parte relativa alle prescrizioni in esame sulla base di un criterio differente rispetto a quello utilizzato nella sentenza n. 282 del 2010: tale diverso criterio costituisce il frutto *in primis* di una lettura evolutiva o estensiva del principio di determinatezza di cui all’art. 25, comma 2 Cost., ma è tratto anche alla luce dell’orientamento della Corte di Strasburgo emerso nella sentenza *De Tommaso* da cui emerge che la lettura che dell’art. 7 CEDU questa ha offerto coincide con la nuova lettura del principio di determinatezza.

In questa ipotesi la Corte potrebbe orientarsi in due direzioni alternative l’una all’altra.

La prima è quella consistente nel fondare la decisione di accoglimento solo sul parametro di cui all’art. 25, comma 2 con contestuale assorbimento di quello esterno sulla base dell’implicito assunto secondo il quale l’orientamento emerso a Strasburgo deve rimanere “sullo sfondo”. Così facendo, i giudici costituzionali in pratica espliciterebbero un principio che suona più o meno così: «abbiamo cambiato idea, ma perché *noi* ne siamo convinti; non perché ce l’hanno detto *loro* [i giudici di Strasburgo]»<sup>133</sup>.

In alternativa la Corte – sulla falsariga di quanto ha potuto fare in altre e significative occasioni<sup>134</sup> – sarebbe potuta pervenire alla decisione d’accoglimento sulla base innanzitutto dell’art. 25, comma 2 Cost., ma poi anche dell’art. 117, comma 1 Cost. In realtà, poco sarebbe cambiato nella sostanza perché comunque dall’art. 7 CEDU sarebbe stata inferita, in punto di parametri di riferimento per valutare la determinatezza della disposizione penale, non una novità, bensì tutt’al più una semplice conferma di quanto dalla Consulta già tratto da una nuova lettura dell’art. 25, comma 2 Cost.: anzi, proprio la circostanza che la Corte si esprima nel

---

<sup>133</sup> Così F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”. Qualche osservazione dall’angolo visuale di un penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014, 15, in riferimento alla sent. n. 278 del 2013 – relativa al diritto del figlio adottato di conoscere le proprie origini e alla delicata questione del bilanciamento tra tale diritto e il diritto della madre a rimanere anonima – nella quale il Giudice delle leggi muta, sì, orientamento anche alla luce di quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo nella sentenza, pronunciata proprio contro l’Italia, *Godelli* del 25 settembre 2012, ma questo *overruling* si estrinseca esclusivamente in una nuova e diversa lettura dei parametri interni ed in particolare dell’art. 2 Cost.: in altri termini, la Consulta dimostra così di voler seguire «la via del dialogo con la Corte di Strasburgo, senza tuttavia lasciare a quest’ultima, e al testo che essa interpreta e applica, il ruolo di garante dei diritti» (così E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all’art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio AIC*, dicembre 2013, 7).

<sup>134</sup> Particolarmente emblematiche in tal senso sono le decc. n. 196 del 2010 (confermata dalla sent. n. 96 del 2020), n. 245 del 2011 e n. 135 del 2014.

senso dell'incostituzionalità sulla base di «percorsi argomentativi puramente 'interni'»<sup>135</sup> e soltanto *ad abundantiam* su quelli esterni potrebbe essere l'indice dell'utilizzo di una «tecnica di 'distanziamento'»<sup>136</sup> operata dalla Consulta rispetto alla giurisprudenza EDU con l'evidente obiettivo di dimostrare come la soluzione accolta dalla Corte di Strasburgo in sede di interpretazione della CEDU corrisponda effettivamente a quella a cui conduce anche una retta applicazione delle norme costituzionali italiane<sup>137</sup>.

Il «percorso» seguito dalla Corte nella sentenza n. 25 del 2019 è stato, invece, quello di annullare l'art. 75, comma 2 sulla base del parametro esterno con contestuale assorbimento di quello interno.

Una soluzione di questo genere sarebbe potuta essere compresa, però, solo qualora il canone della prevedibilità, così come è stato tratto dalle disposizioni della CEDU e in modo particolare dall'art. 7, non fosse potuto essere ricavato da alcun disposto costituzionale e qualora il suo rispetto non fosse stato causa di una diminuzione di tutela rispetto alle tutele già predisposte dall'ordinamento interno, ma, viceversa, di queste ultime avesse costituito uno strumento efficace di ampliamento: solo in questo caso le norme della CEDU, per il tramite dell'art. 117, comma 1 e così come interpretate – con un «approdo giurisprudenziale stabile» – dalla Corte di Strasburgo, possono essere concretamente evocate ed utilizzate quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità; in altri termini, è proprio rispetto agli interessi che non trovino alcuna immediata protezione nei disposti costituzionali ancorché interpretati evolutivamente o estensivamente che, da una parte, è possibile invocare l'art. 117, comma 1 quale rinvio mobile avente natura residuale e sussidiaria e, dall'altra parte, si pone il problema – a cui la Corte costituzionale riserva un'importanza centrale – del bilanciamento, ovvero del potenziale conflitto con le altre norme costituzionali che garantiscono diritti fondamentali e che potrebbero essere incise dall'espansione della tutela convenzionale<sup>138</sup>.

Ma di tutte queste condizioni, la cui presenza in effetti è riscontrabile in altre questioni di costituzionalità sollevate dinanzi alla Corte<sup>139</sup>, non v'è traccia alcuna, a parere di chi scrive, nella sentenza n. 25 del 2019.

---

<sup>135</sup> L'espressione è tratta da F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 14.

<sup>136</sup> Anche questa espressione è dovuta a F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 13.

<sup>137</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>138</sup> In tal senso cfr. soprattutto M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 19 aprile 2013, 7; V. MANES e V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali. Nota a Corte cost., 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno 2013), n. 143, Pres. Gallo, Rel. Frigo*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2013, n. 4, 348, i quali ultimi evidenziano questa residualità e questa sussidiarietà pur dando atto dell'«ormai riconosciuta applicazione "grandangolare"» dell'art. 117, comma 1 Cost.

<sup>139</sup> Si allude in modo particolare alla questione sottesa alla sent. n. 120 del 2018 in cui la Corte dichiara incostituzionale una norma che vietava ai membri delle Forze Armate di costituire associazioni professionali a carattere sindacale o di aderire ad altre associazioni sindacali: premesso che la *quaestio* era stata sollevata assumendo come parametri gli artt. 14 e – soprattutto – 11 CEDU così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, nonché l'art. 5 della Carta Sociale Europea (CSE), ai quali faceva «da ponte» ovviamente l'art. 117, comma 1 Cost., la Consulta non ritiene le garanzie offerte dalla CEDU inferiori, in termini di tutela dei diritti fondamentali, rispetto a quelle omologhe poste dalla Costituzione e non ritiene neppure sussistente un contrasto con altri interessi di rango costituzionale. Per approfondimenti sulla sentenza cfr. C. PANZERA, *La libertà sindacale dei militari in un'atipica sentenza sostitutiva della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 18 dicembre 2019, 1 ss., partic. 15 e *ivi* nota 46.

Le garanzie offerte dall'art. 7 CEDU in punto di determinatezza delle fattispecie criminose non sono affatto superiori, in termini di tutela dei consociati, rispetto a quelle ricavabili dall'art. 25, comma 2 Cost.: il canone della prevedibilità, che viene tratto dal suddetto disposto della CEDU così come interpretato stabilmente dalla Corte di Strasburgo, pare infatti già ricavabile dal principio di determinatezza di cui all'art. 25, comma 2 Cost.

Non è neppure necessaria un'interpretazione evolutiva od estensiva di questo disposto costituzionale condotta al metro dell'art. 7 per arrivare alla conclusione appena esposta se solo si tiene a mente quale sia il criterio che nella sua giurisprudenza più recente la Corte ha utilizzato al fine di assodare il rispetto del principio di determinatezza: in base a questo criterio deve essere esclusa la violazione di siffatto principio qualora la descrizione complessiva del fatto incriminato permetta al destinatario della disposizione di avere "una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo", ovvero dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta.

Se allora, come si legge nella sentenza n. 115 del 2018, "una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso", è evidente che la Corte assegna al principio di determinatezza di cui all'art. 25, comma 2 anche la funzione di consentire ai cittadini di regolare la propria condotta e di prevedere le conseguenze che da essa possono derivarne: questo allo stesso modo di quanto la Corte EDU ricava dall'art. 2 del Protocollo n. 4 CEDU e soprattutto dall'art. 7 della stessa Convenzione<sup>140</sup>.

Anzi, a voler essere rigorosi si dovrebbe osservare che caso mai è proprio l'art. 7 CEDU ad offrire in punto di determinatezza e di prevedibilità una tutela inferiore rispetto a quella conferita dall'art. 25, comma 2 Cost.

Più precisamente, questo disposto della Convenzione, che è inserito in quel "nucleo duro" che nel sistema convenzionale non ammette alcuna deroga<sup>141</sup>, non ha, come è ben noto, fra i suoi corollari l'istituto della riserva di legge in materia penale il quale pone l'accento sulla "tipologia" della fonte da cui promana la disposizione incriminatrice.

L'art. 7 CEDU si interessa unicamente della "qualità" della disposizione penale.

Questa "qualità" della disposizione penale viene richiesta dall'art. 7, così come interpretato dai giudici di Strasburgo, nei seguenti termini: l'applicazione concreta del precetto penale ad opera del giudice deve risultare prevedibile al momento in cui la condotta è stata posta in essere sulla base non solo del dato testuale della disposizione, ma anche della sua interpretazione ad opera della giurisprudenza nazionale<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Non pare dunque condivisibile l'opinione secondo cui nella sent. n. 25 del 2019 la Corte «deve ammettere che la giurisprudenza di Strasburgo possa enucleare profili di garanzia ulteriori rispetto alle norme costituzionali... cui l'ordinamento interno deve conformarsi»: così N. MAZZACUVA, *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 989.

<sup>141</sup> Cfr. Corte EDU, *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, § 92 e, in dottrina, V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Milano, 2011, 61.

<sup>142</sup> A giudizio di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2013, 416, l'art. 7 CEDU adotta una «concezione ibrida di "legge"» perché la fonte giurisprudenziale è accolta dalla Corte di Strasburgo «come un ospite di riguardo» (p. 417).

Il principio di determinatezza di cui all'art. 25, comma 2, invece, sulla base dell'orientamento più recente della Corte costituzionale in precedenza esaminato si fonda su una declinazione di prevedibilità basata esclusivamente sulla *praevia lex scripta et stricta* rispetto alla quale il giudice ha solo una funzione dichiarativa e integrativa delle "zone d'ombra"<sup>143</sup>.

Da quanto appena osservato risulta allora evidente che non sussistevano le condizioni per accogliere la questione sulla base della ritenuta violazione dell'art. 117, comma 1 con contestuale assorbimento dell'art. 25, comma 2.

La Corte si è orientata in questo senso probabilmente al fine di evitare uno "scontro" non tanto con la Corte di Strasburgo nei confronti della quale dopotutto in non poche occasioni la stessa Consulta si è posta in "urto frontale"<sup>144</sup>, ma quanto e soprattutto con la Corte di Cassazione che oltretutto nella sentenza "Paternò" si era espressa a Sezioni Unite.

È vero che nella sentenza n. 25 si trova scritto che l'*abolitio criminis* – per *ius superveniens* o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale – è "cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito (simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato": in un ordinamento in cui il giudice, ai sensi dell'art. 101, comma 2 Cost., è soggetto solo alla legge la sua attività interpretativa, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può, sì, perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante, ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa.

È anche vero, però, che i giudici costituzionali sembrano prendere atto del dato di fatto che il diritto vivente è chiaramente nel senso di un'*interpretatio abrogans* delle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi": di conseguenza, probabilmente il presupposto dal quale muove la Corte è quello per il quale un'eventuale dichiarazione di non fondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 75, comma 2 in relazione alle suddette prescrizioni sarebbe stata in qualche modo "vinta in partenza" dal diritto vivente.

Al contempo, tuttavia, il Giudice delle leggi non intende sconfessare il proprio recente orientamento relativo al criterio che è stato utilizzato nella sentenza n. 282 del 2010 e che lo stesso Giudice delle leggi dimostra di non voler affatto abbandonare: questo appare essere il motivo per il quale la Corte ha proceduto all'assorbimento del vizio di cui all'art. 25, comma 2.

---

<sup>143</sup> Esprime bene il concetto M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *Arch. pen. (web)*, 15 luglio 2019, 6, il quale osserva che «la garanzia della prevedibilità convenzionale si aggiunge ex art. 117 Cost. a quelle già assicurate dalla Costituzione, non può che essere supplementare, muovendosi il diritto convenzionale solo nella logica della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali».

Fra l'altro, proprio in considerazione della tutela inferiore che l'art. 7 CEDU offre in punto di determinatezza e di prevedibilità rispetto a quella conferita dall'art. 25, comma 2 Cost. potrebbe non essere superfluo valutare l'incidenza nei confronti dell'attività del legislatore futuro dell'assorbimento del vizio di cui a tale norma costituzionale operato nella sent. n. 25 del 2019: sugli "inconvenienti" causati dall'incidenza della tecnica dell'assorbimento sul giudicato costituzionale cfr., volendo, A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013, 268 ss.

<sup>144</sup> È emblematica non solo la nota sent. n. 264 del 2012 sulle "pensioni svizzere", ma anche la sent. n. 230 del 2012 sulla nozione eccessivamente ampia di "diritto" di cui all'art. 7 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Se questa sembra l'unica motivazione plausibile che, a parere di chi scrive, può avere indotto i giudici costituzionali a far propria la soluzione su cui si fonda la sentenza n. 25 del 2019, tale motivazione non lascia comunque persuasi perché essa sembra basarsi su un presupposto che viene dato per implicitamente valido, ma che, in realtà, è smentito dalla prassi giurisprudenziale.

Il presupposto in questione su cui la sentenza n. 25 del 2019 pare poggiarsi è il seguente: la Corte di Strasburgo si pronuncia, con un'"approdo giurisprudenziale stabile", affermativamente in relazione alla non conformità con un preciso disposto della CEDU di alcuni elementi, ritenuti vaghi e dunque contrastanti con il canone della prevedibilità, contenuti in una certa disposizione incriminatrice; i giudici comuni e in modo particolare la Corte di Cassazione procedono ad un'interpretazione tassativizzante di quegli elementi che si estrinseca in una lettura convenzionalmente orientata e più in particolare in un'*interpretatio abrogans* la quale assurge a diritto vivente; la Corte costituzionale a quel punto non può che completare questa operazione di adeguamento in via interpretativa dell'ordinamento interno alla CEDU sia pure unicamente alla condizione che la stessa Corte appuri che il bilanciamento con altri principi presenti nella Costituzione non conduca ad una valutazione di sistema diversa rispetto a quella sottesa all'accertamento della violazione del canone della prevedibilità.

Ma questo presupposto non sembra reggere.

La circostanza che le Sezioni Unite abbiano prontamente interpretato in senso convenzionalmente conforme l'art. 75, comma 2 nella parte relativa alle prescrizioni in esame non è affatto l'emblema di un atteggiamento univoco mostrato dalla giurisprudenza di legittimità, ma deve essere in larga misura ricollegata all'assoluta particolarità della decisione *De Tommaso* la quale «ha messo in luce l'esistenza, all'interno della disciplina italiana in materia di misure di prevenzione, di criticità ben più radicali e profonde rispetto a quelle riscontrate nelle molteplici pronunce della Consulta succedutesi negli ultimi 65 anni»<sup>145</sup>.

In realtà, in svariate occasioni – di cui è un fulgido esempio la recente sentenza "Genco" delle Sezioni Unite penali del 3 marzo 2020<sup>146</sup> – la Corte di Cassazione non si è uniformata per nulla alle indicazioni provenienti da Strasburgo dimostrando così inequivocabilmente come il principio secondo il quale «mai il giudice è completamente assoggettato a un altro giudice» sia valido non solo «nella dimensione verticale all'interno di uno stesso

---

<sup>145</sup> Così A. TARALLO, *CEDU e misure di prevenzione: un primo bilancio in vista del controllo sull'esecuzione della sentenza De Tommaso*, in *Arch. pen. (web)*, 11 giugno 2020, 1-2.

<sup>146</sup> Con questa decisione – il cui testo è rep. in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 14 aprile 2020, 1 ss. – la Suprema Corte ha dimostrato di considerare la sentenza *Conrada contro Italia* del 14 aprile 2015 della Corte di Strasburgo «mostruosa... con la conseguente sua irrisolvibile disapplicazione» [così A. ESPOSITO, *Giochi di luce: quando il mostro diventa riconoscibile*, in *Arch. pen. (web)*, 28 maggio 2020, 2]: più in particolare, le Sezioni Unite, muovendo dal presupposto che nei confronti delle decisioni assunte a Strasburgo il giudice comune "non resta relegato nella posizione di mero esecutore o di recettore passivo... poiché una tale subordinazione finirebbe per violare la funzione assegnatagli dall'art. 101, comma 2, Cost. ed eludere il principio che ne prevede la soggezione alla legge e non ad altra fonte autoritativa" (p. 17), concludono di non poter neppure procedere ad un'interpretazione convenzionalmente orientata perché nel merito è a dir poco contestabile e dunque non condivisibile la tesi, adottata dalla sentenza *Conrada*, della creazione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa. In senso critico sulla sentenza "Genco" cfr. A. ESPOSITO, *Giochi di luce*, cit., partic. 9 ss.

ordinamento», ma anche e, anzi, *a fortiori* in riferimento ad un «ordinamento espanso, quale quello europeo»<sup>147</sup>.

Ritornando ora alla sentenza n. 25 del 2019, si ponga l'ipotesi che le Sezioni Unite nella sentenza "Paternò" avessero contestato la soluzione nel merito fatta propria nella sentenza *De Tommaso* e non avessero così operato alcuna *interpretatio abrogans* della parte della disposizione penale relativa alle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi" come esito di un'interpretazione convenzionalmente orientata.

Considerando che in virtù del disposto del già ricordato art. 618, comma 1-*bis* cod. proc. pen. l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite sarebbe stato destinato a diventare diritto vivente, in questa ipotesi come si sarebbe comportata a sua volta la Corte costituzionale chiamata ad esprimersi sul dubbio di costituzionalità fondato sull'indeterminatezza e dunque sulla non prevedibilità delle suddette prescrizioni?

In presenza di un diritto vivente volto a considerare, sia pure in dissonanza con il *dictum* proveniente da Strasburgo, quelle due prescrizioni come ancora facenti parte della disposizione incriminatrice la Consulta non avrebbe potuto giustificare la dichiarazione di incostituzionalità come il completamento di una lettura interpretativa convenzionalmente conforme già operata dalle Sezioni Unite: ed allora in assenza di un'interpretazione tassativizzante la Corte costituzionale avrebbe ugualmente ravvisato una lesione dell'art. 7 CEDU con contestuale assorbimento dell'art. 25, comma 2 Cost.?

Molto probabilmente no ad avviso di chi scrive: eppure nulla assicura che la lettura delle Sezioni Unite "contestatrice" della "ricostruzione giuridica" contenuta nella sentenza *De Tommaso* fosse da condividere.

Se si ritenesse, invece, che il Giudice delle leggi avrebbe ugualmente pronunciato l'incostituzionalità pur in assenza dell'interpretazione tassativizzante convenzionalmente orientata proveniente dalle Sezioni Unite ma basandosi soltanto sull'"approdo giurisprudenziale stabile" raggiunto a Strasburgo in riferimento all'assodata violazione del canone della prevedibilità delle prescrizioni in esame in quanto ritenute indeterminate, i profili problematici in ogni caso non accennerebbero a diminuire.

Basti soltanto pensare che la Corte EDU esercita «un fortissimo potere di selezione»<sup>148</sup> dal momento che dichiara inammissibile più del 95% dei ricorsi presentati e che le decisioni di irricevibilità o di inammissibilità sono quasi sempre e quasi tutte prive di motivazione e comunque non possono contenere né opinioni concorrenti né opinioni dissenzienti<sup>149</sup>: di conseguenza, se ne deve trarre l'amara conclusione che in tutti i casi in cui la Corte di Strasburgo, chiamata a valutare l'indeterminatezza di una disposizione incriminatrice e quindi

---

<sup>147</sup> Tutte le ultime tre citazioni sono tratte da A. ESPOSITO, *Giochi di luce*, cit., 12; la tesi era stata in precedenza espressa anche da D. GALLIANI, *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta on line*, 23 marzo 2018, 139 e *ivi* in nota 6.

<sup>148</sup> Così D. GALLIANI, *"È più facile perdonare un nemico che un amico"*, cit., 15.

<sup>149</sup> Osserva a questo proposito D. GALLIANI, *"È più facile perdonare un nemico che un amico"*, cit., 16-18, che, considerando che le decisioni di inammissibilità sono inappellabili e che per ricorrere a Strasburgo è necessario di norma aver esaurito i ricorsi interni, «la conclusione è una: le decisioni di irricevibilità/inammissibilità chiudono la partita, poiché non è contemplata la possibilità di un secondo giudizio, come invece è ammesso nei confronti delle decisioni delle Sezioni, contro le quali è possibile, anche se particolarmente difficile, adire la Grande Camera» (p. 17).

la possibile violazione del canone della prevedibilità, dichiarare l'irricevibilità/inammissibilità del ricorso o, pur entrando nel merito della questione, comunque non ravvisi nel caso specifico una lesione del suddetto canone della prevedibilità ben difficilmente la Consulta dichiarerà quella stessa disposizione incostituzionale.

In conclusione, una soluzione "a valle" al difetto di precisione delle disposizioni incriminatrici è senz'altro desiderabile.

Tuttavia, in primo luogo essa deve auspicabilmente essere rinvenuta in sede di giustizia costituzionale indipendentemente da una previa sollecitazione da parte della Corte di Strasburgo e a prescindere da un'operazione interpretativa tassativizzante da parte dei giudici comuni ed in particolare della Corte di Cassazione che uniformi la disposizione al *dictum* proveniente da Strasburgo; anzi, tale interpretazione tassativizzante è da scongiurare allorché si estrinsechi in una parziale *interpretatio abrogans*.

In secondo luogo nell'ipotesi in cui la Corte EDU si fosse espressa per l'indeterminatezza di una certa disposizione incriminatrice e quand'anche la stessa Cassazione avesse già operato una tale *interpretatio abrogans* in ossequio al *dictum* dei giudici europei il Giudice delle leggi, qualora ritenesse che quella disposizione penale, sottoposta al suo vaglio per violazione tanto del parametro interno quanto di quello esterno, è effettivamente indeterminata, dovrebbe comunque annullarla sulla base della riscontrata lesione dell'art. 25, comma 2 Cost. o tutt'al più di questo disposto e anche dell'art. 117, comma 1 Cost., ma mai sulla base del parametro esterno con assorbimento del suddetto art. 25, comma 2.

Questo si sostiene a meno naturalmente di non ricadere nell'ipotesi in cui la Corte decida di fare ricorso ad altro criterio per appurare se una disposizione penale sia vaga e quest'altro criterio sia tale da garantire una tutela ai consociati inferiore rispetto a quella conferita dal canone di prevedibilità tratto dalle norme della CEDU dalla Corte di Strasburgo.

Tuttavia, si tratta di un'ipotesi allo stato francamente improbabile visto e considerato che il criterio che in sede di giudizio di costituzionalità è utilizzato attualmente per assodare il rispetto del principio di determinatezza è applicato oramai da tempo e pare dunque assolutamente consolidato.

### **Segue: b) La soluzione "a monte" rappresentata dalle tecniche di formulazione delle disposizioni incriminatrici: effetti benefici sul principio di determinatezza.**

Ma il deficit di determinatezza delle fattispecie criminose può trovare una soluzione non solo "a valle", ma anche e, anzi, ancor prima "a monte": tale soluzione non può che provenire dal legislatore penale e attiene alla scelta delle tecniche di formulazione delle disposizioni incriminatrici.

Al fine di delineare la disposizione penale in forma precisa o quanto meno di limitare il più possibile il suo grado di indeterminatezza il legislatore potrebbe proficuamente assumere come "modello" a cui ispirarsi i sempre attuali "parametri di riferimento" fissati già dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986, n. 7611, in tema di "Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali": a titolo esemplificativo si ricorda la raccomandazione, ivi contenuta, di "fare un uso

linguisticamente corretto delle parole, soprattutto nell'ipotesi in cui siano impiegati od impiegabili termini 'tecnici', e di "evitare tanto l'uso di espressioni che, pur essendo dotate di un preciso significato tecnico, vengono invece utilizzate nella loro accezione 'laica', quanto, al contrario, l'uso di espressioni 'laiche'... quando esistono termini tecnici per designare lo stesso contenuto concettuale"; un'altra raccomandazione consiste nell'invito ad evitare il ricorso al rinvio ad altre disposizioni contenute nella stessa disposizione incriminatrice o in una diversa disposizione soprattutto in alcune ipotesi che risultano essere "particolarmente infelici" qual è quella del rinvio generico o quella del rinvio a catena<sup>150</sup>.

Ad avviso di chi scrive in aggiunta ai "parametri di riferimento" individuati da questa Circolare il legislatore dovrebbe ricorrere alla tecnica consistente nell'inserire nella disposizione penale clausole "elastiche" o concetti indeterminati solo qualora ad essi "affiancasse" le cosiddette definizioni legislative al fine di precisarne il significato<sup>151</sup>.

In riferimento alla norma contenente la definizione legislativa si può parlare di una sorta di interpretazione autentica che presenta le seguenti particolarità: innanzitutto essa dichiara il significato di una parola o di un'espressione di una precedente legge mediante una definizione al fine non già di tendere ad eliminare un contrasto interpretativo effettivo o virtuale, bensì di prevenire o comunque di limitare l'insorgenza di contrasti interpretativi; in secondo luogo essa non dispone semplicemente sul significato della sola legge interpretata, ma "va oltre" quel significato perché esplica effetti anche nei confronti delle successive leggi di modifica della legge contenente la definizione<sup>152</sup>.

L'utilità delle definizioni legislative pare difficilmente contestabile perlomeno nel caso in cui "il segno linguistico (da definire) designi un'estensione concettuale con un margine di incertezza così ampio da creare disorientamenti giurisprudenziali"<sup>153</sup>: è ben vero che anch'esse, in quanto enunciati, si prestano ad essere interpretate; è altrettanto vero, però, che «l'introduzione di una definizione nel discorso legislativo è vantaggiosa, in termini di riduzione della discrezionalità dell'interprete, nella misura in cui i termini contenuti nel definiens suscitano di fatto meno controversie di quanto ne suscitano i termini contenuti nel definitum»<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> Queste due raccomandazioni si trovano nella Parte II ("Criteri orientativi per la formulazione delle fattispecie penali") della Circolare e più in particolare rispettivamente nel punto 2 del Capo I e nelle lett. a) e c) del punto 7.1 del Capo II.

Per un più puntuale commento della Circolare cfr. F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 230 ss.

<sup>151</sup> A titolo esemplificativo basti pensare alla l. n. 172/2012, la quale nell'ultimo comma dell'art. 600-ter cod. pen. ha opportunamente definito il "concetto" di pornografia minorile, oppure all'art. 187, comma 1-*quater* del Codice della Strada (C.d.S.), che, anziché utilizzare il "concetto" indeterminato di "ore notturne", in modo più che opportuno fa ricorso alla formula "dopo le ore 22 e prima delle ore 7".

<sup>152</sup> Mette molto bene in evidenza questa particolarità della definizione legislativa intesa come interpretazione autentica R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2001, 139.

<sup>153</sup> Così si esprime la Circolare del 5 febbraio del 1986, citata in precedenza nel testo, nel punto 5.2 del Capo II.

<sup>154</sup> Così R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., 136, al quale si rinvia per ragguagli – cfr. pp. 136-137 – sulla distinzione fra le definizioni lessicali, quelle stipulative ed infine quelle esplicative o dette anche ridefinizioni. In senso in buona sostanza analogo cfr. già F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 398-399, secondo il quale «a rigore non esiste termine che non sia definibile. Ciò è ampiamente e diremmo inconfutabilmente provato dall'esistenza dei vocabolari, che ad ogni parola fanno sempre corrispondere una o più definizioni. L'incertezza del significato definitorio dipenderà sì dalla coesistenza di più definizioni e crescerà in proporzione



Un'altra tecnica che può essere impiegata dal legislatore penale nel delineare in forma il più possibile precisa gli elementi costitutivi della fattispecie di reato è quella casistica: essa consiste nella descrizione analitica degli specifici comportamenti, delle situazioni o degli oggetti che rappresentano il nucleo centrale della disposizione incriminatrice.

Non sembra irresistibile la critica, pur apparentemente robusta<sup>155</sup>, secondo la quale tale tecnica comporterebbe il deprecabile "inconveniente" di creare, nella repressione penale, lacune, le quali altro non sarebbero se non l'espressione di un bisogno di tutela penale che non è soddisfatto dal legislatore e che dunque crea nel giudice la "tentazione" di fare ricorso all'analogia<sup>156</sup>.

Al di là del fatto che questa "tentazione" trova un ostacolo insormontabile nel divieto costituzionale di analogia a cui il giudice deve sottostare, è opportuno comunque ricordare che le lacune possono essere fundamentalmente di due tipologie<sup>157</sup>.

Esse possono essere originarie, ovvero il frutto di scelte ponderate del legislatore il quale ha inteso fare un uso selettivo della sanzione penale; esse possono essere derivate, ovvero il riflesso di evoluzioni tecnologiche o di mutamenti della realtà sociale che sono intervenuti successivamente all'approvazione della disposizione incriminatrice e che conseguentemente hanno fatto emergere nuovi fenomeni non previsti né prevedibili dal legislatore: tali fenomeni potrebbero non lasciarsi ricondurre a nessuno dei possibili significati delle parole usate dalla legge.

In entrambi i casi esiste un organo che non solo è legittimato, ma che dispone anche di tutti gli strumenti per poter colmare le lacune, ovvero l'organo legislativo: quest'organo,

---

all'ampiezza dell'alone marginale rispetto al nucleo centrale, ma ciò non toglie che ogni termine sia definibile almeno con una definizione, e che la definizione in sé e per sé, da sola considerata, abbia il carattere della certezza e consenta la conoscenza mediante sussunzione»; più di recente, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, 140-141, a giudizio del quale le definizioni legislative appaiono addirittura «come "guantoni" adeguati a permettere al campione "legislatore" di sferrare il colpo del KO all'avversario, la giurisprudenza».

<sup>155</sup> Meno robusta e, anzi, piuttosto debole appare, invece, l'obiezione secondo cui la costruzione casistica delle fattispecie nel settore penale genererebbe il rischio di elefantiasi della legislazione penale, ovvero la produzione di testi legislativi eccessivamente lunghi e prolissi: in tal senso cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 126, i quali – a p. 127 – rilevano che sono dunque «esigenze di economia legislativa che possono parlare contro il ricorso *indiscriminato* alla tecnica casistica nella costruzione delle norme incriminatrici».

<sup>156</sup> Per questa obiezione molto diffusa in dottrina cfr. M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, partic. 52 e 54, e, fra gli ultimi, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, 36, mentre sia P. PITTARO, *Principio di tassatività ed elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2154, sia F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 101, non si limitano a formulare questa obiezione alla tecnica casistica, ma propugnano anche, in luogo dell'impiego di questa, la cosiddetta tecnica di normazione sintetica, la quale è fondata sulla concentrazione delle fattispecie attorno a reali "tipologie ontologiche" di aggressione a ben individuati beni o interessi giuridici.

Anche la Corte costituzionale ha potuto ricollegare alla tecnica casistica l'"inconveniente" delle lacune: cfr. a questo proposito la dec. n. 5 del 2004 in cui si trova scritto che il carattere "elastico" della clausola "senza giustificato motivo" – ivi definita dalla Corte "valvola di sicurezza" del meccanismo repressivo – "si connette, nella valutazione legislativa..., alla impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a 'giustificare' l'inosservanza del precetto. Una simile elencazione sconterebbe immancabilmente – a fronte della varietà delle contingenze di vita e della complessità delle interferenze dei sistemi normativi – il rischio di lacune: lacune che, peraltro, tornerebbero non a vantaggio, ma a danno del reo, posto che la clausola in parola assolve al ruolo, negativo, di escludere la punibilità di condotte per il resto corrispondenti al tipo legale".

<sup>157</sup> Per maggiori approfondimenti in tema di lacune cfr. R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 16 gennaio 2019, partic. 7 ss.

attraverso «l'arma della pena»<sup>158</sup>, potrà o ripensare la scelta selettiva iniziale ampliando l'ambito di applicazione della disposizione oppure coniare nuove incriminazioni modellate sui nuovi fenomeni<sup>159</sup>.

A conclusione del presente scritto incentrato sul principio di determinatezza può essere utile tentare di rispondere alla seguente domanda posta da uno studioso: «Che cosa è più importante, nell'ottica non solo del giudice o dello studioso ma del comune cittadino, la prevedibilità della decisione giudiziaria o la genesi democratica della norma applicabile?»<sup>160</sup>.

A questo interrogativo pare di poter rispondere così: i cittadini nutrono un minore interesse per la genesi, ovvero per la fonte della disposizione penale, mentre manifestano un maggiore interesse per la “certezza” che deriva dalla precisione che, nei termini in precedenza esposti, deve caratterizzare *ab origine* la disposizione stessa e dunque per la prevedibilità della decisione giudiziaria che quella disposizione dovesse applicare.

In definitiva, se è vero che il diritto penale «è caratterizzato da profili di durezza che sono sconosciuti ad altri campi» e che «nelle fattispecie che lo interessano si pongono i problemi più delicati in termini di protezione dei diritti e di concreto funzionamento delle garanzie»<sup>161</sup>, allora si può a ragion veduta affermare che proprio nella tutela di questi diritti e di queste garanzie risiede la centralità del principio di determinatezza delle fattispecie criminose.

---

<sup>158</sup> Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 125.

<sup>159</sup> L'unico altro organo legittimato ad intervenire per colmare le lacune potrebbe forse essere la Corte costituzionale con un'additiva *in malam partem*: questo sempre che, però, si ritenesse di dover aderire a quella tesi dottrinale secondo la quale nel caso in cui la stessa Corte si trovasse di fronte ad un'unica certa soluzione imposta dai principi costituzionali e dunque nell'ipotesi in cui la soluzione discendesse, senza scelte alternative, direttamente o in via indiretta – ad es., qualora risultasse imposta da un trattato internazionale che sia stato eseguito con legge nel nostro ordinamento e secondo il quale è punita una certa condotta – dalla Costituzione diventerebbe difficile rinvenire il motivo per il quale quella soluzione «debba essere disattesa e cedere di fronte ad un diverso disposto legislativo, quasi che la rigidità stessa della Costituzione sia, in questa materia [quella penale], disponibile dal legislatore» (entrambe le citazioni sono tratte da L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 56 nota 59). La tesi, il cui accoglimento è avversato da altra parte della dottrina (cfr., per tutti e fra gli ultimi, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 787 e 789), incontra comunque forti resistenze ad opera dello stesso Giudice delle leggi: per approfondimenti in materia cfr., volendo, A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, partic. 338 ss.

<sup>160</sup> Così G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 33-34.

<sup>161</sup> Entrambe le citazioni sono tratte da M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2018, 10; anche lo stesso Giudice delle leggi dopotutto ha potuto identificare la “materia penale” nell’“insieme dei beni e valori ai quali viene accordata la tutela più intensa” (così la sent. n. 185 del 2004).