



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI UDINE

## Università degli studi di Udine

### Principio di determinatezza e tassatività

*Original*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/11390/946744> since 2016-01-28T09:21:41Z

*Publisher:*

G. GIAPPICHELLI

*Published*

DOI:

*Terms of use:*

The institutional repository of the University of Udine (<http://air.uniud.it>) is provided by ARIC services. The aim is to enable open access to all the world.

*Publisher copyright*

(Article begins on next page)

A. CADOPPI - M. DONINI - G. FORNASARI - A. GAMBERINI  
G. INSOLERA - V. MANES - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI  
L. RAMPONI - I. ROSONI - L. STORTONI - A. VALENTI - M. ZANOTTI

# INTRODUZIONE AL SISTEMA PENALE

Vol. I

*a cura di*

G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI

*Quarta edizione*



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-2680-5

*Composizione:* Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)  
*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

	<i>pag.</i>
4.2.1. Alcuni esempi sull'applicazione del concetto di «materia penale» nell'ordinamento italiano: le diverse tipologie di confisca aventi natura «intrinsecamente punitiva»	200
4.2.2. Ulteriori ipotesi di misure riconducibili alla «materia penale»	203
4.3. Il potenziamento del «contenuto di tutela» di taluni principi: in particolare, il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole	204
4.4. Le ulteriori proiezioni garantistiche ricavabili dalla CEDU: in particolare, la «Proibizione della tortura» e dei trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)	205
4.5. Dalle garanzie per il <i>reo</i> alla tutela delle <i>vittime</i> : le «obbligazioni positive» a carico degli Stati	208
4.5.1. L'esempio del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e il suo duplice profilo di tutela, sotto il versante sostanziale e procedurale	208
4.5.2. Obblighi convenzionali di tutela penale?	210
5. Conclusioni	214
Bibliografia essenziale	215
Quesiti per verificare la comprensione del testo	222
Capitolo Secondo	
Principio di determinatezza e tassatività	
<i>Marco Zanotti</i>	
1. L'esigenza di determinatezza-tassatività della fattispecie penale	224
2. Le fonti del principio di determinatezza e di tassatività	226
3. Tecniche di formulazione delle fattispecie e rispetto del principio di determinatezza-tassatività	228
4. Il problema dell'interpretazione analogica in materia penale	233
4.1. Il problema della analogia <i>in bonam partem</i>	235
5. Il principio di determinatezza e di tassatività della fattispecie penale nella giurisprudenza costituzionale	238
Guida per ulteriori approfondimenti	242
Quesiti per verificare la comprensione del testo	242
Capitolo Terzo	
Il principio di irretroattività	
<i>Alberto Cadoppi</i>	
1. Premessa	243

## Capitolo Secondo

### Principio di determinatezza e tassatività

Marco Zanotti

#### 1. *L'esigenza di determinatezza-tassatività della fattispecie penale*

Un ulteriore, importante aspetto del principio di legalità affermato dall'art. 25, 2° comma, Cost. è rappresentato dall'esigenza di determinatezza-tassatività della norma penale. Essa si traduce nella richiesta, al legislatore, di formulare la fattispecie in modo preciso ed univoco (tassativo e determinato, per l'appunto), sì da permettere di individuare con certezza la linea di confine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è.

È preliminarmente opportuno un chiarimento terminologico: anche se avviene spesso che i termini «determinatezza» e «tassatività» siano utilizzati come sinonimi, sembra più corretto distinguerli concettualmente, posto che la *determinatezza* esprime soltanto un requisito di formulazione della fattispecie (in altri termini, un vincolo cui dovrebbe obbedire il legislatore nel momento di redazione della norma), mentre la *tassatività* (che pure include l'esigenza di determinatezza, poiché obbliga ad elencazioni «chiuse» di fatti o casi, con esclusione di ogni altro caso o fatto non espressamente precisato) ha una proiezione *esterna* in virtù della quale, impedendo che la fattispecie possa essere estesa a fatti non rientranti nella sua dimensione astratta, se ne esclude una applicazione analogica da parte del giudice (in generale, Fiandaca G.-Musco E., 2004, 66 ss.; Padovani T., 2004, 26 ss.; Bricola F., 1965, 277 ss.; parte della dottrina opera una distinzione tra principio di precisione, inteso quale vincolo per il legislatore di formulare le norme penali nella forma più chiara possibile; principio di determinatezza, quale espressione dell'esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo; e principio di tassatività, riconducibile al divieto di analogia a sfavore del reo; cfr. Marinucci G.-Dolcini E., 2004, 28 s. Sul principio in esame vale la pena rinviare anche a quanto riasuntivamente richiamato in una recente decisione della Corte costituzionale in tema di immigrazione: sent. 13 gennaio 2004, n. 5). Ciò permette di cogliere l'esigenza specifica che il principio di determinatezza-tassatività della fattispecie vuole soddisfare, che è quella di contrastare possibili arbitri del potere giudiziario nel momento di applicazione concreta della norma penale.

Tale, infatti, la funzione della tassatività nel quadro più generale del princi-

pio di legalità, laddove la riserva di legge, invece, intende impedire interferenze normative in materia penale del potere esecutivo, e l'irretroattività garantire da arbitri dello stesso potere legislativo (*supra*, parte IV, cap. 1, § 1 e *infra*, parte IV, cap. 3, § 1).

I tre profili del principio di legalità, pur se distinti sul piano funzionale, appaiono peraltro interdipendenti: la determinatezza-tassatività della norma penale si pone, infatti, come momento necessariamente complementare della riserva di legge, giacché non avrebbe senso postulare un monopolio del potere legislativo in materia penale se parallelamente fosse consentito al giudice il potere di applicare la norma anche ad ipotesi da questa non espressamente previste. Così come, d'altra parte, l'indeterminatezza della legge penale si porrebbe in contrasto con il principio di irretroattività, poiché la sua applicazione si tradurrebbe in una valutazione di rilevanza effettuata *a posteriori* dal giudice in ordine ad un fatto che, al momento della sua commissione, non è con sicurezza riconducibile alla norma incriminatrice.

Strettamente associato alla nozione di determinatezza e di tassatività si presenta il concetto di *tipicità*: la norma penale incriminatrice, descrivendo il fatto vietato, non può che assumere un contenuto determinato e limitare la sua applicazione solo agli accadimenti concreti da essa tassativamente previsti. Solo una norma determinata può infatti consentire un giudizio di conformità tra un fatto storico ed un modello normativo astratto, in virtù del quale possa pertanto affermarsi che il primo è tipico rispetto al secondo (*supra*, parte III, cap. 2, § 3).

Non in tutti i settori dell'ordinamento giuridico è avvertita l'esigenza di tipicità. Essa è sentita in modo del tutto peculiare nel diritto penale, ma altrove è sconosciuta. Si pensi, per esempio, allo schema dell'illecito civile (art. 2043 c.c.), in cui la latitudine della formula normativa permette di includere *qualunque* fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto. Come è facile rilevare, una norma di tale *atipicità* sarebbe inammissibile in ambito penalistico, proprio per il diverso orientamento che esso esprime ed esige nella formulazione dell'illecito penale.

La differente struttura, si è detto, trova giustificazione in un duplice ordine di considerazioni. Da un lato l'illecito penale deve essere tassativamente formulato, proprio per l'importanza del bene (la libertà personale) sul quale incide la reazione statale, laddove l'illecito civile ha una conseguenza sanzionatoria meramente patrimoniale.

Dall'altro, si rileva che la determinatezza è coesenziale alla connotazione della norma penale come *comando*: solo un imperativo chiaramente formulato ha la possibilità di essere percepito dal destinatario e di essere osservato. Nel diritto civile le norme svolgono invece la diversa funzione di *garanzia* immediata di diritti soggettivi, che, secondo ampi settori della dottrina, sarebbe compromessa da una diversa scelta in favore della tipicità dell'illecito civile.

## 2. Le fonti del principio di determinatezza e di tassatività

Mentre sul piano della legislazione ordinaria l'esigenza di cui stiamo parlando riceve esplicito riconoscimento, sul piano costituzionale essa non risulta chiaramente affermata: l'art. 25 cpv. Cost. è, infatti, chiarissimo per quanto riguarda il principio di riserva di legge e di irretroattività in materia penale, ma formalmente nulla dice in ordine alla tassatività.

L'art. 1 c.p., invece, nel prevedere che «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge», così come l'art. 14 disp. prel. c.c. («Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»), si riferiscono esplicitamente all'esigenza di determinatezza del contenuto normativo e alla tassatività dell'applicazione. L'importanza del fatto che tale principio sia oggetto di previsione costituzionale e non soltanto previsto da norme di legge ordinaria si coglie immediatamente considerando che queste ultime rappresentano una mera autolimitazione che il legislatore si pone (essendo quindi libero di derogarvi), mentre, nel caso di previsione costituzionale, il sistema appresta un limite che si impone al legislatore (un eterolimita), e che, se violato, implica la sanzione della declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale. Si comprende, così, per quale ragione la dottrina si sia preoccupata di dimostrare il fondamento normativo (costituzionale) del principio nell'ambito dell'art. 25, 2° comma, Cost. Per raggiungere tale obiettivo, si sono percorse varie vie, alcune delle quali, pur condivisibili in astratto, non sono tuttavia pienamente persuasive.

Il richiamo alla *ratio* complessiva dell'art. 25 Cost., ad esempio, nel rilevare che norme penali dai confini imprecisati e dai contenuti vaghi ed inafferrabili ne costituirebbero un tradimento palese, pur in sé indiscutibile, non è tuttavia dimostrativo del fatto che la Costituzione elevi il principio di tassatività al rango di principio costituzionale. Così, ancora, si è ricordato che, storicamente, nel principio di legalità è sempre stato incluso il principio di determinatezza e di tassatività, di modo che questi sono aspetti complementari ed indiscernibili del primo. Sennonché, è storicamente certo che sistemi giuridici fondati sul principio di legalità consentono il ricorso al procedimento analogico. L'argomento, quindi, non è convincente.

Seguendo la via del confronto sistematico tra l'art. 25, 2° comma, Cost. e altre norme della Costituzione, invece, altra parte della dottrina ha raggiunto risultati che, oggi, possono considerarsi definitivi.

Il primo passaggio consiste nel porre a confronto l'art. 25 cpv. Cost. con l'art. 13 Cost.: quest'ultimo dispone che «non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o di perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi descritti dalla legge».

Questa norma (l'art. 13) ha una valenza sicuramente processuale, facendo ri-

ferimento a quelle restrizioni della libertà personale che vengano disposte nel corso del procedimento penale per fini esclusivamente cautelari.

Tale misure privative della libertà, pertanto, hanno carattere di provvisorietà, perché coordinate alla decisione definitiva in ordine alla punibilità del reo. Ora, se si impone una esigenza di determinatezza e di tassatività per le norme che prevedono misure strumentali al processo, a maggior ragione essa deve essere richiesta per quelle norme che contemplano una pena definitiva nel caso di loro violazione. Si tratta dell'applicazione pertinente di un argomento interpretativo noto nel campo dell'ermeneutica giuridica, l'argomento *a fortiori*: in base ad esso, se vi è una norma che predica una qualificazione normativa per una classe di comportamenti, bisogna concludere che esista una diversa norma che contenga la stessa qualificazione per un'altra classe di comportamenti che la meriti, *a maggiore ragione* della prima.

Nel quadro dei rapporti, poi, tra artt. 13 e 25, 2° comma, Cost., il loro legame appare ancora più stretto sol che si pensi che una misura restrittiva della libertà personale di tipo cautelare può essere imposta se vi sia un fondato sospetto di commissione di un reato. È pertanto consequenziale che una formulazione tassativa si imponga anche per le norme che descrivono le varie ipotesi di reato, perché, in difetto, non potrebbe garantirsi la tassatività delle norme di legge che consentono le misure provvisorie.

Un secondo passaggio della tesi consiste nel correlare l'art. 25, 2° comma, Cost. all'art. 112 Cost. Quest'ultimo prevede che «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale». Si osserva, allora, che una normazione penale non improntata ad un criterio di tassatività e determinatezza indebolirebbe notevolmente l'attuazione pratica di questo principio, poiché in presenza di fattispecie incriminatrici vaghe e dai contenuti indeterminati mancherebbe il parametro di raffronto per verificare se l'obbligo sia stato osservato. È ovvio che se fossero consentite fattispecie indeterminate, la valutazione circa la fondatezza della loro violazione cui il P.M. è tenuto diverrebbe totalmente elastica, ed in larga misura incontrollabile.

Il cerchio argomentativo si chiude, infine, con il ricorso dall'art. 24, 2° comma, Cost.: «La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento». Siccome il diritto alla difesa esige che all'imputato vengano contestati in modo preciso sia il fatto sia la norma violata, la genericità di quest'ultima non potrebbe non reagire, logicamente, sulla formulazione dell'imputazione (per tutti, cfr. Bricola F., 1965, 277 ss.).

Da ciò discende la dimostrazione che la determinatezza e la tassatività della fattispecie penale sono principi di rango costituzionale positivamente contemplati dall'art. 25, 2° comma, Cost.

La tesi oggi può dirsi unanimemente condivisa (anche sul piano della giurisprudenza della Corte costituzionale), ed ha l'ulteriore pregio di sottrarre il dibattito circa la determinatezza dal terreno, in sé non improprio, della mera deduzione logica: non basta, infatti, affermare che l'esigenza di determinatezza è coesistente alla natura di norma-comando tipica del precetto penale, perché il



rilievo potrebbe tutt'al più segnalare una contraddizione del sistema che un tale principio non recepisce positivamente.

Oggi non si dubita affatto del fondamento costituzionale del principio, che, fra l'altro, si coniuga perfettamente con altra esigenza pure costituzionalmente garantita, quella della personalità della responsabilità penale. Se il senso del concetto espresso all'art. 27 Cost. si coglie compiutamente anche alla luce del criterio di *conoscibilità* della legge penale, è chiaro che la Costituzione non avrebbe potuto autocontraddirsi nel consentire norme equivoche perché indeterminate, posto che solo norme chiare possono essere conosciute (ed osservate) dai loro destinatari.

Sotto questo profilo si suole ripetere che la tassatività corre sul crinale dei rapporti tra norma penale e cittadino destinatario, senza però esaurirsi in esso.

Dal momento che l'esigenza di certezza implica pure un margine non trascurabile di prevedibilità delle conseguenze ascritte al reo in caso di violazione di una norma penale, si capisce che la tassatività è anche in funzione del rapporto norma-giudice, posto che solo norme determinate nel loro contenuto possono rappresentare parametri di giudizio sufficientemente univoci per il giudice chiamato applicarle.

### 3. *Tecniche di formulazione delle fattispecie e rispetto del principio di determinatezza-tassatività*

Nella costruzione delle fattispecie penali il legislatore può avvalersi di varie tecniche, utilizzando elementi di diverso tipo. Non tutte, però, paiono rispettare l'esigenza di tassatività costituzionalmente imposta in materia penale. In linea di principio, vi sono modi di strutturare la fattispecie penale certamente in conflitto con il concetto di determinatezza: il ricorso alla tecnica normativa per clausole generali o con elementi vaghi, così come la normazione casistica. Si definiscono vaghi quegli elementi che non permettono di individuare il parametro valutativo a cui riferirsi, ovvero rinviano a parametri di totale equivocità, magari assumendo un contenuto prevalentemente emozionale.

Come esempio paradigmatico, si cita che l'ipotesi della circostanza aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 1 l. 6 febbraio 1980, n. 15), in cui pare che il legislatore, più che alla razionalità dell'interprete, faccia appello alla sua emotività. Così, ancora, nell'ipotesi prevista dall'art. 15 l. n. 47/1948: «Le disposizioni dell'art. 528 c.p. (pubblicazioni e spettacoli osceni) si applicano anche nel caso di stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti».

Questa fattispecie contiene diversi elementi il cui contenuto permette al giudice larghi margini di apprezzamento discrezionale, con il risultato che la sua applicazione passa attraverso il filtro delle opinioni etiche, politiche o sociali del giudice stesso.

Si assiste ad una tecnica normativa per clausole generali, invece, quando il legislatore rinuncia a definirne i contorni, limitandosi ad un enunciato che è destinato ad essere precisato soltanto per effetto dell'attività interpretativa. Tale, ad esempio, la norma generale sul concorso di persone nel reato di cui all'art. 110 c.p., che prevede la punibilità di tutti coloro che sono concorsi nel reato, ma senza stabilire, al contempo, gli estremi della compartecipazione criminosa.

Una concezione «rigida» del principio di determinatezza dovrebbe sollevare forti dubbi di costituzionalità in ordine a norme di questo genere, ma la dottrina più recente segnala come il diverso grado di tassatività che connota norme di parte generale rispetto a norme autonomamente incriminatrici (e, si può aggiungere sin d'ora, a norme che aggravano il trattamento sanzionatorio) trovi giustificazione in base ad un duplice ordine di considerazioni (*infra*, parte IV, cap. 2, § 2).

Da un lato, si sottolinea che l'applicazione giurisprudenziale degli istituti di parte generale è, tendenzialmente, più costante ed omogenea rispetto a quanto accade in relazione alle singole fattispecie incriminatrici. Ciò garantisce, di fatto, una accettabile prevedibilità delle decisioni. Dall'altro, si precisa che si tratta di norme che hanno applicazione generalizzata a tutti i (o, comunque, a un numero elevatissimo di) reati, e proprio per questo le eventuali sollecitazioni a modificarne contenuti e portata con riguardo a singole ipotesi difficilmente si propagano ad altri reati: passate le «emergenze», quelle spinte possono essere meglio riassorbite. Ciò assicura l'esigenza di uniformità e di oggettività delle decisioni (Donini M., 1991, 122). Meno visibile ma egualmente sicura, la distanza dall'esigenza di determinatezza della normazione casistica, che, anche se apparentemente a questa coerente, in realtà esprime un modo improprio di intendere la certezza del diritto. Si ha la formazione casistica tutte le volte che la fattispecie normativa elenca minuziosamente tutti i suoi possibili oggetti di riferimento in concreto. Ma, esattamente, si rileva che in tal modo si frammenta il precetto in una serie di ipotesi che rischiano di renderne incomprensibile il senso; per di più, poiché la realtà effettuale supera sempre la capacità di previsione legislativa, la normazione casistica finisce per far emergere il problema delle lacune sostanziali nel caso di ipotesi concrete affini, ma non coincidenti con quelle espressamente contemplate, sollecitando così il giudice a forzature interpretative a tutto danno della tipicità della fattispecie (Padovani T., 2004, 28).

Considerato cosa *non* dovrebbe sicuramente fare un legislatore preoccupato di rispettare l'esigenza costituzionale (con un margine di tolleranza per ciò che riguarda le norme che disciplinano istituti di parte generale) vediamo, ora, quali tecniche possano dirsi confacenti al principio di determinatezza.

Ad esso corrisponde perfettamente l'utilizzo di elementi descrittivi di tipo naturalistico, che rimandano a concetti di comune esperienza e fanno riferimen-

to a realtà fisiche, empiricamente verificabili, e che, in quanto tali, non lasciano al giudice alcuno spazio valutativo. A puro titolo esemplificativo si possono menzionare varie espressioni che si riportano alla categoria in esame: «morte di un uomo» (art. 575 c.p.); «cosa mobile» (art. 624 c.p.); «perdita di un senso o di un arto» (art. 583 c.p.); «denaro o altra cosa mobile» (art. 314 c.p.); «materie esplodenti, tossiche, infiammabili, ecc.» (art. 435 c.p.). Si tratta, come è agevole rilevare, di elementi di fatto constatabili *in rerum natura*, con una operazione logica di tipo meramente ricognitivo.

Eguale «rigidi» (e conformi all'esigenza di determinatezza) sono gli elementi normativi giuridici, che per la loro comprensione postulano il riferimento ad una norma giuridica: la cosa altrui, nel quadro del delitto di furto, non può essere definita se non facendo ricorso alle norme civili che disciplinano l'acquisto della proprietà.

L'allontanamento dalla tassatività inizia, invece, allorché si faccia ricorso ad elementi elastici, che esprimono concetti aperti ad un ventaglio più o meno ampio di possibili soluzioni dipendenti dalla valutazione discrezionale dell'interprete.

A questa categoria appartengono gli elementi normativi di tipo extragiuridico, che rimandano, per la loro comprensione, ad una regola di giudizio *non* giuridica, ma etica, di costume, o sociale. Le nozioni di «onore», «reputazione», «decoro» (in tema di delitti di ingiuria e diffamazione), «osceno» (art. 527), «morale delle famiglie» (art. 570), «notizie tendenziose» (art. 501), per citare solo alcuni esempi, rinviano appunto ad una fonte esterna alla norma incriminatrice in cui esse compaiono.

In casi del genere il parametro di riferimento rimane inevitabilmente incerto, proprio perché, accanto ad ipotesi sicuramente riconducibili alla fattispecie, ovvero certamente da essa escluse, si evidenzia un'area intermedia incerta che il giudice è tenuto a qualificare, in un senso o nell'altro.

Ora, il ricorso ad elementi elastici è probabilmente una necessità ineliminabile per il legislatore penale: questi, infatti, sono stati paragonati ad una sorta di «organi respiratori» che permettono un adeguamento costante della disciplina penale all'evolversi della realtà sociale. Nondimeno, è altissimo il rischio di compromettere l'esigenza di certezza giuridica che è alla base del principio di determinatezza-tassatività quando a questa funzione di adeguamento si ritiene sempre abilitato il giudice con i suoi giudizi di valore. La dottrina, consapevole di tale pericolo, suggerisce di ritenere compatibile con il principio di determinatezza l'utilizzo di elementi normativi elastici in presenza di due condizioni: 1) che non sia possibile, dovendo definire una situazione di fatto, utilizzare segni linguistici diversi e più rigorosi; 2) che esista una effettiva esigenza di disciplina penale nella materia cui si riferisce l'elemento elastico: ove si ravvisino alternative di tutela ragionevoli, diverse da quella penale, non parrebbe consentito ipotizzare il sacrificio della libertà personale basandolo su un crinale in varia guisa incerto (Padovani T., 2004, 29).

Un sistema penale che volesse mantenersi il più possibile aderente all'esi-

genza di determinatezza ha, a sua disposizione, diversi modelli di costruzione della fattispecie.

Il modello più semplice e convincente è dato dalla fattispecie strutturata su un evento esterno alla condotta, nel quale si sintetizza l'offesa, la carica antisociale del fatto. Evento di danno, od anche di pericolo concreto (se si avverte la necessità di anticipare la tutela per interessi di particolare importanza), che sarà accertato caso per caso (*supra*, parte III, cap. 2, § 6). Definito l'evento, resterà automaticamente definita anche la condotta che l'ha causato: questa è l'ipotesi del reato a forma libera, nel quale non può porsi alcun dubbio circa il rispetto del principio di determinatezza. Anche se la condotta non è descritta analiticamente (perché è definita solo in termini di causalità), la fattispecie è determinata in quanto è determinato l'evento.

Può darsi, invece, che, allorché si imponga la necessità di dare tutela penale ad interessi di tipo collettivo (economico, politico), ragioni di effettività della repressione consiglino una strutturazione dell'incriminazione ancorata all'accertamento in concreto di un danno o di un pericolo di danno.

In questo caso, il legislatore può impostare la fattispecie su una tipologia di comportamenti anziché di eventi. Una tecnica normativa del genere, di per sé, non contraddice all'esigenza di determinatezza, a patto, però, che non si rinunci ad una definizione analitica della condotta per il tramite di connotazioni interne sufficientemente rigorose (*supra*, parte III, cap. 2, § 4).

Autentico allontanamento si ha, invece, allorché la norma si accontenta di una definizione in termini di puro disvalore, che non rinvii nemmeno a criteri di valutazione extralegali dotati di un minimo di determinatezza.

A titolo esemplificativo, si può ricordare la previsione del favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), in cui la condotta è descritta semplicemente come «aiuto di taluno ad eludere le indagini o sottrarsi alle ricerche». Una formula siffatta non è in grado di selezionare i comportamenti vietati, posto che non tutte le forme di aiuto possono essere ricondotte all'incriminazione.

Riemerge, allora, il rischio che ipotesi così generiche si prestino (come in effetti avviene) ad arbitrii interpretativi da parte del giudice. Un altro modello, nei cui confronti è da esprimersi giudizio parimenti negativo, è quello che fa leva (prevalentemente ed esclusivamente) su fattori soggettivi.

Si è, in proposito, esattamente rilevato che le fattispecie costruite in chiave psicologica presentano, per quanto riguarda la loro determinatezza, problemi legati alla difficoltà di un concreto accertamento dei fatti psichici interni al soggetto. Si pensi a tutte quelle ipotesi in cui il comportamento è vietato solo se commesso in vista di un determinato scopo (reati a dolo specifico). Il problema, poi, si ripropone anche quando la finalità dell'agente, invece di svolgere una funzione costitutiva (di rendere punibile una condotta altrimenti neutra sul piano penale), ne svolge una di tipo selettivo (la particolare finalità determina il cambiamento del titolo del reato: ad esempio ratto a *fine* di libidine - art. 523 - rispetto al sequestro di persona a *scopo* di estorsione - art. 630 -, con ben più grave trattamento sanzionatorio). Ne consegue, pertanto, che il principio di de-

terminatezza appare rispettato dall'impiego di tecniche normative di tipo obiettivo, mentre può risultare compromesso da altre che facciano leva, in misura più o meno larga, su fattori soggettivi-personali. È bene tenere presente, inoltre, che l'esigenza di tassatività delle norme penali va correlata alla specifica funzione che esse svolgono. Mentre per le norme che qualificano un fatto come illecito penale, così come per quelle che descrivono una maggiore gravità di un fatto già definito come reato (norme circostanziali aggravanti) il principio esige(rebbe) un rispetto assoluto, per quelle, viceversa, che delineano una minore dimensione offensiva del fatto sono certamente tollerabili formulazioni elastiche.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi dell'art. 62-*bis* c.p. (attenuanti generiche): «Il Giudice, indipendentemente dalle circostanze prevedute dall'art. 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione di pena». In casi del genere, il legislatore rinuncia a stabilire, in astratto, il significato o il valore positivo di un certo elemento, rinviano alla discrezionalità del Giudice, perché tale elemento (cui è legato l'effetto attenuante) può essere colto solo nelle sfumature del caso concreto o nella personalità dell'agente.

Ma non si dubita affatto che riferimenti elastici in chiave attenuatrice siano compatibili con il sovraordinato principio di tassatività.

L'esigenza di determinatezza investe, altresì, il profilo della sanzione, ma, anche a questo riguardo, essa si adatta a (e si tempera con) altre esigenze sempre di indole costituzionale. Non v'è dubbio che la garanzia apprestata dal principio sarebbe contraddittoriamente lacunosa se, di fronte ad un precetto definito in termini univoci e rigorosi, fosse poi consentita la previsione di una pena indeterminata. È la *ratio* complessiva dell'art. 25, 2° comma, Cost. ad inibire un risultato del genere: se esso intende salvaguardare il bene fondamentale della libertà personale, non si può poi concepire che il giudice sia totalmente libero di scegliere il tipo o la durata della pena. Ma, evidentemente, una cosa è un arbitrio incontrollato che consentirebbe l'applicazione di pene inumane o sproporzionate, tutt'altra, invece, un modulo discrezionale quale quello previsto dal nostro sistema positivo (*infra*, parte V, cap. 7, § 3). Le fattispecie incriminatrici, infatti, prevedono uno spettro sanzionatorio che procede da un minimo ad un massimo, entrambi legalmente definiti, all'interno del quale il giudice determina la misura della pena in concreto, sulla base dei criteri-guida offertigli dall'art. 133 c.p. Ora, se si dovesse ritenere imposta una realizzazione integrale del principio di determinatezza anche con riferimento alla pena, l'unica sanzione ad esso conforme sarebbe quella fissa, che implica sì il massimo di determinatezza, ma che urta, d'altra parte, con diversi principi di rango costituzionale.

La pena fissa (o pena-tariffa del codice francese del 1791) (*supra*, parte IV, cap. 4, § 5), infatti, rappresenta una risposta omogenea ed indifferenziata per fatti illeciti che sono sì tipici rispetto alla fattispecie astratta, ma che ben possono essere diversi sia per gravità oggettiva (appropriarsi di cento euro, nel quadro dell'ipotesi di cui all'art. 646 è cosa ben diversa dall'appropriarsi di un milione di euro), sia sul piano della colpevolezza (perché è certamente meno riprovevole

appropriarsi di somme per destinarle ai bisogni essenziali della famiglia, e lo è di più quando il fatto è mirato a condurre una vita brillante). Riguardato il problema da questo punto di vista, la previsione di pene fisse, non permettendo alcun adattamento alle particolarità del caso concreto (e non potendo, quindi, essere proporzionate al fatto), risulterebbe in assoluta antitesi con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. con il quale l'esigenza di determinatezza deve coordinarsi.

Ma la «mobilità» della pena, cioè una sua articolazione tra un minimo ed un massimo che consenta di tenere conto dell'effettiva entità del fatto illecito e delle specifiche esigenze dei singoli casi, appare anche come il naturale sviluppo di altri principi costituzionali.

Una risposta punitiva differenziata da un lato contribuisce a rendere quanto più possibile «personale» la responsabilità penale (art. 27, 1° comma, Cost.), e dall'altro si inserisce perfettamente nella prospettiva rieducativa assegnata alla pena dall'art. 27, 3° comma, Cost. (*infra*, parte V, cap. 7, § 3). L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, «proporzione» della pena rispetto alle «personali» responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale (così Corte cost. 2-14 aprile 1980, n. 50, con nota di Paliero E., 1981, 721 ss.). Fini, all'evidenza, irraggiungibili da una pena fissa, la cui rigidità non consente alcun adeguamento in concreto.

E, pertanto, tuttora aperta la questione della compatibilità costituzionale, ad esempio, dell'ergastolo quale pena fissa, così come, nel capitolo delle pene detentive, di quella prevista dall'art. 630, 2° comma, c.p.: «se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta».

#### 4. Il problema dell'interpretazione analogica in materia penale

Quale naturale corollario del principio di tassatività della fattispecie penale si pone il divieto di analogia.

L'argomento (o procedimento) analogico viene comunemente definito come quel procedimento interpretativo-creativo mediante il quale si disciplina un episodio di vita non espressamente regolato dalla legge per il tramite di una norma dettata per casi simili (analogia *legis*), ovvero facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico (analogia *juris*). Nell'impiego giuridico, tale argomento si basa su uno schema a tre membri: è, cioè, diventato un argomento per cui, posti due termini collegati tra loro da una somiglianza rilevante, si deve attribuire al secondo la disciplina giuridica prevista (espressamente) per il primo termine.

In talune culture giuridiche, esso si presenta come una regola sulla produ-

zione giuridica, e precisamente come una regola che impone la produzione di norme che abbiano l'effetto di ottenere, per il secondo termine dell'analogia, la disciplina che una norma preesistente prevede per il primo termine.

In questa dimensione, è del tutto evidente che l'argomento analogico sarebbe precluso dal principio di riserva di legge: esso, infatti, si risolverebbe nell'eliminazione di una lacuna del sistema normativo da parte dell'interprete (giudice) a scapito del monopolio legislativo in materia penale.

In quanto regola di interpretazione (e questo è l'uso della nostra cultura giuridica) l'analogia è, invece, preclusa dal principio di tassatività, in virtù del quale non è possibile riportare alla fattispecie incriminatrice fatti da questa non *espressamente* previsti. Il divieto, sul quale esiste generale consenso in linea di principio, riguarda ovviamente le sole norme sfavorevoli (c.d. analogia *in malam partem*), perché un discorso diverso va fatto per la estensione analogica di norme favorevoli (c.d. analogia *in bonam partem*).

La questione, peraltro, risulta alquanto più complicata quando si valuti l'attuazione del divieto sul piano dell'applicazione concreta. Su questo terreno si assiste di frequente all'assegnazione di significati più ampi (e diversi da quelli, a prima vista propri) a disposizioni normative, giustificando questa maggiore portata della norma come frutto di una consentita interpretazione estensiva. Dal punto di vista teorico, si tende a distinguere quest'ultima dall'analogia nel senso che solo l'interpretazione estensiva si ricollega al senso delle parole dell'enunciato normativo, cui si conferisce un significato più lato del consueto, mentre il procedimento analogico postula, per definizione, che il caso concreto non sia affatto rapportabile a quello contemplato espressamente, ma sia solo simile (requisito della *eadem ratio*).

Non mancano, però, voci autorevoli che segnalano come la distinzione sia imprecisa e poco rigorosa, e, in definitiva, fors'anche logicamente impossibile (Tarello G., 1980, 36 ss.).

Sul terreno specificamente penalistico, poi, con grande vigore si è denunciato il fatto che l'interpretazione estensiva può prestarsi ad abusi, o, più esattamente, può essere invocata per mascherare abusi consistenti in autentiche violazioni del divieto di analogia, o sicuri superamenti dei limiti esegetici della norma penale (Contento G., 1991, 9). È interessante rilevare il fatto che la difficoltà di distinguere i due procedimenti interpretativi ha orientato taluni ordinamenti giuridici (soprattutto latino-americani) a vietarli entrambi.

La prassi giurisprudenziale, invece, appare assai propensa a presentare come esiti di una ammissibile interpretazione estensiva soluzioni che, viceversa, sembrano autentiche estensioni analogiche della norma. In ciò talvolta (ma non necessariamente sempre) agevolata dalla indeterminatezza dei segni linguistici utilizzati.

Si consideri, a titolo esemplificativo, l'ipotesi prevista dall'art. 734 c.p.: «chiunque, mediante costruzioni, demolizioni, o *in qualsiasi altro modo*, distrugge o altera le bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'Autorità, è punito ...». L'inciso «in qualsiasi altro modo ...» deve essere correlato alle forme di condotta che lo precedono (cioè costruzioni o demolizioni), perché se il

legislatore avesse inteso costruire la fattispecie come a forma libera (incriminando, perciò, ogni distruzione o alterazione delle bellezze naturali comunque provocate) non avrebbe tipicizzato forme specifiche di causazione di quegli eventi. Ne consegue che potranno essere ricondotte all'incriminazione non *tutte* le condotte comunque causali, bensì solo quelle che presentino una qualche comparabilità (analogica) con le nozioni di costruzione o di demolizione (scavi, disboscamenti, trasformazioni agricole, ecc.). La giurisprudenza, però, ha ritenuto applicabile questa norma anche a comportamenti omissivi di chi è preposto al controllo dell'ambiente, e ciò pare francamente un aggiramento del divieto di analogia. L'esempio fatto porta il discorso sul tema della c.d. analogia interna, ovvero delle fattispecie che contengono clausole che direttamente richiamano il procedimento analogico. Il fenomeno è presente ogni volta che la lettera della legge si esprime mediante indicazioni estensive del tipo «e altri casi simili» ovvero «in condizioni analoghe». Quale conclusione in ordine alla loro compatibilità con il principio costituzionale di tassatività?

La dottrina, correttamente, distingue due situazioni, con esiti differenziati. In un caso, si osserva, il rinvio al procedimento analogico è solo apparente, e pertanto vi è piena compatibilità con il principio di tassatività: ciò si verifica nelle ipotesi in cui il legislatore potrebbe utilizzare una tecnica di normazione sintetica, ma, anziché indicare il *genus* (cioè un segno linguistico di sintesi che indichi il parametro attraverso il quale compiere la valutazione di rilevanza), elenca taluni elementi del *genus* affiancando poi ad essi la formula di chiusura (per tutti, Bricola F., 1965, 300 ss.).

Le contravvenzioni di cui agli artt. 710 e 711 c.p. costituiscono un esempio assai chiaro: si prevede il fatto di consegnare o vendere grimaldelli o altri strumenti atti ad aprire o forzare serrature da parte di chi fabbrica chiavi o eserciti il mestiere di fabbro, chiavaiuolo od *altro simile mestiere*.

In questo caso, la norma contiene certamente il parametro di riferimento univoco alla cui stregua valutare se la situazione di fatto è giuridicamente (penalisticamente) rilevante: esso, infatti, è dato dal riferimento all'oggetto dell'attività. Tanto ciò è vero che, come si è rilevato, la formula potrebbe convertirsi in una di questo tipo: «chiunque fabbrica o vende oggetti diretti ad aprire o forzare serrature», che, al pari dell'altra, definisce il *genus* cui la norma intende riferirsi. Ben più opinabili, sul piano della compatibilità costituzionale, altre fattispecie (quali, ad esempio, gli artt. 600-601 c.p.) che non contengono un parametro valutativo univoco.

#### 4.1. Il problema della analogia in bonam partem

Come si è visto, dall'art. 25, 2° comma, Cost. discende il divieto di analogia *in malam partem*, ma la norma costituzionale non pare prendere posizione alcuna in ordine alla possibilità che norme favorevoli (permissive, estintive od attenuanti) siano estese analogicamente a vantaggio del reo (*infra*, parte IV, cap. 2, § 7).



Sul piano della normativa ordinaria, invece, si individuano segnali contraddittori. Se l'art. 1 c.p. è costruito sulla punibilità per fatti espressamente preveduti come reato (e, pertanto, sembrerebbe precludere solo l'analogia *in malam partem*), l'art. 14 disp. prel. c.c., nel suo profilo testuale, non distinguendo tra analogia *in malam* o *in bonam partem*, pare invece vietarle entrambe rispetto alle norme penali ed alle norme eccezionali.

Ora, il tema della estensione analogica favorevole al reo si prospetta in relazione a norme che, pur incidendo parimenti sulla punibilità, non sono comunque tra loro omogenee. Il linguaggio legislativo, infatti, altrove in genere estremamente preciso, su questo punto non appare rigoroso, perché allude semplicemente ad una indistinta categoria di cause che escludono la punibilità. Ma, al suo interno, è doveroso distinguere tra norme che prevedono cause di giustificazione (artt. da 50 a 54 c.p.) e norme che, pur lasciando sussistere la illiceità del fatto, ne precludono la punizione (art. 649 c.p., art. 376 c.p., ad esempio) (*supra*, parte III, cap. 2, § 10). La rilevanza penale di questo tipo di norme è indiscutibile, ciò nondimeno, per la dottrina assolutamente maggioritaria, esse non possono essere considerate «leggi penali» ai sensi dell'art. 14 disp. prel., perché tale locuzione è indicativa delle sole norme incriminatrici. Sotto questo profilo, quindi, il divieto di analogia non riguarderebbe le norme favorevoli.

Per altro verso, ci si è posti il problema se tali norme pur non «penali» nel quadro dell'art. 14 disp. prel., non debbano essere ritenute eccezionali. Anche da questo punto di vista, pur con motivazioni diverse, la risposta è stata negativa (e favorevole all'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem*). Si è sostenuto, infatti, che eccezionali devono ritenersi solo le norme incriminatrici, in quanto restringono l'originario diritto di libertà dell'individuo. Le norme permissive, invece, costituirebbero eccezioni delle eccezioni, ristabilendo la regola generale del rispetto della libertà individuale. La tesi è debole nel presupposto da cui muove, che, cioè, sia eccezionale la norma incriminatrice.

Per altra parte della dottrina (che appare sensibilmente maggioritaria), la non eccezionalità delle norme favorevoli sarebbe dimostrata non dal rapporto con le norme incriminatrici, bensì dal confronto con l'intero complesso delle norme che costituiscono il sistema. Una norma esimente può apparire eccezionale rispetto ad una norma incriminatrice (alla cui disciplina la prima deroga), ma non più tale se confrontata con altre norme generali del sistema, delle quali, anzi, si prospetti come logica riaffermazione. La tesi nasce, principalmente, dalla considerazione delle cause di giustificazione, che in genere (ma non tutte, come si vedrà) appaiono essere espressione di principi generali dell'ordinamento (in generale, Contento G., 1996).

Le norme che prevedono, ad esempio, l'esercizio del diritto o l'adempimento del dovere (art. 51 c.p.) non possono certo considerarsi eccezionali nel momento in cui esprimono un'esigenza irrinunciabile per qualsiasi sistema giuridico, il rispetto, cioè, del principio di non contraddizione. Non è, infatti, logicamente ammissibile che in un certo settore dell'ordinamento si consenta o si imponga un determinato comportamento e parallelamente se ne preveda la punibilità ove commesso.

Ad identica conclusione, poi, si perviene per altre cause di giustificazione, quali il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), che esprime il principio generale «*volenti non fit iniuria*»; la legittima difesa (art. 52 c.p.), che ha alla base il principio «*vim vi repellere licet*»; lo stato di necessità (art. 54 c.p.) «*necessitas legem non habet*». Non esprime alcun principio generale, viceversa, l'art. 53 c.p. che prevede l'uso legittimo delle armi da parte del pubblico ufficiale (di cui si dirà più oltre).

Senonché, accanto a norme di questo tipo (che la dottrina qualifica come giustificanti o esimenti), ve ne sono altre che, pur avendo lo stesso effetto negativo della punibilità, non appaiono esprimere alcun principio generale.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di cui all'art. 649 c.p., che appunto prevede la non punibilità dei delitti contro il patrimonio commessi con frode a danno di prossimi congiunti. O, ancora, alla ritrattazione di una falsa testimonianza ex art. 376 c.p. Norme di questo tipo vengono definite, in sede dottrinale, come cause speciali di non punibilità, e generalmente ritenute di carattere eccezionale. Così, ancora, si considerino le cause che estinguono il reato o la pena (amnistia, prescrizione), le quali comportano il venir meno degli effetti connessi al reato (o alla condanna). Le norme che le prevedono sono comunemente ritenute norme «penali», e talvolta anche eccezionali.

O, infine, alle ipotesi di immunità stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale, che si pongono in deroga (fanno, cioè, eccezione) al principio generale della obbligatorietà della legge penale (art. 3 c.p.). Anche queste sono norme favorevoli, ma, nondimeno, insuscettibili di estensione analogica *in bonam partem*. Essa è preclusa dalla piena operatività dell'art. 14 disp. prel. c.c., che, evidentemente, non avrebbe motivo di esistere se si dovesse convenire sulla possibilità di applicare in via analogica qualsiasi norma eccezionale.

Se si volesse indicare un criterio di (larga) massima, in definitiva il ricorso alla nozione di espressione di un principio generale dell'ordinamento è quello meno insoddisfacente per valutare l'ammissibilità o meno dell'estensione analogica *in bonam partem*.

È opportuno, peraltro, segnalare come, in linea di principio, non manchino voci dissenzienti circa l'ingresso dell'analogia *in bonam partem* in materia penale.

Da un lato si è, infatti, autorevolmente osservato che il carattere positivo (per il reo) del risultato che consegue all'uso dell'interpretazione analogica *in bonam partem* non può occultare l'incertezza del procedimento nel suo complesso, la quale può condurre ad applicazioni giudiziali tra loro difformi e arbitrarie. Né, d'altra parte, può sempre riconoscersi alle norme che prevedono cause di giustificazione il carattere di espressione di un principio generale: ve n'è, per esempio, una, nel nostro sistema, che viceversa appare esprimere una logica di privilegio per gli appartenenti alle forze di polizia (è l'art. 53 c.p.) (cfr. Bricola F., 1965, 304 ss.).

Più recentemente, poi, è stata formulata altra obiezione di notevole spessore. Presupposto indefettibile dell'analogia è la esistenza di una «lacuna», cioè di una ipotesi non disciplinata dalla legge. Presupposto implicito del ricorso al-

L'analogia per una norma penale di favore è che essa rientri nell'ambito applicativo di una norma penale sfavorevole. Quando si prospetta l'estensione analogica di una norma favorevole, allora, si prospetta in realtà non il «riempimento» di una «lacuna» del sistema, bensì il sovvertimento di una disciplina legalmente stabilita.

Da questo punto di vista, la lettura che si dà dell'art. 14 disp. prel. conferisce alla nozione di «leggi penali» un contenuto che coincide con l'intera gamma delle norme comunque rilevanti per la definizione della responsabilità penale (così Padovani T., 2004, 35).

##### *5. Il principio di determinatezza e di tassatività della fattispecie penale nella giurisprudenza costituzionale*

L'esigenza di determinatezza, e la sua rilevanza costituzionale, non è mai stata, in linea di principio, posta in dubbio dalla Corte costituzionale. Senonché, per più di vent'anni, essa ha manifestato un atteggiamento estremamente prudente (per la verità, di totale chiusura) nel riscontrarne la violazione nelle norme ordinarie sottoposte al suo esame. In pratica, ha sempre giustificato, nel periodo indicato, la formulazione imperfetta di varie norme e conseguentemente affermato la loro compatibilità con il principio di determinatezza. A tale risultato la Corte è pervenuta seguendo itinerari concettuali differenti, e per vero quasi mai persuasivi sul piano argomentativo.

Talvolta ha fatto ricorso alla contrapposizione tra interpretazione estensiva (ammissibile in materia penale) e analogia vietata. Come si è detto più sopra, la distinzione tra i due procedimenti è sostenibile (ancorché se ne metta in discussione, autorevolmente, la base logica), ma la Corte ne ha fatto un uso criticabile proprio in relazione alle fattispecie sottoposte al suo esame. Allorché è stata investita della questione di costituzionalità relativa all'art. 121 T.U.L.P.S. ne ha giustificato la legittimità sulla scorta di questo argomento. La norma denunciata (oggi, peraltro, depenalizzata) puniva l'esercizio, senza la previa iscrizione in un pubblico registro, del mestiere ambulante di venditore di merci, cantante, facchino e mestieri analoghi. La Corte ha affermato (sent. n. 27/1961) che, in ipotesi, non si consente al giudice una estensione analogica, bensì soltanto un normale ed ammissibile procedimento di interpretazione estensiva. Ora, come si è rilevato in precedenza, sono presenti nel sistema norme che contengono clausole analoghe (artt. 710-711 c.p.), e che devono ritenersi costituzionalmente corrette perché espressione di una tecnica normativa di sintesi.

L'art. 121 T.U.L.P.S., però, non si riporta a quella tipologia, proprio perché manca il parametro univoco di riferimento per il giudice. Talvolta, invece, la Corte ha distinto tra la tassatività costituzionalmente necessaria e la descrittività della fattispecie, per cui non confliggerebbe con il principio costituzionale l'utilizzo di concetti di comune esperienza o valori etico-sociali oggettivamente accertabili dal giudice (sent. n. 188/1975).

In questa prospettiva, quindi, si afferma che il legislatore non è obbligato a conformarsi ad un criterio di rigorosa descrizione del fatto vietato, giacché il principio di determinatezza è rispettato anche quando si ricorre ad espressioni generali e meramente indicative.

Altre volte, invece, il salvataggio di norme costituzionalmente «sospette» è avvenuto per il tramite di sentenze interpretative di rigetto. La Corte, cioè, dichiara non fondato il dubbio di costituzionalità (e quindi rigetta) perché la norma, correttamente interpretata (secondo la lettura che ne dà la Corte stessa) sfugge alla censura. Come si dirà più oltre, anche in tempi recenti la Corte ha fatto ricorso a tale schema di intervento.

Anche se in dottrina si manifesta un certo scetticismo sull'effettività delle sentenze interpretative di rigetto, proprio perché non vincolano il giudice ordinario che rimane libero di dare una interpretazione diversa da quella prospettata dalla Corte, riteniamo, invece, che questo tipo di intervento non si risolva soltanto in una pura e semplice affermazione di principio, per quanto importante. Un atteggiamento di perdurante «ostilità» interpretativa da parte della giurisprudenza ordinaria determina, infatti, una nuova verifica di costituzionalità, in occasione della quale la Corte prende atto che il «diritto vivente» dà della norma denunciata una lettura non compatibile con il principio di determinatezza, e conseguentemente ne dichiara l'illegittimità costituzionale. A partire agli anni Ottanta, invece, l'orientamento della Corte ha registrato sensibili aperture in concreto sul punto del difetto di tassatività. La prima (e significativa) tappa di questo diverso indirizzo è costituita dalla sent. n. 177/1980 in relazione all'allora vigente art. 1, n. 3, l. n. 1423/1956 (recante la disciplina in materia di misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità).

La norma denunciata riguardava «coloro che danno fondato motivo di essere proclivi a delinquere», e la Corte rilevò che la formula normativa era di inaccettabile indeterminazione, posto che, non descrivendo alcun tipo di condotta, la definizione di proclive a delinquere era delegata per intero alla discrezionalità incontrollabile del giudice.

Di qui, consequenziale, il contrasto con l'art. 25, 2° comma, Cost. Ancora più significativa (per l'impianto concettuale che la sorregge) la sent. n. 96/1981 (in *Giur. cost.*, 1981, 806) che ha dichiarato l'illegittimità della norma che contemplava il delitto di plagio (art. 603 c.p.). L'incriminazione, peraltro, non registrò che un solo caso di applicazione (il famoso caso Braibanti, dal nome dell'imputato condannato), ma, nondimeno, la sentenza è di importanza fondamentale per le argomentazioni prospettate.

L'art. 603 c.p. costruiva il delitto di plagio su un rapporto di soggezione e di dipendenza psichica («chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurlo in totale stato di soggezione, è punito ...») mentre la omologa fattispecie prevista dal codice Zanardelli si basava su una condotta umana diretta a porre la vittima in uno stato di soggezione di tipo fisico. La differenza, come è evidente, è notevole, perché solo la seconda formula (quella del codice Zanar-

delli) pare rispettosa dell'esigenza di determinatezza, laddove la prima, riferendosi a rapporti di dominio tali da annullare completamente la personalità del soggetto passivo, assume contorni particolarmente nebulosi. Ed in effetti, la Corte ha osservato che «la condotta non è verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato, non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata: ciò tenuto conto che altra e distinta norma punisce a parte la riduzione in schiavitù o in una condizione analoga alla schiavitù». La norma, in altri termini, non consentiva di distinguere tra attività di persuasione giuridicamente lecite (si pensi ai rapporti tra sacerdote e credente, tra psicanalista e paziente, ai rapporti sentimentali e così via) e le situazioni proibite.

Ma, soprattutto, ad avviso della Corte (e qui l'importanza della decisione), le scelte legislative in materia penale devono riflettere una fenomenologia verificabile con massime di esperienza o con leggi scientifiche, e le fattispecie normative avere ad oggetto comportamenti dotati di una realtà empirica: riecheggiando una frase di A. Feuerbach (coniatore del principio di tassatività): «ciò che nessun giudice può provare, non può neppure essere oggetto della legge». Recentemente, poi, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi ancora sul punto del difetto di determinatezza della fattispecie incriminatrice.

È stata sollevata questione di costituzionalità per violazione del principio di determinatezza in ordine all'ipotesi di frode fiscale prevista dall'art. 4, n. 7, l. n. 516/1982. La norma appariva sospetta nella parte in cui prevedeva che l'infedele redazione delle scritture contabili obbligatorie, della dichiarazione dei redditi, ovvero del bilancio o rendiconto ad essa allegato fosse punibile solo laddove la dissimulazione di componenti positive del reddito o la simulazione di componenti negative fosse tale da alterare *in misura rilevante* il risultato della dichiarazione. L'indeterminatezza gravava, quindi, su questo elemento di fattispecie, ed appariva tanto più grave se, seguendo la giurisprudenza dominante, lo si doveva ritenere evento del reato. La sua natura di «concetto elastico», e per giunta privo di parametri che ne permettessero ogni concretizzazione, pareva rinviare la scelta di tutto o parte del disvalore di illecito al giudice, libero pertanto di scegliere i significati tipici.

In un primo momento, la Corte costituzionale (sent. 16 maggio 1989, n. 247, in *Foro it.*, 1989, I, 1685, con nota di Insolera G.-Zanotti M., 1989, 1685 ss.) adottava lo strumento della sentenza interpretativa di rigetto, prospettando una lettura della norma in armonia con il principio costituzionale.

La giurisprudenza ordinaria, però, non intese adeguarsi alla prospettazione indicata dalla Corte (si ricorda la decisione della S.U. della Corte di cassazione 6 luglio 1990, in aperto conflitto con l'interpretazione della Corte costituzionale), cosicché, in successiva pronuncia, la norma venne dichiarata costituzionalmente illegittima (sent. 28 gennaio 1991, n. 35, in *Foro it.*, 1991, I, 1360, con nota di Zanotti M., 1991, 1360 ss.).

Ancora più recentemente, la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per contrasto con il principio di determinatezza, della norma che punisce lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione «che *non si adopera* per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente» (art. 7-*bis*, 1° comma, l. 28 febbraio 1990, n. 39) (Corte cost. 6 febbraio 1995, n. 34, in *Foro it.*, 1995, I, 2773, con nota di Visconti C., 1995, 2773 ss.). La Corte censura, nella specie, l'indeterminatezza della formula nella parte in cui non precisa né il grado dell'inerzia punibile, né il tempo entro il quale la condotta doverosa dovrebbe essere compiuta. Né, per altro verso, la valorizzazione dell'elemento finalistico (per ottenere il rilascio del documento) è utile correttivo, giacché la natura omissiva del reato non consente di prestabilire una relazione causale tra condotta e finalità: prima e al di fuori dell'ottenimento è indeterminata e potenzialmente illimitata la serie dei comportamenti che possano dirsi non orientati a quel fine. Occorre inoltre sottolineare come i più recenti interventi di accoglimento o di rigetto delle eccezioni sembrano condizionati dalle materie e dal grado di «interesse» socio-politico dei beni tutelati dalla norma in discussione, nonché da mere ragioni di opportunità (Belfiore E., 2005, 136 ss.). Di rilievo è l'iter argomentativo che la Corte ha seguito nei casi in cui ha messo in relazione il principio di determinatezza con il bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici: tale indirizzo si basa sul rapporto di proporzionalità tra il rango del bene protetto e l'esigenza di determinatezza della legge penale. In altre parole, quanto più elevato è il rango del bene tutelato, tanto più è legittimo (ad avviso della Corte) il ricorso ad elementi «elastici» nella strutturazione della norma. Si consideri, ad esempio, la decisione n. 92/2002, con la quale è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, l. 8 febbraio 1948, n. 47, il quale, estende la norma incriminatrice dell'art. 528 c.p. (pubblicazioni e spettacoli osceni) agli stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale e ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti. Tale previsione, sostiene la Corte, sfugge alle censure di indeterminatezza dal momento che, pur facendo indubbiamente perno su concetti elastici, trova il suo limite di operatività nel rispetto della persona umana che anima l'art. 2 Cost., alla luce del quale essa va pertanto letta (ampiamente sul punto: Visconti C., 1995, I, 2773 ss.).

Sempre in quest'ambito, possono essere assunte come ipotesi esemplificative le pronunce che (pur con sfumature differenti) hanno interessato diverse fattispecie del codice penale militare di pace come, ad esempio, quella relativa al reato di «violata consegna» (Corte cost. n. 263/2000) e, soprattutto quelle concernenti le fattispecie di «Attività sediziosa» e «Manifestazioni e grida sediziose» (Corte cost. n. 519/2000). Anche in tali casi la Corte, utilizzando lo strumento della sentenza interpretativa di rigetto, ha finito con l'escludere la carenza di determinatezza delle disposizioni sottoposte al suo esame ove i termini pur vaghi

delle stesse potessero essere interpretati in modo sufficientemente determinato appunto attraverso il canone dell'offensività (Manes V., 2005, 238).

### *Guida per ulteriori approfondimenti*

- BRICOLA F. (1969), *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè.
- LICCI G. (1989), *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, Giuffrè.
- PALAZZO F.C. (1989), *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam.
- (1990), *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 327.
- RONCO M. (1979), *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, Tricceri.

### *Quesiti per verificare la comprensione del testo*

#### § 1

1. Si può concettualmente distinguere tra determinatezza e tassatività della fattispecie penale?
2. Quale funzione svolge il principio di tassatività?

#### § 2

1. La tassatività ha un fondamento costituzionale positivo, dato il silenzio dell'art. 25, 2° comma, Cost.?

#### § 3

1. Quali tecniche normative sono confacenti alla esigenza di determinatezza della fattispecie penale?
2. Viola il principio di determinatezza l'art. 311 c.p., che prevede una diminuzione di pena «quando il fatto risulti di lieve entità»?

#### § 4

1. Come si distingue l'interpretazione estensiva dal procedimento analogico?
2. È ammissibile l'analogia *in bonam partem*?
3. Le norme in tema di immunità possono essere estese analogicamente?