

QUESITI

ATTILIO NISCO

**Principio di determinatezza e interpretazione
in diritto penale:
considerazioni teoriche e spunti comparatistici**

Il presente contributo esamina il principio di determinatezza da un punto di vista epistemologico e comparato. La prima parte del contributo sostiene che il principio di determinatezza ha una base epistemologica valida, nonostante i limiti intravisti da molte teorie dell'interpretazione (specialmente dalle teorie ermeneutiche). Questa parte prova a dimostrare come l'approccio di Robert Brandom (inferenzialismo normativo) possa essere applicato al tema, allo scopo di giustificare, da un punto di vista teorico, l'esistenza di limiti semantici nelle leggi penali. La seconda parte dello scritto analizza l'evoluzione del principio di determinatezza nel diritto penale e costituzionale tedesco, con speciale riferimento all'approccio della Corte costituzionale federale (Bundesverfassungsgericht), che impone degli "obblighi interpretativi" ai giudici penali. Questa seconda parte mostra come gli assunti teorici inerenti al principio di determinatezza possano essere resi operativi in un giudizio di costituzionalità avente ad oggetto leggi penali.

The present contribution examines the principle of certainty in criminal law from an epistemological and a comparative point of view. The first part of the contribution argues that the principle of certainty has a valid epistemological base, despite the limits identified by many theories of the interpretation (especially by the hermeneutic theories). This part try to demonstrate how the Robert Brandom's approach (normative Inferentialism) can apply to this issue, in order to justify, from a theoretical point of view, the existence of semantic limits in criminal law statutes. The second part of the contribution analyzes the evolution of the principle of certainty under German criminal and constitutional law, with special reference to the approach of the Federal Constitutional Tribunal (Bundesgerichtshof) that imposes some "interpretation duties" to the criminal judges. This second part shows how theoretical assumptions concerning the principle of certainty can be made operative in the judgment of constitutionality concerning criminal law statutes.

SOMMARIO. 1. Introduzione. - 2. La determinatezza come precetto di ottimizzazione. - 3. Il confronto con l'ermeneutica - 4. Pragmatica e inferenzialismo semantico. - 5. Alcune conclusioni sullo statuto epistemologico del principio: a) la "tassatività" come violazione di status deontici dell'interprete. - 5.1. (segue) b) La "determinatezza" come violazione di status deontici del legislatore. - 6. Presupposti di un sindacato costituzionale esteso all'interpretazione, tra legalità convenzionale e domestica. - 7. Il contributo della Corte costituzionale tedesca: la statuizione di un *Präziserungsgebot* nei confronti dei giudici penali. - 8. Risvolti sistematici. - 9. Considerazioni finali.

1. Introduzione

La mancata attuazione del principio di determinatezza è uno degli aspetti salienti di quella "crisi della legge" diventata «quasi un luogo comune»¹. Definito

¹ 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, 49. Sul tema v. anche F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 63 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra*

di volta in volta «punto più basso del principio *nulla poena*»², «utopia dello stato di diritto»³, «disposizione esanime»⁴, «promessa non mantenuta»⁵, il principio in questione soffre di intrinseca debolezza, dovuta a due ordini di ragioni: *istituzionali*, cioè inerenti all'evoluzione dell'ordinamento (o degli ordinamenti), e *strutturali*, ovvero connesse a sviluppi di teoria generale⁶. A livello istituzionale, si riscontra una linea di tendenza comune a diversi ordinamenti: il declino della legge e la «massiccia giudizializzazione dei nostri sistemi giuridici»⁷. Ciò si deve, per un verso, ad un declino qualitativo della legislazione⁸ e, per altro verso, all'impatto del processo d'integrazione sovranazionale sulle fonti, cui è collegata la problematica questione dell'ammissibilità di una «giurisprudenza-fonte» anche in materia penale (anche se, proprio in tale contesto, la determinatezza ha subito una recente, provvidenziale rivalutazione da parte della nostra Corte costituzionale)⁹.

legge e giudice, Torino, 2002, 3 ss.; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss. Sulle implicazioni della legalità penale, obbligato il rinvio a F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° co.*, in G. Branca, (a cura di) *Commentario della Costituzione, artt. 25-26*, Bologna, 1981, 227 ss.; sulla sua complessità nell'esperienza giuridica contemporanea, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 36, 2007, II, 1279 ss.; per un inquadramento generale dei problemi attuali, ASSOCIAZIONE ITALIANA PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (a cura di C.E. Paliero, S. Moccia et al.), *La crisi della legalità: il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016. Infine, dal punto di vista della filosofia del diritto, con alcune considerazioni estremamente sollecitanti per il penalista, G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, 177 ss.

² B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechts-theoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin, 1978, 6.

³ E. SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtstaatliche Utopie*, in *GS für W. Martens*, Berlin, 1987, 231 ss.

⁴ W. NAUCKE, *Eine leblose Vorschrift: Art. 103 II GG*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft: Sonderheft, W. Hassemer zum 60. Geburtstag*, Baden-Baden, 2000, p. 132 ss. (con riferimento però all'intero contenuto dell'art. 103 II GG).

⁵ S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

⁶ Ragioni teoriche e contingenti sono parimenti alla base della crisi teorica del sillogismo giudiziale: M. LA TORRE, *Teorie dell'argomentazione giuridica e concetti di diritto. Un'approssimazione*, Appendice all'edizione italiana di R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, p. 361 ss. (trad. it. di *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M., 1978).

⁷ M. LA TORRE, *Teorie dell'argomentazione giuridica*, cit., 362.

⁸ Non si tratta di meri difetti tecnici, quanto di una carente elaborazione di un'autentica politica criminale: così a parere di L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1668 ss.

⁹ Corte Cost. ord. 24/2017 (Taricco), in part. punto 5, ove ci si sofferma sulla indeterminatezza dei criteri mediante i quali, stando alla sentenza resa dalla Corte di Giustizia, il giudice nazionale dovrebbe decidere la disapplicazione delle norme interne sull'interruzione della prescrizione. In generale, sul

A livello strutturale, il principio di determinatezza si confronta con la riflessione teorica sull'interpretazione¹⁰, fenomeno che per varie ragioni ha acquisito un ruolo di primo piano nella filosofia del diritto e, in generale, nell'analisi dell'esperienza giuridica contemporanea¹¹. Se non fosse che l'attenzione per l'interpretazione coincide con una crisi conclamata della stessa (o almeno dei criteri tradizionali mediante cui è condotta)¹².

Dal confronto con le teorie dell'interpretazione, la penalistica ha acquisito una nuova consapevolezza dei problemi sottesi alla legalità nel suo complesso e alla determinatezza in particolare: le insidie del linguaggio giuridico; il ruolo dell'interprete e l'influenza del "contesto"; l'indeterminatezza delle ragioni, permeabili ai valori, poste a sostegno dei risultati interpretativi¹³.

Ma questo confronto alimenta anche il sospetto che la mancata attuazione del principio di determinatezza non sia dovuta tanto ad un quadro istituzionale avverso, ad una situazione storicamente contingente, quanto all'insufficienza

problema della "giurisprudenza fonte" in materia penale, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011 (in particolare i primi due saggi contenuti nel volume).

¹⁰ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 44, 2015, I, 131 ss.

¹¹ Le ragioni dello sviluppo delle teorie dell'interpretazione negli approcci giusfilosofici contemporanei sono sinteticamente esposte da V. VILLA, *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Cass. pen.*, 2005, 2424 ss.; nella prospettiva dell'ermeneutica, dove l'interpretazione assume a fattore centrale dell'esperienza giuridica, basti richiamare F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 7^a ed., Roma-Bari, 2011, p. 105 ss. Nella prospettiva delle correnti di pensiero che si soffermano sull'evoluzione dello Stato costituzionale, sinteticamente riconducibili al "Neocostituzionalismo", si pone l'accento sul ruolo della "indeterminatezza" dell'interpretazione: in merito, G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, 5^a ed., Roma-Bari, 2012, 151 ss. Per un esaustivo confronto tra diritto penale e teoria dell'interpretazione, con aperture rivolte anche alla filosofia del linguaggio e alle teorie della conoscenza, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006. I termini fondamentali della questione sono riassunti da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014, p. 134 ss.

¹² Sul tema, D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, 2003, 13 ss.

¹³ Diffusamente, A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione delle leggi penali*, in *Ars Interpretandi*, 1997, 157 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano 2006, 515 ss.; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, *ivi*, 693 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione*, cit., 147 ss., EAD., *Il "cielo dei concetti": definizione del senso delle parole e delle proposizioni nel diritto penale*, in *Quaderni fiorentini*, 41, 2012, 837 ss.; EAD., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 267 ss. In aperta polemica con la prospettiva ermeneutica, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss. Per una riflessione complessiva e aggiornata, A. MANNA (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, 2016, *passim*.

epistemologica della “determinatezza” come parametro di giudizio della legge penale. In altri termini – sostengono alcuni – la “giurisprudenza fonte” altro non sarebbe che il segno di un mutamento di paradigma scientifico¹⁴.

Il presente lavoro intende partire proprio dal livello epistemologico-strutturale del principio di determinatezza, ovvero dalle sue condizioni di esistenza, con l’intento di fornire una plausibile ricostruzione teorica. Nella seconda parte, invece, l’attenzione sarà rivolta all’operatività del principio, alla luce delle indicazioni provenienti dall’esperienza tedesca.

2. La determinatezza come precetto di ottimizzazione

Nelle trattazioni ad esso dedicate, il principio di determinatezza soggiace ad una sistematica che spazia dall’uso fungibile dei vocaboli “determinatezza” e “tassatività”, all’individuazione di tre aspetti distinti del principio: la “precisione”, intesa come obbligo del legislatore di «disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali», evitando che «il giudice assuma un ruolo creativo»; la “determinatezza”, ossia «l’esigenza [...] che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo»; la “tassatività”, quale sinonimo del divieto di analogia a sfavore del reo¹⁵. Il divieto di analogia si atteggiava, a seconda delle impostazioni, a derivato della tassatività o a principio autonomo, benché funzionalmente connesso alla tassatività¹⁶.

Si è al cospetto di divergenze espositive sovente relegate al piano puramente descrittivo e non contenutistico, ma sintomatiche di una *ratio* politico-garantista proteiforme¹⁷. La necessaria determinatezza di una disposizione evoca, per un verso, il rapporto tra poteri dello Stato, in specie tra legislativo e giudiziario, collocandosi, da questo punto di vista, nella stessa prospettiva politico-garantista della riserva di legge; per altro verso, essa mira a preservare

¹⁴ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro dei paradigmi*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 novembre 2016.

¹⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 5^a ed. agg. da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2015, p. 63 ss., i quali collocano la precisione nella riserva di legge. In senso analogo, ma collocando i tre profili nella determinatezza, G. AMARELLI, *Il principio di determinatezza e il delitto di atti persecutori alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 172/2014*, in *Studium Iuris*, 2015, p. 819.

¹⁶ Nella manualistica, per una trattazione separata della tassatività (comprensiva della “sufficiente determinatezza”) e del divieto di analogia, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 85 ss., 118 ss.; similmente D. PETRINI, *Principio di determinatezza*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Milano, 2017, p. 125 ss., che considera il principio di tassatività un «quarto corollario del principio di legalità», connesso all’analogia (*ivi* p. 140-141). Con particolare riferimento all’ordinamento tedesco, in luogo di molti, W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 1, Baden-Baden, 4. Aufl., 2013, p. 181 ss.

¹⁷ Per una disamina approfondita, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 51 ss.; S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”*, cit., p. 11 ss.

l'autonomia dell'individuo nei confronti del potere statale, convergendo, rispetto a tale obiettivo, con l'irretroattività¹⁸. Soprattutto il primo postulato è oggi in messo discussione, mentre va accentuandosi la prossimità concettuale tra determinatezza e irretroattività.

Onde rendere conto di questa complessità, è opportuno preservare, già sul piano lessicale, il binomio "tassatività/determinatezza"¹⁹ (utilizzando il secondo termine, in modo onnicomprensivo, solo per esigenze di sintesi).

Infatti, le aperture della penalistica contemporanea alle teorie dell'interpretazione comportano, in primo luogo, la recezione della fondamentale distinzione tra "disposizione" e "norma": la disposizione è l'enunciato normativo, la norma ne costituisce il significato ottenuto a seguito dell'attività interpretativa; la disposizione può essere indeterminata, la norma può essere o meno tassativa²⁰.

Ciò in quanto il significato (o "norma") non è "scoperto" dall'interprete, come esigerebbe una teoria cognitiva pura, né è frutto di attività meramente "creativa" dell'interprete, come vorrebbe una teoria scettica pura. Secondo la teoria "mista" (o "eclettica") dell'interpretazione accanto ad un nucleo semantico certo, la legge denota un'area di incertezza dovuta alla struttura aperta del linguaggio giuridico: la famosa "penombra" di Hart. In questa penombra l'interprete non può operare secondo deduzione e sussunzione, ma deve assumersi la responsabilità di decidere quale sia il significato del testo²¹.

¹⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 52-54. Sulla divisione dei poteri e l'autodeterminazione dell'individuo come cardini del principio, v. anche Corte cost., sent. n. 327/2008. Non vanno poi trascurate le connessioni con una serie di direttive fondamentali del sistema: l'eguaglianza, il diritto di difesa, la frammentarietà, la colpevolezza e le finalità della pena (diffusamente, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 53; S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, cit., p. 14 ss.; sui nessi con la tipicità, M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 119 ss.; sulle connessioni con la categoria del bene giuridico: cfr. B. VOGEL, *Zur Bedeutung des Rechtsgutes für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit*, in *ZStW*, 2016, p. 139 ss.).

¹⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, 10^a ed., Milano, 2012, p. 28. Sulle diverse sfumature di significato dei vocaboli "determinatezza" e "tassatività", F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, p. 3 ss.; nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. n. 247/1989. Non ripone eccessiva enfasi nella distinzione tra i due termini, pur segnalando le implicazioni racchiuse nel loro utilizzo, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Padova, 2015, p. 61 ss. Sull'argomento, v. anche A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Padova, 2015, p. 89 ss., che descrivono «una situazione di confusione terminologica».

²⁰ M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario*, cit., p. 63 ss., 87 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale, Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016, p. 7, 31 (con numerosi riferimenti). In teoria generale, in luogo di molti, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 63 ss.

²¹ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Rev.*, Vol. 71, No.

La teoria mista è di fatto accolta anche da molti penalisti²². La distinzione tra “casi facili” e “casi difficili”²³, secondo alcuni²⁴, ne costituisce una variante espositiva, che focalizza la complessità della realtà più che del testo. Sulla sostenibilità scientifica di questa distinzione occorrerà tornare. Per ora, va evidenziato il modo attraverso il quale il limite costituito dai “casi difficili” può accordarsi sistematicamente con la natura di “principio” della determinatezza. Tale accordo avviene qualificando il principio di determinatezza come “precetto di ottimizzazione” (*Optimierungsgebot*): un obbligo da adempiere gradualmente in base alle possibilità giuridiche e fattuali²⁵.

Tra gli ostacoli fattuali rientrano le caratteristiche del linguaggio.

I concetti impiegati dalla legge penale sono, per un verso, debitori verso realtà, ma, per altro verso, sono inseriti in un contesto normativo, dal quale mutuano ulteriori e specifici significati²⁶. Ne derivano: a) l'intrinseca vaghezza, per cui – come detto – alcuni oggetti gravitano ai margini dell'area del significato letterale; b) la “porosità” del linguaggio: una vaghezza potenziale, che si manifesta quando un termine muta il proprio significato, per effetto di mutamenti dell'uso sociale o tecnico; c) l'impiego legislativo di concetti bisognosi di una “integrazione valutativa” (clausole generali *et similia*); d) l'uso di termini riferiti a stati soggettivi, che possono essere solo inferiti mediante indici, mai direttamente osservati²⁷.

Le difficoltà linguistiche sono poi incrementate dalla genesi internazionale o

4, 1958, p. 593 ss., in specie p. 606 ss.; v. anche il cap. VII in ID., *The Concept of Law*, 1961, tr. it., *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, ed. 2002.

²² V., ad es., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 134-135; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 6^a ed., Torino, 2015, p. 128. Sulla tripartizione tra teorie cognitive (formalismo), scettiche (antiformalismo) e miste (eclettismo), R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, in *Ars Interpretandi*, 1997, p. 35 ss.; V. VILLA, *Lineamenti di una teoria*, cit., p. 2427 ss.; con ulteriori distinzioni interne a tale tripartizione, E. DICHIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, 78 ss.; sulla relativa utilità di tali “etichette” per lo studioso del diritto positivo, O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 11 ss.

²³ Tra i penalisti, M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., p. 72 ss.

²⁴ Cfr. R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, cit. p. 39-40.

²⁵ G. DANNECKER, § 1, in *LK-StGB*, Bd. 1, 12. Aufl., Berlin, 2007, 150-153; W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., 182. Sulla distinzione tra “regole” e “principi”, con assegnazione a questi ultimi della qualifica di “precetti di ottimizzazione”, seguiamo R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1986, trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 106; un approfondimento sulla natura dei “principi” (opposti alle “regole”) in ID., *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in R. Alexy, H.-J. Koch, L. Kuhlen, H. Rühlmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, p. 217 ss.

²⁶ W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., p. 187-188.

²⁷ Lo schema è preso da W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., p. 189-190. Si veda anche H.-J. KOCH, H. RÜHMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, p. 188 ss.

sovrana di molti istituti e normative, la cui recezione richiede spesso una difficile traduzione o la formulazione di una terminologia inconsueta per l'ordinamento statale²⁸.

Quanto alle possibilità giuridiche di attuazione della determinatezza, ovvero ai principi e alle regole che possono collidere con tale principio, la premessa è che il sistema penale necessita di un giusto tasso di flessibilità, ogniqualvolta l'ideale della certezza del diritto si misuri con altre esigenze di giustizia²⁹. Ciò si manifesta in modo particolare nel sistema sanzionatorio (si pensi non solo alle cornici edittali e alle circostanze proprie e improprie, ma anche alle sanzioni alternative, ai meccanismi estintivi, alle clausole di bagatellizzazione ecc.) ed assume una sua rilevanza rispetto al tema dell'estensione analogica delle norme penali di favore³⁰.

Inammissibile, per contro, una relativizzazione della determinatezza in funzione estensiva della punibilità, in relazione al supposto valore degli interessi da difendere o a superiori esigenze di difesa sociale³¹. Qui, anzi, dovrebbe emergere una chiave di lettura del nostro principio strettamente legata alla sussidiarietà: ove l'interesse sia meritevole di tutela, ma risulti tecnicamente impossibile formulare norme determinate - in termini di controllabilità degli esiti applicativi -, il legislatore dovrebbe rinunciare al diritto penale per affidare il programma di tutela ad altre branche del diritto o a forme alternative di controllo sociale³².

L'impossibilità di sacrificare la determinatezza delle norme penali a esigenze superiori (o emergenze) politico-criminali è del resto al centro della ordinanza della Corte costituzionale sul "caso Taricco", per la quale è inammissibile «che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni,

²⁸ Si vedano, in proposito, le considerazioni di G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine "giustizia riparativa" e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 137 ss. Da altra angolatura, L. GRECO, *Analogieverbot und europäisches Strafrecht*, in *GA*, 2016, *Teil 1*, p. 138 ss., *Teil 2*, p. 194 ss.

²⁹ Cfr. W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., p. 184; attribuisce per tanto un carattere "compromissorio" alla determinatezza L. KUHLEN, *Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgesetzes*, in H. Kudlich, J.P. Montiel, J.C. Schulr, *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, 2012, p. 433. Il rapporto tra precisione e esigenze del caso concreto è invece considerato in termini critici da W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973, p. 21 ss.

³⁰ Sul rapporto tra determinatezza e norme penali favorevoli, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 248 ss.

³¹ Sul punto, F. BRICOLA, *Art. 25*, cit., p. 235.

³² Cfr. F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 18. Sull'incapacità del legislatore contemporaneo di elaborare programmi preventivi, che anticipino e, nel caso, evitino il ricorso al diritto penale, L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo*, cit., p. 1680 ss.

quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento»³³. Il ripudio del giudice di scopo è un'indicazione sistematica generale, che trascende altre pur rilevanti questioni sottese a questa pronuncia (dialogo tra corti, rapporto tra fonti, natura della prescrizione ecc.), e che attiene al cuore stesso del principio di legalità-determinatezza³⁴.

È solo alla luce di tale premessa che può prendersi in considerazione una relativa flessibilità del principio.

Si suole infatti ritenere che la minore determinatezza sia un tratto ineliminabile delle disposizioni di parte generale³⁵. Un assunto condivisibile, purché sia chiaro che, più che la partizione formale tra parte generale e parte speciale, ad incidere sul tasso di (in)determinatezza dovrebbe essere la funzione sistematica di una disposizione. Un livello elevato di determinatezza è richiesto per le disposizioni finalizzate a descrivere comportamenti lesivi di beni giuridici, collocate (di norma) nella parte speciale. Pare invece accettabile – o finanche auspicabile³⁶ – una maggiore flessibilità per le disposizioni inerenti all'imputazione, all'applicazione e alla validità di norme o alla soluzione di conflitti tra più norme, di solito collocate nella parte generale³⁷, che recepisce categorie dogmatiche generali.

Se si presta attenzione alla funzione più che alla formale collocazione di una disposizione, non può sfuggire, ad esempio, l'indeterminatezza della disciplina vigente del concorso di persone (anche se collocata nella parte generale), incapace di tipizzare i comportamenti punibili³⁸. Per contro, può apparire non indeterminata una clausola valutativa presente in una disposizione di parte speciale, se le si attribuisce il valore di clausola di liceità espressa³⁹ o, con differente approccio dogmatico, la funzione di segnalare il superamento di una soglia di rischio consentito⁴⁰.

³³ Corte cost., ord. n. 24/2017, punto 5.

³⁴ Cfr. D. PULITANO, *Ragioni della legalità, A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁵ In argomento, F.A. KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs*, Berlin, 2014.

³⁶ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 58.

³⁷ Su tale conformazione normo-teoretica della parte generale, K. TIEDEMANN, *Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts*, in *FS für J. Baumann*, Bielefeld, 1992, p. 7 ss.

³⁸ G. VASSALLI, voce *Tipicità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 538-539.

³⁹ Cfr. Corte cost. sent. 5/2004, sulla clausola "senza giustificato motivo" nell'art. 14, comma 5-ter d.lgs. 286/1998 (benché la portata sistematica della clausola, secondo la Corte, vada al di là della causa di giustificazione).

⁴⁰ Lo spunto è in R.D. HERZBERG, *Wann ist die Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt“ (Art. 103 Abs. 2 GG)?*, in R. Hefendehl (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für B. Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, 2005, p. 31 ss., specialmente p. 52-59; qui l'A., interloquendo con B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, cit., p. 35 ss., che proponeva un criterio

La conclusione è che le regole modellate su categorie generali non possono essere del tutto indeterminate, date le conseguenze che ciò può avere sulla prevedibilità della punibilità⁴¹. Ma tali regole compongono un metalinguaggio, tipico della scienza giuridica⁴², rispetto al linguaggio-oggetto utilizzato delle disposizioni incriminatrici, rivolte direttamente ai consociati: sono “meta-regole” di funzionamento (di altre regole) della parte speciale⁴³. La loro inesatta applicazione, più che violazione del divieto di analogia, compromette l’unità concettuale della categoria dogmatica di riferimento⁴⁴. Sarebbe impossibile dare conto di tutti gli ostacoli di tipo giuridico all’attuazione della determinatezza come precetto di ottimizzazione: un’analisi di questo tipo dovrebbe consistere nella trattazione di ogni istituto (o categoria

meramente quantitativo di legittimità dell’utilizzo di clausole generali e “*Wertbegriffe*”, rettificata in senso funzionale questo parametro, ritenendo i *Wertbegriffe* legittimi, nella misura in cui non offuschino la descrizione della fattispecie, limitandosi invece a fornire un parametro valutativo della condotta ivi descritta. Per la trattazione di una causa di illiceità espressa, quale l’“ingiustizia” del danno nell’art. 323 c.p., dall’angolo visuale dell’imputazione oggettiva, v. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 137. Nell’ottica della teoria dell’imputazione oggettiva, del resto, il superamento di un rischio consentito è un criterio funzionale ad una migliore ricostruzione del fatto e della tipicità (cfr. S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”*, cit., p. 71 ss.); a soffrire di eccessiva vaghezza è semmai l’individuazione di regole di settore che delimitino l’area di rischio consentito. Emblematica, in tal senso, la discussione sulla determinatezza della colpa: la questione non riguarda tanto la definizione di parte generale, bensì la concretizzazione delle regole cautelari da questa richiamate; in virtù di tale richiamo, la fattispecie colposa assume una «struttura aperta», rispetto alla quale specifiche regole di imputazione (scopo della norma, causalità della colpa) rappresentano criteri delimitativi (sul tema, si rinvia a D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 215 ss.).

⁴¹ Ed anzi, «il giurista, fra le varie ricostruzioni possibili della categoria deve optare per quella che offre una maggiore determinatezza» (F. BRICOLA, *Rapporti*, cit., p. 16).

⁴² La costruzione di un “metalinguaggio” come compito della scienza giuridica rientra nel programma della filosofia analitica del diritto italiana (in una linea di continuità che unisce Bobbio, Scarpelli e Ferrajoli); la possibilità di un utilizzo appropriato di questo concetto, in termini filosofici, è però oggetto di attenta considerazione critica da parte di L. GIANFORMAGGIO, *Scienza giuridica e metalinguaggio*, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, p. 183 ss. Per tanto - senza ambire ad un’assoluta precisione epistemologica -, il riferimento del testo ad un “metalinguaggio” vuole solo evidenziare la diversa pretesa che la determinatezza può nutrire verso le “norme sulle norme” di parte generale.

⁴³ K. TIEDEMANN, *Zum Verhältnis*, cit., p. 16.

⁴⁴ Sull’esempio della trasformazione giurisprudenziale della causalità in aumento del rischio, M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., p. 110. Un esempio recente può essere offerto dall’applicazione della categoria del reato permanente ai reati contro la pubblica incolumità, cui si è assistito in noti procedimenti per disastro cagionato dall’inquinamento da amianto (cfr. G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell’amianto: riflettendo sull’epilogo del caso Eternit*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 1/2015, p. p. 77 ss.). Le sentenze di merito che hanno inteso il “disastro” (sostanzialmente) come evento permanente, più che estendere una certa disciplina a casi simili, hanno manipolato i confini concettuali della categoria del reato permanente (in particolare, il requisito di una condotta perdurante nel tempo, da cui risulti un’offesa prolungata), al fine di dilatare nel tempo e nello spazio la consumazione del reato.

penalistica) in un rapporto di ponderazione con l'esigenza di determinatezza, non più nella disamina del principio in quanto tale. Opportuno appare, invece, indugiare sui limiti fattuali, cui sopra si è fatto cenno, rispetto ai quali il principio è esposto (in quanto tale) ai rilievi critici della(e) teoria(e) dell'interpretazione.

3. Il confronto con l'ermeneutica

L'assolutezza del principio di determinatezza, supposta dall'Illuminismo giuridico sino alla teoria costituzionale del reato⁴⁵, risulta certo offuscata dalla concezione del principio in termini di *Optimierungsgebot*. Realisticamente, la legge non può assicurare con piena certezza i risultati dell'applicazione del diritto, salvo alcuni casi (ad esempio quando sono impiegati concetti numerici). Piuttosto, essa deve predefinire un programma di controllo dell'applicazione del diritto penale mediante verifica del procedimento argomentativo⁴⁶.

Si giunge così ad uno snodo teorico fondamentale: l'applicazione del principio di determinatezza (la sua "giustiziabilità") investe il rapporto tra interpretazione e argomentazione. Non è nostro compito, evidentemente, dirimere le dispute concettuali concernenti questo rapporto; interessa solo evidenziare alcune ripercussioni sulla problematica penalistica.

Il rapporto tra interpretazione e argomentazione è risolto a vantaggio della prima dall'ermeneutica giuridica, di cui ci occuperemo adesso; un nesso equilibrato tra i due termini è invece caratteristica degli approcci analitici⁴⁷, con effetti sistematici esposti nel prossimo paragrafo.

In premessa, si può convenire sul fatto che, nell'ambito del principio di determinatezza, diviene recessivo - o comunque solo tendenzialmente raggiungibile - l'obiettivo della stretta precisione, in favore della determinatezza come "determinabilità" o "interpretabilità" del testo⁴⁸. Tale premessa è fonte di incomprensioni tra sostenitori dell'ermeneutica e scienza penale.

Ai primi, in sintesi, si rimprovera di descrivere il fenomeno interpretativo senza tenere adeguatamente conto delle peculiari esigenze assiologiche del diritto penale, che imporrebbero anche di prescrivere come l'interprete deb-

⁴⁵ F. BRICOLA, *Art. 25*, cit., p. 256 ss.

⁴⁶ W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., p. 185.

⁴⁷ V. tra gli altri, P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, p. 136 ss. (che propone una "tesi della complessità" di tale rapporto); D. CANALE, *Forme del limite*, cit., 111 ss.; e, nell'ambito di una distinzione tra "attività interpretativa" e "argomentazione interpretativa", E. DICIOTTI, *Verità e certezza*, cit., p. 57 ss.

⁴⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 66.

ba operare⁴⁹. I sostenitori dell'ermeneutica, da parte loro, accusano la scienza penale di rifiutare una premessa irrefutabile per l'ermeneutica, vale a dire la compenetrazione tra fatto e norma, senza cessare di confidare in figure (ritenute) obsolete, quali la sussunzione e il sillogismo giudiziale⁵⁰.

Come noto, su questo punto, l'ermeneutica giuridica muove dall'identità logica tra sussunzione e analogia, che rende (sempre) l'interpretazione strutturalmente analogica, dovendo l'interprete procedere ad un costante confronto tra fatto e norma, con adeguamenti reciproci dell'uno all'altra. Il parametro in base al quale andrebbe condotto questo confronto è il "tipo", sulla cui funzione, tuttavia, nell'ottica delimitativa dell'interpretazione, si registrano diversità di opinioni tra gli stessi sostenitori dell'ermeneutica in campo penale⁵¹.

Nel famoso scritto di Arthur Kaufmann sull'analogia e la "natura delle cose", si nega, in premessa, l'esistenza di significati univoci e chiari del testo⁵²; si ritiene, per contro, che il significato della disposizione non sia estraibile dalla lettera, ma dettato dal "senso della legge" (*Gesetzessinn*), il quale muta in ragione dell'avvicinarsi delle fattispecie concrete di vita (*Lebensachverhalten*) e «con la vita stessa», anche se la formulazione letterale di una disposizione resta immutata⁵³.

Quando però l'interpretazione si affida al "senso" della legge, il limite testuale diventa un confine valicabile, che di fatto è soppiantato dalla realtà: alla fattispecie possono essere attribuiti contenuti (dati della realtà) che oltrepassano l'area semantica dei termini in essa adoperati.

Questo risultato, inaccettabile per la maggior parte dei penalisti, è messo in discussione in un altrettanto famoso lavoro di impronta ermeneutica. Contrapponendosi, su questo punto, a Kaufmann ed alla sua concezione del "tipo" come concetto ontico, -legato alla *Natur der Sache* -, Winfried Hasse-

⁴⁹ Cfr. M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., p. 115-117. Per una critica basata sull'incoerenza dell'ermeneutica giuridica (o di alcuni suoi esiti) rispetto allo "sfondo" filosofico (Gadamer), si rinvia a A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, p. 113-114.

⁵⁰ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica*, cit., p. 139 ss. Sulla contrapposizione tra penalistica e ermeneutica, con riferimento alla tesi penalistica (definita) "ortodossa" del "possibile significato letterale", v. anche V. OMAGGIO, G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, p. 94 ss.

⁵¹ Quali opere di riferimento, impegnate con la problematica penalistica, si considerino ARTH. KAUFMANN, *Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. Aufl., Heidelberg, 1982; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln u.a., 1968, trad. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007. La funzione che Kaufmann assegna al tipo è ripresa da M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, *passim* e in part. p. 121.

⁵² ARTH. KAUFMANN, *Analogie*, cit., p. 5.

⁵³ ARTH. KAUFMANN, *Analogie*, cit., p. 39, ove ricorre l'esempio della definizione di "arma".

mer notava, infatti, che anche il tipo «non è accessibile all'intuizione immediata, bensì è il risultato di una costruzione ermeneutica (linguistica) (...)»; in quanto costruito linguistico (al pari della fattispecie), il tipo «non può costituire un fattore esegetico nel ruolo di elemento delimitativo dell'interpretazione»⁵⁴.

A prescindere dalla questione su quale sia la nozione corretta di “tipo”⁵⁵, da ciò deduciamo che l'ermeneutica non risolve né aggira il problema fondamentale del limite semantico della fattispecie⁵⁶.

Del resto, nella fase più matura del suo pensiero, lo stesso Hassemer non ha esitato a definire il divieto di analogia “prolungamento” necessario del principio di determinatezza nella prassi applicativa⁵⁷. Pur non ritenendo l'analogia fenomeno qualitativamente diverso dall'interpretazione, ma solo quantitativamente distinto dall'interpretazione consentita (ovvero condotta entro i limiti del testo), egli ritiene che il significato letterale, conferito al testo di legge dal lessico quotidiano al quale esso attinge, costituisce – deve costituire – un parametro di controllo “esterno” dell'interpretazione, in grado di “falsificarne” i risultati⁵⁸.

⁵⁴ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 238-239. L'osservazione è ripresa e sviluppata da J.-M. PRIESTER, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in H.-J. Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronsberg, 1976, p. 160 ss., nel quadro di una più ampia critica alla tesi di Kaufmann ed ai rapporti tra quest'ultima e il significato letterale. Una replica si rinviene nella postfazione alla seconda edizione *Analogie und “Natur der Sache”*, cit., p. 67, nella quale Kaufmann procede ad una riformulazione della sua tesi e rivede le soluzioni date ad alcuni famosi esempi di presunta analogia. Sulla differente concezione del “tipo” in Hassemer e Kaufmann si sofferma anche G. CARLIZZI, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, in *Fattispecie e tipo*, cit., p. 36. Una ricostruzione più recente, per la quale tipo e limite testuale non sono in contraddizione, è offerta da U. SCHROTH, *Wörtliche Bedeutung und Äußerungsbedeutung von Tatbestandsmerkmalen in ihrer Relevanz für das strafrechtliche Analogieverbot*, in *FS für B. Schünemann*, Berlin, 2014, p. 267 ss. (soprattutto p. 276 ss.).

⁵⁵ Sulle varie concezioni di “tipo” si rinvia a L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Berlin, 1977, *passim*.

⁵⁶ «Chi vuole chiamare l'interpretazione analogia, avrà buone ragioni per farlo; la questione di come si distingue l'analogia ammissibile (interna alla fattispecie) da quella inammissibile (esterna alla fattispecie) si pone anche a lui» (J.-M. PRIESTER, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, cit., p. 162).

⁵⁷ W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., p. 200: «Das Analogieverbot ist nichts anderes als die Verlängerung des Bestimmtheitsverbots in die Praxis der Gesetzesanwendung. Diese Verlängerung ist zwingend».

⁵⁸ W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., p. 203 ss., cui si rinvia anche per un elenco dei casi di supposta analogia nella giurisprudenza tedesca; sulla differenza di atteggiamento con A. Kaufmann, definito «„strenger“ Hermeneutiker», *ivi*, p. 210 e nt. 290. Per una ricostruzione del pensiero di Hassemer, v. anche W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars Interpretandi*, 1997, p. 171 ss.); per una sottolineatura del suo approccio in materia di analogia, B. SCHÜNEMANN, *Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in *FS Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 239 ss. (a seguito di una lettura critica di *Tatbestand und Typus*).

Tale approccio è allineato a quello della dottrina penalistica che, pur conscia dei problemi dell'interpretazione, giudica insuperabile il limite letterale della disposizione incriminatrice⁵⁹. La dottrina tedesca prevalente giunge proprio ad equiparare l'analogia al superamento del limite letterale (*Wortlautgrenze*), sdrammatizzando l'alternativa tra "interpretazione vs. analogia" o "interpretazione ammessa vs. interpretazione vietata" come disputa puramente terminologica⁶⁰.

Difatti, il "prestito semiotico" del diritto (anche penale) nei confronti del linguaggio comune è la fonte delle incertezze del testo, come detto in precedenza, ma è anche la garanzia di un limite⁶¹. Ciò non solo perché la comunicazione linguistica dimostra di funzionare nella maggior parte dei casi, ma anche perché, se invece che dal testo si parte dal "caso" (o dal "tipo", nei termini di Kaufmann), non superiamo affatto le asperità del linguaggio.

Se è vero che il caso ha assunto una priorità nella moderna ricostruzione teorica del procedimento decisorio, è altresì vero che tale priorità vuol dire che esso costituisce il punto di partenza, non il criterio della decisione⁶². E se anche è assodato che il significato non coincide con un'essenza ideale ma è influenzato dalla "pragmatica", la legge non è «un pezzo di carta coperto d'inchiostro stampato», di cui l'interprete può fare uso ignorando o violando le regole semantiche e sintattiche⁶³.

4. Pragmatica e inferenzialismo semantico

Questione centrale dell'interpretazione diviene, dunque, il ruolo del "signifi-

⁵⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 136; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 129. Benché a seguito di una critica all'impostazione tradizionale, e tra molte avvertenze (e riserve) epistemologiche, ritiene impraticabile l'analogia "esterna" anche O. DI GIOVINE, *L'interpretazione*, cit., p. 272 ss.

⁶⁰ C. ROXIN, *Strafrecht AT*, Band I, 4. Aufl., München, 2006, p. 155; fra le trattazioni più recenti, anche per i numerosi richiami, v. F. STRENG, *Art. 103 Abs. 2 GG zwischen allgemeinem Sprachgebrauch und juristischer Fachsprache*, in *Gesetz und Europa. Liber Amicorum für H. Landau*, Tübingen, 2016, p. 471 ss.; L. GRECO, *Analogieverbot und europäisches Strafrecht*, cit., p. 141 ss.

⁶¹ Cfr. V. VELLUZZI, *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia*, 2012, p. 305 ss.

⁶² U. NEUMANN, *Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung*, in G. Gabriel, R. Gröschner (Hrsg.), *Subsumtion*, Tübingen, 2012, p. 316-317. È vero, però, che l'esperienza contemporanea rivela spesso una frammentazione delle regole e delle categorie per effetto dell'adattamento ai casi: sul punto, con rilievi critici, D. FONDAROLI, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del "caso per caso" ed il "circo mediatico-giudiziario". Il nuovo particolarismo giudicio*, in *Arch. pen.*, n. 1/2014 (web).

⁶³ U. NEUMANN, *Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie*, in M. Senn, B. Fritsch (Hg.) *Rechtswissenschaft und Hermeneutik*, Baden-Baden, 2009, 90-91 (la citazione, riportata da Neumann, risale a Friedrich Müller). Per la presa di posizione dell'ermeneutica nei confronti dell'arbitrio interpretativo, v. OMAGGIO, G. CARLIZZI, *Ermeneutica*, cit., p. 101.

cato letterale”, e prim’ancora del “significato” *tout court*⁶⁴. Dagli sviluppi filosofici sul tema (dal secondo Wittgenstein al pragmatismo) la penalistica ha tratto la magra constatazione della fallacia epistemica di un significato oggettivo, deducibile dagli enunciati e valutabile alla stregua del concetto di verità come corrispondenza⁶⁵.

Se per l’ermeneutica giuridica ciò equivale ad una conferma della preponderanza dell’analogia⁶⁶, gli approcci analitici, con varie modalità, pur rilevando i difetti del sillogismo giudiziale, lo hanno incluso in un più ampio schema concettuale, rivolto alla c.d. “giustificazione esterna” della decisione⁶⁷. L’interpretazione, o “ragionamento interpretativo”, diviene punto qualificante del ragionamento giuridico, nel cui contesto le direttive linguistiche assumono rilievo di direttive interpretative primarie⁶⁸.

L’argomento letterale – come si nota – non è dismesso⁶⁹; semmai, richiedono attenzione i tentativi teorici volti a concepire semantica e pragmatica in termini non oppositivi⁷⁰.

⁶⁴ È una discussione cui partecipano, evidentemente, studiosi di area diversa (analitica e ermeneutica): v. i contributi raccolti da V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, 2000. Una ricostruzione del dibattito, con riferimenti alla letteratura di lingua tedesca, anche in M. KLATT, *Die Wortlautgrenze*, in *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, cit., p. 121 ss.

⁶⁵ O. DI GIOVINE, *L’interpretazione*, cit., p. 129 ss. Tra i sostenitori di una teoria cognitivista, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Roma-Bari, 2011, p. 94 ss., che ricorre al modello esplicativo delle condizioni di verità di Tarski. L’applicazione del modello neopositivista (estensione/intensione del significato) è anche in H.-J. KOCH, H. RÜRMANN, *Juristische Begründungslehre*, cit., p. 127 ss. Per una difesa “penalistica” del limite letterale dalle teorie ermeneutiche e analitiche, v. B. SCHÜNEMANN, *Die Gesetzesinterpretation im Schmittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, in *FS für U. Klug*, I, Köln, 1983, p. 169 ss.; V. KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht*, in *ZStW*, 1989, p. 838 ss.

⁶⁶ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine*, cit., p. 25 ss. I problemi aperti dalla teoria del significato del secondo Wittgenstein sono radice comune delle questioni poste all’attenzione tanto della filosofia analitica del diritto quanto della ermeneutica giuridica: si veda, nel tentativo di tracciare convergenze e divergenze tra i due indirizzi, F. VIOLA, *La critica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, p. 63 ss.

⁶⁷ Fortunato e discusso il modello proposto da R. ALEXY, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., p. 176 ss. Sulla critica e rivisitazione del sillogismo, come sui principali approcci analitici (Wroblewski e Alexy), D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, p. 323 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., p. 11 ss.

⁶⁸ Cfr. D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 340 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., p. 72 ss.

⁶⁹ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, cit., p. 186-187, che parla di “argomento semantico”. La considerazione vale anche rispetto a chi ritiene che l’approccio scettico e realista (“necognitivista”) sia l’unico teoricamente sostenibile: P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., p. 143 ss.

⁷⁰ Sull’alternativa tra concezione semantica e pragmatica del significato letterale, e sul ruolo che tale

In tale direzione si muove, ad esempio, la “teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica”, che tra le sue premesse ha una “concezione contestualistica del significato”⁷¹ e, tra le proprie finalità, appunto la conciliazione teorica tra pragmatica e semantica⁷², diretta ad un’oggettivazione del giudizio in base ad un uso condiviso delle parole e delle proposizioni⁷³. Ma i nessi tra pragmatica e semantica sono al centro anche di alcune recenti ricerche, il cui sfondo filosofico tende ad accentuare la *normatività* della pragmatica, più che la sua dipendenza dal contesto, ricorrendo all’inferenzialismo semantico di Robert Brandom⁷⁴.

Brandom muove da una concezione della prassi linguistica come gioco caratterizzato dal dare e chiedere ragioni; ciascun agente razionale, prendendo parte al gioco, “tiene i punti” rispetto a quanto fanno gli altri: è, metaforicamente parlando, uno *scorekeeper* come nel *baseball*. La pratica linguistica è dunque pervasa da un’implicita impalcatura normativa, nell’ambito della quale i parlanti sono destinatari di vincoli assertivi, costituenti *status* deontici, attinenti alla premesse adeguate e alle conseguenze necessarie delle loro affermazioni⁷⁵. In sintesi, «il significato di un enunciato viene definito come l’insieme delle premesse e delle conseguenze che un parlante ha l’impegno e il diritto di riconoscere»⁷⁶.

Secondo Brandom, con il linguaggio si renderebbe esplicito ciò che è implicito nella pratica linguistica; più esattamente, si renderebbero esplicite le reti di

alternativa riveste nell’impiego che i giuristi fanno di tale strumento, P. CHIASSONI, *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another view of the Cathedral)*, in *Significato letterale e interpretazione*, cit., p. 1 ss.

⁷¹ Cfr. V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Torino, 2012, in particolare p. 117 ss.

⁷² Sulla non inconciliabilità tra tale teoria “pragmaticamente orientata” e teoria semantica, V. VELLUZZI, *Due (brevi) note*, cit., p. 309, nt. 17.

⁷³ A giudizio di O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo*, cit., p. 268, (con riferimento a V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, cit., nei punti ivi richiamati), le teorie pragmatiche dell’interpretazione «non rinunciano all’ideale dell’oggettivazione dei giudizi, poiché – molto banalizzando – presumono che esista una comunità di interpreti al cui interno l’uso di parole e di proposizioni sia consolidato o quantomeno consolidabile».

⁷⁴ L’opera di riferimento è R.B. BRANDOM, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge, 1994 (cit. dalla First Harvard University Press Edition, 1998). Per un’introduzione al pensiero di Brandom, C. PENCO, *Ragione e pratica sociale: l’inferenzialismo di Robert Brandom*, in *Riv. di filosofia*, 3/1999, p. 467 ss.; P. LABINAZ, *L’inferenzialismo semantico di Robert Brandom: tra prospettivismo e oggettività*, in *Esercizi filosofici*, 2/2007, p. 256 ss. Con particolare riferimento all’utilizzo nella teoria dell’interpretazione, D. CANALE, *Forme del limite*, cit., p. 179 ss.

⁷⁵ R.B. BRANDOM, *Making It Explicit*, cit., p. xiv, 159 ss.

⁷⁶ C. PENCO, *Ragione e pratica sociale*, cit., p. 471; con la precisazione secondo cui gli status deontici non riguardano solo impegni e diritti, «ma anche i due atteggiamenti di attribuire impegni e diritti ad altri e di sottoscrivere in prima persona impegni e diritti definiti da altri».

inferenze alle quali sono vincolati i parlanti⁷⁷. Coticché, per assegnare contenuto ad un concetto, occorre individuare la rete inferenziale in cui esso si colloca, ovvero i rapporti di esclusione, derivazione e implicazione con altri concetti⁷⁸. Per “inferenze”, Brandom non intende i rapporti logico-formali tra concetti, bensì dei nessi di carattere materiale. La sua teoria suggerisce un mutamento di prospettiva: le inferenze sono riconoscibili in base ad una competenza pratica, che viene prima della esplicazione logica, nel senso che «la comprensione della logica è implicita nel nostro distinguere le inferenze materiali in buone e cattive»⁷⁹.

Tale approccio suscita l'interesse dei teorici del diritto sotto vari punti di vista. Si è sostenuto che il ragionamento giuridico può essere concepito alla stregua di un gioco linguistico, all'interno del quale i partecipanti avanzano pretese di correttezza in ordine al significato delle disposizioni normative, rendendo esplicite inferenze materiali implicite nella struttura del discorso giuridico⁸⁰. Ciò dimostrerebbe una sovrapposizione tra interpretazione e argomentazione, poiché non sussiste separazione tra l'individuazione di significati degli enunciati normativi, che sono impliciti nelle pratiche linguistiche, e la giustificazione del loro impiego, che segna la fase del “rendere espliciti” tali significati⁸¹.

Di primo acchito, una teoria che rinviene il proprio fondamento nella dinamica sociale, senza indicare un principio indipendente da quest'ultima, pare «legittimare l'autorità argomentativa del più forte»; in realtà, l'aspetto saliente dell'inferenzialismo semantico è l'impegno assertivo assunto da ciascuno parlante: asserzioni che non tengono conto di questo impegno reciproco sono prive di significato⁸².

L'inferenzialismo semantico è stato impiegato anche nel tentativo di rifondare la teoria significato letterale come limite all'interpretazione (*Wortlautgrenze*)⁸³. In tale ambito, sono stati evidenziati due tratti notevoli della teoria di Brandom: la “normatività”, intesa come possibilità di distinguere tra significati corretti ed errati degli enunciati, e la tendenziale “oggettività”, ricavabile dalla in-

⁷⁷ Cfr. R.B. BRANDOM, *Making It Explicit*, p. xviii ss.

⁷⁸ Cfr. D. CANALE, *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, in *Ragion pratica*, 2/2005, p. 311.

⁷⁹ P. LABINAZ, *L'inferenzialismo semantico*, cit., p. 261.

⁸⁰ D. CANALE, *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, cit., p. 301 ss.

⁸¹ D. CANALE, *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, cit., p. 322.

⁸² D. CANALE, *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, cit., p. 333 (da cui è tratta la citazione).

⁸³ M. KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, 2004.

tersoggettività propria della pratica linguistica⁸⁴.

Su tali basi si è avallata l'alternativa tra casi "facili" e casi "difficili" in termini di distinzione tra casi "chiari" o "non chiari" dal punto di vista semantico. Nei casi facili, nei quali è chiaro il significato di un concetto, le regole d'uso di un termine sono rese esplicite dalla prassi. Per contro, l'assenza di chiarezza semantica, che caratterizza i casi difficili, è dovuta alle possibili incertezze sugli status deontici sottesi ad un'asserzione⁸⁵. Ciò permette, anzitutto, di respingere le tesi per le quali l'esistenza di casi difficili dimostrerebbe l'impossibilità *tout court* di pervenire al "significato"⁸⁶.

Inoltre, pur essendoci affinità su alcune premesse, l'inferenzialismo semantico pone un limite al circolo ermeneutico: è vero che il significato non preesiste al parlante, non è "scoperto" da quest'ultimo, ma esso non può essere individuato senza considerare le regole implicite nella prassi linguistica, ovvero la rete inferenziale dei significati, nel cui ambito l'errore semantico è comunque possibile⁸⁷. D'altro canto, l'inferenzialismo semantico può fungere da integrazione alla teoria dell'argomentazione giuridica, in quanto dimostra l'accessibilità epistemica del significato, ovvero la possibilità di individuare una regola d'uso di un termine giuridico, che consenta l'interpretazione della disposizione, e con essa la norma fondamentale per la decisione. In tale prospettiva, le regole linguistiche supposte dalla teoria dell'argomentazione (Alexy)⁸⁸ coinciderebbero con le norme semantiche implicite nel discorso (Brandom)⁸⁹.

5. Alcune conclusioni sullo statuto epistemologico del principio: a) la "tassatività" come violazione di status deontici dell'interprete

Non è certo compito del presente scritto valutare criticamente l'impiego dell'inferenzialismo semantico nella filosofia del diritto⁹⁰. Ma è difficile sottrarsi ad alcune suggestioni penalistiche.

⁸⁴ M. KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, cit., p. 122 ss.

⁸⁵ M. KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, cit., p. 223.

⁸⁶ M. KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, cit., p. 225-226.

⁸⁷ M. KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, cit., p. 227. Sui rapporti tra inferenzialismo semantico e (premesse della) ermeneutica giuridica, v. anche D. CANALE, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in *Etica & Politica*, 1/2006, p. 1 ss. (scaricabile al seguente indirizzo: www2.units.it/etica/2006_1/CANALE.pdf)

⁸⁸ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione*, cit., p. 186.

⁸⁹ É quanto propone M. KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, cit., p. 228 ss.

⁹⁰ Per una critica alla posizione di M. Klatt, H. KUDLICH, R. CHRISTENSEN, *Wortlautgrenze: Spekulativ oder pragmatisch?*, in *ARSP*, 2007, p. 128 ss.

Nella misura in cui l'inferenzialismo punta sulla dimensione normativa della pragmatica (le regole d'uso dei vocaboli), esso rafforza lo statuto controfattuale del principio di tassatività: interpretare un testo può essere difficile, ma vi sono interpretazioni sicuramente errate, dunque vietate⁹¹. In tale prospettiva, il principio diviene correlato all'interpretazione intesa come attribuzione ad un testo di «un significato consentito»⁹².

Come visto, l'inferenzialismo semantico può essere inteso come condizione di possibilità, sul piano teorico, della distinzione tra casi facili e casi difficili o, se si vuole, della teoria mista dell'interpretazione. Ciò consente di ritenere non privi di senso, ed anzi provvisti di razionalità, i seguenti assunti sull'interpretazione in diritto penale.

Anzitutto, la distinzione tra mera concretizzazione (ammessa) e interpretazione che muta il significato della disposizione (vietata) appare non solo normativamente imposta, ma anche scientificamente plausibile⁹³: il secondo fenomeno consiste nell'attribuire ad una disposizione un contenuto che si trova fuori dalla rete inferenziale dei significati impliciti nella pratica linguistica. Nei casi in cui il significato della disposizione è chiaro (i “casi facili”), la suddetta distinzione è resa evidente dalla prassi. Esiste, infatti, una casistica relativa all'estensione analogica (*in malam partem*), che è sempre “occulta” e disvelata da altri interpreti; ma esiste anche una diffusa casistica nella quale il divieto di analogia trova felice applicazione⁹⁴.

Nei casi difficili, in cui sono incerti gli impegni e i diritti assertivi concernenti

⁹¹ Ha scritto di recente D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2016, p. 209: «Può essere difficile (talora impossibile) dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma è possibile escludere interpretazioni sicuramente sbagliate. È il testo il punto di partenza di qualsiasi impegno interpretativo. La ragionevolezza dell'interpretazione non può contrapporsi all'oggetto da interpretare; l'interpretazione giuridica non può contrapporsi alla lettera della legge, ha il compito di decifrarla, come prodotto di riconoscibili intenzioni» (v. anche ID., *Crisi della legalità*, cit., p. 34-35).

⁹² Per tale accezione di “interpretazione”, E. DICIOTTI, *Verità e certezza*, cit., p. 115.

⁹³ Per un'approfondita ricostruzione, con ulteriori ripartizioni ed esempi tratti dalla casistica recente, si rinvia a M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 9 ss.; istruttiva anche la tavola rotonda curata da F. GIUNTA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, con contributi di G. CARCATERRA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA, V. VELLUZZI, in *Criminalia*, 2010, 347 ss.

⁹⁴ Cfr. la giurisprudenza di legittimità riportata da M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 13, nt. 29. Esempi recenti: Cass. pen., sez. II, 10 maggio 2016, n. 21611, sulla impossibilità di sussumere una domanda di risarcimento per un incidente mai avvenuto nella fattispecie di frode processuale (art. 374 c.p.); Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2014, n. 28128, sulla non assimilabilità del pericolo di immissione di fumi emessi da una canna fumaria al pericolo derivante da “costruzioni” o “edifici” (art. 677 c.p.); Cass. pen., sez. V, 2 maggio 2016, n. 42309, sulla differenza tra direttore responsabile e direttore editoriale ai fini dell'art. 57 c.p.; Cass. pen., sez. VI, 3 giugno 2015, n. 29145, sull'inapplicabilità dell'art. 334 c.p. alla sottrazione di cose soggette a fermo amministrativo ex art. 214 d.lgs. 285/1992.

le condizioni d'uso e le conseguenze di un'affermazione, l'interprete deve dar conto dell'inferenza da lui individuata per attribuire un certo significato ad una data disposizione (deve "argomentare"). Quando qualifica il proprio ragionamento come interpretazione estensiva (e non come analogia), l'interprete assume l'impegno di dimostrare come il significato sia "estensibile" ad un dato della realtà in base ad usi impliciti nella pratica linguistica⁹⁵. Il dubbio sulle condizioni d'uso e sulle conseguenze dell'uso di un termine non può essere risolto a scapito dell'imputato: a ciò dovrebbe far seguito l'applicazione della regola "*in dubio pro analogia*"⁹⁶.

5.1. (segue) b) La "determinatezza" come violazione di status deontici del legislatore

Quanto detto si riferisce propriamente alla "tassatività", cioè alla dimensione del principio in esame che coinvolge gli impegni assertivi dagli interpreti della legge (il giudice, in primo luogo). Come detto in precedenza, è però opportuno salvaguardare la distinzione tra tassatività e determinatezza, al fine di evidenziare la duplice pretesa garantista del principio, rivolta sia al giudice (tassatività) che al legislatore (determinatezza).

Ora, valutare la determinatezza di una disposizione, come obbligo del legislatore, è un'operazione che può essere compiuta prima della sua applicazione o a prescindere dall'applicazione in un caso concreto, anche nella fase della proposta o disegno di legge. In tal caso, però, si tratterà di un'interpretazione astratta e cognitiva⁹⁷, effettuata dalla dottrina, dunque priva di effetti giuridici, o al massimo dal legislatore, allo scopo di correggere il testo o di fornirne un'interpretazione autentica.

Ciò, evidentemente, non esclude che la determinatezza (in questo senso stretto) possa emergere nel giudizio di costituzionalità: se si ritiene che la legge debba predefinire un programma di controllo dell'applicazione del diritto penale, non si possono giustificare programmi del tutto indefiniti, basati su

⁹⁵ Per una revisione della distinzione tra interpretazione analogica e estensiva, sulla base del rispetto degli "impegni" richiesti dai due tipi (distinti) di argomento, si veda D. CANALE, G. TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali storia cult. giur.*, 2014, p. 149 ss. Gli Autori adducono l'esempio dell'applicazione dell'art. 674 c.p. all'emissione di onde elettromagnetiche, nel quale rilevano come l'impegno argomentativo imposto dall'interpretazione estensiva non sia stato rispettato dai giudici.

⁹⁶ Sul fondamento sistematico di siffatta regola, M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., p. 109 ss.; in senso adesivo, V. VELLUZZI, *Due (breve) note*, cit. p. 310; critico, L. GRECO, *Analogieverbot und europäisches Strafrecht*, cit., p. 203-204.

⁹⁷ Su questo tipo di interpretazioni, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 15 ss., per alcune distinzioni, v. anche L. FERRAJOLI, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1966, p. 290 ss.

una tecnica legislativa tanto approssimativa da compromettere in partenza ogni tentativo di verifica⁹⁸.

La legislazione recente, invero, offrirebbe numerosi candidati ad un tale difetto: si pensi alla recente disciplina dei c.d. “ecoreati”, che anche la dottrina meglio disposta rispetto al ruolo dell’interpretazione giudiziale non ha esitato a definire non intellegibile⁹⁹. O ancora alla nuova disciplina delle false comunicazioni sociali¹⁰⁰, il cui rapporto con la disciplina abrogata ha sollevato incertezze tali da far parlare di “obblighi ermeneutici” infranti dallo stesso legislatore, il quale, pur potendosi prefigurare i casi nei quali la normativa sarebbe risultata di problematica attuazione, ha omesso di porvi rimedio (prima e dopo l’emanazione)¹⁰¹.

Allo stesso tempo, va detto che il difetto di determinatezza (sempre in senso stretto) è un caso limite, che si verifica solo quando sia impossibile attribuire qualunque significato (consentito) alla disposizione. La violazione della tassatività, per contro, si configura come attribuzione di un significato non consentito, ovvero come violazione del divieto di analogia, che non necessariamente dà luogo all’incostituzionalità della legge, bensì dell’interpretazione. Sì che un aspetto paradossale del divieto di analogia, almeno nel nostro ordinamento, è che esso dovrebbe essere (auto-)rilevato dallo stesso destinatario del divieto, cioè dal giudice: il quale, come sanzione, può temere solo la riforma della decisione da parte delle giurisdizioni superiori¹⁰².

La giurisprudenza costituzionale tedesca, come vedremo, è entrata nel vivo di tale dialettica¹⁰³, cercando di rafforzare la sanzione per le interpretazioni inco-

⁹⁸ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 303. Per una classificazione delle forme di manifestazione dell’indeterminatezza, M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., p. 139 ss.

⁹⁹ Artt. 452-bis ss. c.p., introdotti dalla L. 68/2015; v. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, p. 22-23.

¹⁰⁰ Artt. 2621 ss. c.c., così come modificati dalla L. 69/2015, che hanno posto la questione della rilevanza dei falsi valutativi (positivamente risolta da Cass. sez. un. pen., 31 marzo 2016, n. 7, in www.penalecontemporaneo.it)

¹⁰¹ Cfr. D. PULTANÒ, *Ermeneutiche alla prova*, cit., p. 204 ss. In occasione della riforma delle false comunicazioni sociali, il legislatore ha formulato una disposizione che certamente avrebbe sollevato ardue questioni interpretative, devolvendone consapevolmente la soluzione al potere giudiziario (come si evince dai lavori preparatori). È vero che il caso va oltre il tema della determinatezza (nella parte in cui descrive il comportamento incriminato, la nuova disposizione non risulta indeterminata), ma anche qui si è al cospetto di un programma legislativo (deliberatamente) indefinito. L’opinione, secondo cui in molti casi recenti la legge avrebbe affidato all’interprete il compito di individuare i comportamenti punibili, è però piuttosto diffusa (per tutti, G. FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, p. 18).

¹⁰² Sul punto, M. DONINI, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Critica dir.*, 1998, p. 123 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 7.

¹⁰³ Sulla doppia dimensione della determinatezza, con ampi riferimenti alla dottrina tedesca, già F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 296 ss.

stituzionali. Prima di dedicarci a tale aspetto, al fine di trarne indicazioni utili sul piano comparatistico, occorre tuttavia anteporre alcune brevi considerazioni sullo stato di attuazione del principio di determinatezza nel nostro ordinamento, soprattutto alla luce dell'influenza esercitata su di esso dalle fonti sovranazionali.

6. Presupposti di un sindacato costituzionale esteso all'interpretazione, tra legalità convenzionale e domestica

Se rispetto ai rapporti tra legalità e diritto dell'Unione europea si assiste ad una fase di riassetto (a seguito del caso Taricco), la giurisprudenza della Corte EDU pare capace di alterare la concezione domestica della legalità. In ambito convenzionale, cui è estranea la riserva di legge, la tassatività coincide con la "ragionevole prevedibilità" di un risultato interpretativo, mentre il limite dell'interpretazione ammessa in materia penale è visto nell'"essenza dell'incriminazione" ("*essence of the offence*")¹⁰⁴.

Nella misura in cui quest'ultimo parametro si avvicina al "tipo", caro ai sostenitori dell'ermeneutica¹⁰⁵, valgono le riserve espresse in precedenza (§ 3). Da questo punto di vista, la legalità convenzionale ha un profilo inconciliabile con la (nostra idea di) legalità costituzionale, dovuto all'ammissibilità di incriminazioni di fonte giurisprudenziale¹⁰⁶ e, con particolare riferimento alla determinatezza, al suddetto criterio della "essenza dell'incriminazione".

Va detto, però, che più che di "inconciliabilità", parrebbe trattarsi di un diverso taglio funzionale¹⁰⁷: nel senso che le nozioni "materiali" di incriminazione e di legalità assunte dalla Corte EDU sono funzionali ad un giudizio di conformità tra esercizio in concreto di un potere pubblico e diritti umani; non do-

¹⁰⁴ Con richiamo a noti precedenti, Corte EDU, *Dallas c. Regno Unito*, 11 febbraio 2016, § 69-71. Per la verità, non mancano pronunce che includono nell'art. 7 CEDU il divieto di analogia e valorizzano il testo di legge: v. *Dragotoniu c. Romania*, 24 maggio 2007, §§ 33-38. In argomento, tra gli altri, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, IV, Napoli, 2011, p. 2197 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. Paliero, F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 195 ss.; S. ERNE, *Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straf-tatbestandes der Verfolgung*, Baden Baden, 2016, p. 269 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 10 ss.; V. MANES, "Common-Law-isation del diritto penale: Trasformazioni del *nullum crimen e slide prossime*", in *Cass. pen.*, 2017, p. 955 s.

¹⁰⁵ M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro dei paradigmi*, cit., p. 9-10.

¹⁰⁶ Cfr. Corte cost. 230/2012 (sull'art. 673 c.p.p. e il mutamento giurisprudenziale favorevole); in dottrina, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità, ermeneutica e riserva di legge*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 46 ss.

¹⁰⁷ Illuminanti le note metodologiche di A. DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit., p. 115 ss. Si vedano anche le precisazioni di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 13-14, in difesa della coesistenza tra garanzia del *nullum crimen* convenzionale e riserva di legge domestica.

vrebbero avere, a rigore, la pretesa di ridefinire in astratto – cioè al di là dell'accertamento di una concreta lesione di un diritto individuale – l'assetto delle fonti interne all'ordinamento statutale interessato, tanto più se tale ridefinizione comporti una diminuzione delle garanzie (come nel caso dell'abbandono della riserva di legge)¹⁰⁸.

Da un altro angolo visuale, la legalità convenzionale pare idonea ad elevare il livello delle garanzie, per effetto dei vincoli posti dalla Corte EDU all'interpretazione giurisprudenziale, comprendenti l'irretroattività di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli imprevedibili all'epoca dei fatti. Al cospetto di tali vincoli, però, si rivelano le difficoltà del nostro ordinamento nel conseguire un livello di stabilità dei risultati interpretativi che soddisfi il requisito della ragionevole prevedibilità, concepita in termini di prevedibilità oggettiva, non solo di scusabilità¹⁰⁹.

Il tema, ovviamente, è troppo vasto per essere anche solo compendiato in questa sede. Prescindendo dalla praticabilità di un vincolo del precedente anche nel nostro sistema¹¹⁰, possiamo limitarci a ricordare le difficoltà cui vanno incontro sia una «interpretazione “tassativizzante”» ad opera della Corte di Cassazione, sia un controllo di costituzionalità sulle interpretazioni contrastanti, a garanzia dell'art. 25, co. 2° Cost. o della legalità convenzionale, secondo lo schema della norma interposta¹¹¹.

Con particolare riferimento al ruolo della Corte costituzionale (italiana), in virtù dell'orientamento che ritiene indeterminata una disposizione solo se «insuscetibile di una qualunque interpretazione», si è detto che sarebbe difficil-

¹⁰⁸ Naturalmente, l'affermazione è problematica per la giurisprudenza europea, nella misura in cui si impone essa stessa come “fonte”. Rispetto alla giurisprudenza CEDU, si consideri, però, l'atteggiamento improntato alla cautela di alcune recenti pronunce della Corte cost. (da ultimo, con ulteriori richiami, sent. n. 193/2016, sull'inapplicabilità del principio convenzionale di irretroattività favorevole all'illecito amministrativo). Bisogna altresì riconoscere che il discorso è più complesso, se ampliato alla legalità “europea” comprensiva del diritto eurolunitario, che certamente opera sulle fonti. Per un quadro completo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012; v. anche le meditate riflessioni di O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in *La crisi della legalità*, cit., p. 145 ss.; con riferimento agli ultimi sviluppi, A. MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in www.archiviopenale.it, fasc. 3 settembre-dicembre 2016 (web); V. VALENTINI, *Giustizia penale e diritto sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in *Scritti in onore di L. Stortoni*, Bologna, 2016, p. 839 ss.

¹⁰⁹ Si veda, sulla scia delle questioni sollevate da Corte EDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 346 ss.; v. anche F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., in specie p. 10 ss.

¹¹⁰ Sul tema, fondamentale A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 2° ed., Torino, 2014.

¹¹¹ I limiti di tali soluzioni sono sinteticamente esposti da F. PALAZZO, *Principio di legalità*, cit., p. 2699 ss.

mente praticabile un suo intervento nella situazione opposta, ossia in un caso di “eccesso” di interpretazioni: in tale ipotesi si avrebbe un contrasto sulla “norma” (e non sulla disposizione), sul quale è competente la Corte di Cassazione¹¹². D'altra parte, la Corte costituzionale ritiene che un'interpretazione giurisprudenziale consolidata non possa costituire il solo parametro da cui desumere la determinatezza di una disposizione: il diritto vivente rileva solo come elemento di conferma dell'interpretabilità di una disposizione in base ad altri criteri, sistematici e teleologici¹¹³.

Invero, il limite di questo assetto risiede soprattutto nell'inefficacia degli strumenti a disposizione della Corte costituzionale. È noto che le sentenze interpretative di rigetto vincolano solo il giudice remittente e che, se il diritto vivente non si attiene all'interpretazione fornita da una sentenza di rigetto, resta “solo” la possibilità di dichiarare in seguito incostituzionale la disposizione¹¹⁴.

La recente esperienza ha dimostrato come una sentenza interpretativa di rigetto, non solo non sia riuscita ad imporre una linea interpretativa, ma abbia di fatto schiuso le porte ad una completa trasfigurazione della tipicità. È quanto avvenuto con il disastro “innominato” ex art. 434 c.p.¹¹⁵: a prescindere della possibilità di dichiarare la disposizione incostituzionale per difetto di determinatezza, è evidente che la prassi non si è affatto attenuta all'interpretazione del termine “disastro” che, magari in modo discutibile, la Corte costituzionale pure aveva prodotto¹¹⁶.

In sintesi: le interpretazioni costituzionalmente conformi elaborate dalla nostra Corte costituzionale vengono di fatto aggirate, in primo luogo dalla giurisprudenza di legittimità, che si richiama al diritto vivente, sì che il ruolo della

¹¹² F. PALAZZO, *Principio di legalità*, cit., p. 2701.

¹¹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 327/2008 (sul disastro innominato) e n. 174/2014 (sugli atti persecutori), entrambe di rigetto; al giudice rimettente la questione, per altro, è imposto un controllo sulla conformità del diritto vivente ad un'interpretazione secondo costituzione, come suggerisce Corte cost., ord. n. 177/2016 (abuso d'ufficio).

¹¹⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 137.

¹¹⁵ Cfr. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 17-18. Per una ricostruzione di tale giurisprudenza, con particolare attenzione ai profili di tassatività della fattispecie, si rinvia a D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in L. Foffani, D. Castronuovo (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, Bologna, 2015, p. 107 ss.

¹¹⁶ Secondo un'interpretazione sistematica e teleologica, il disastro deve corrispondere ad «un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi», al quale, «sul piano della proiezione offensiva», consegue «un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone» (Corte cost., sent. 327/2008). Sulla violazione di questa interpretazione, verificatasi nei processi sull'inquinamento da amianto, A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2705 ss.

Corte costituzionale ne esce ridimensionato¹¹⁷. Lungi dal proporre una soluzione a tale problema, crediamo utile volgere lo sguardo alla recente esperienza tedesca, nel cui contesto si è affermato un controllo di costituzionalità delle interpretazioni giurisprudenziali.

È opportuno, però, ricordare alcune peculiarità di quel sistema¹¹⁸. In primo luogo, la possibilità di un ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*) alla Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*), per azionare la lesione del *nulla poena sine lege* alla stregua di un diritto fondamentale¹¹⁹. In secondo luogo, la possibilità che, all'esito del ricorso, la corte annulli una decisione o un atto emanato dalla pubblica autorità senza per forza dichiarare "nulla" una legge, oppure che rigetti il ricorso (o la questione) pronunciando una *verfassungskonforme Auslegung* (interpretazione conforme alla costituzione), la quale – si noti – avrà efficacia *erga omnes* al pari delle altre decisioni¹²⁰.

7. Il contributo della Corte costituzionale tedesca: la statuizione di un *Präzisionsgebot* nei confronti dei giudici penali

Nell'ordinamento tedesco, il principio di determinatezza (*Bestimmtheitsgebot*), riconosciuto a livello costituzionale dall'art. 103 II GG e a livello legislativo dal § 1 StGB, ha un contenuto assimilabile a quello assegnatogli nel diritto italiano¹²¹. Nel suo nucleo essenziale, esso garantisce che «i presupposti della punibilità siano descritti in maniera tanto concreta che l'ambito applicativo e la portata delle fattispecie penale emergano dalla lettera o, in ogni caso, siano accertabili mediante interpretazione»¹²².

¹¹⁷ Si vadano, sul punto, le sferzanti osservazioni di G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, p. 285 ss., in part. p. 291-293. Per un auspicato intervento riformatore, che sancisca la vincolatività della sentenza interpretativa, S. VINCI-GUERRA, *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Il problema dell'interpretazione*, cit., p. 55-56.

¹¹⁸ In sintesi, G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 3^a ed., 2011, p. 221 ss.

¹¹⁹ Art. 93 I 4a GG, in combinato disposto con l'Art. 103 II GG; per una ricostruzione, v. E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, p. 93 ss.

¹²⁰ La rilevanza dell'effetto generale delle pronunce del *Bundesverfassungsgericht* per il principio di determinatezza è sottolineata da V. KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht*, cit., p. 846-847.

¹²¹ Seppure con alcune differenze di classificazione dei vari aspetti connessi al principio e di estensione dello stesso. Dal principio di legalità si ricavano l'obbligo di determinatezza, il divieto di analogia, il divieto di ricorrere al diritto consuetudinario e il divieto di irretroattività, ma «gli ultimi tre divieti sembrano emergere quasi come conseguenze del principio di determinatezza» (H. RADKE, *Art. 103*, in V. Epping, C. Hillgruber (a cura di), *GG-Kommentar*, 2. Aufl., München, 2013, p. 1625 ss.; per un chiaro inquadramento, C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht*, in E. Hilgendorf (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, Tübingen, 2013, p. 113 ss.).

¹²² Sono parole del *Bundesverfassungsgericht*, riportate da C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbe-*

Anche in Germania, tuttavia, il parametro della determinatezza ha conseguito effetti pratici piuttosto modesti¹²³; le declaratorie di incostituzionalità per indeterminatezza sono rare¹²⁴; varie, al contempo, le tecniche argomentative volte a “relativizzare” il principio in questione, tra le quali spiccano la riduzione della prevedibilità delle conseguenze penali di una condotta a mera “riconoscibilità di un rischio penale” ad essa collegato e un principio di proporzionalità inversa tra livello di determinatezza ed entità della sanzione minacciata¹²⁵. Anche in Germania, dunque, si registra una certa distanza tra prassi e teoria tradizionale della determinatezza¹²⁶.

Muovendo dall’irrinunciabilità delle clausole generali e dei concetti indefiniti di tipo valutativo, senza i quali il legislatore non sarebbe in grado di afferrare le molteplici sfaccettature della vita sociale e le peculiarità dei singoli casi (presupposto essenzialmente condiviso anche dalla dottrina)¹²⁷, il *Bundesverfassungsgericht* è giunto ad assegnare ai giudici un compito vieppiù rilevante nell’attuazione del principio.

Clausole generali e concetti valutativi sono ammessi, solo se gli usuali metodi interpretativi supportano un’affidabile applicazione della norma¹²⁸. Tale supporto può essere costituito dalla giurisprudenza costante di legittimità: almeno sin dagli anni Settanta, ed in più occasioni, si è infatti affermato che la tassatività di una norma penale può derivare dalla giurisprudenza “consolidatasi” sulla stessa¹²⁹.

Questa tendenza ha ricevuto un notevole impulso in un’importante decisione del 2010 in materia di infedeltà patrimoniale (*Untreue*, § 266 StGB)¹³⁰, con la

stimmtheit, cit., p. 133.

¹²³ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale tedesca sul principio di determinatezza, si rinvia a E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., p. 168 ss.

¹²⁴ Tra queste BVerfG, Urteil v. 20.03.2002, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 105. Band (135), p. 152 ss., sulla pena patrimoniale (§ 43a StGB). Sul tema specifico della determinatezza della pena, v. G. DANNECKER, *Das Verbot unbestimmter Strafen. Der Bestimmtheitsgrundsatz im Bereich der Deliktfolgen*, in *FS für C. Roxin 80. Geburtstag*, Bd. 1, Berlin-New York, 2011, p. 285 ss.

¹²⁵ In chiave critica, G. DANNECKER, § 1, cit., p. 146 ss.; C. ROXIN, *Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit*, cit., p. 133; v. anche E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, cit., p. 175.

¹²⁶ Cfr. L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, in *Das Gesetzlichkeitsprinzip*, cit., p. 54 ss.

¹²⁷ Cfr. G. DANNECKER, § 1, cit., p. 146, 152 ss.; S. ERNE, *Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht*, cit., p. 43-44.

¹²⁸ V. G. DANNECKER, § 1, cit., p. 158-159, ed ivi i riferimenti.

¹²⁹ Cfr. H. RADKE, *Art. 103*, cit., p. 1630. V. per es. BVerfG, Beschl. v. 10.06.1997, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Bd 96, (68) p. 98; BVerfG, Beschl. v. 21.11.2002, in *NJW*, 2003, p. 1030 ss., che giudicano per questa via costituzionalmente legittima la clausola di equivalenza sul reato omissivo improprio (§ 13 StGB).

¹³⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.06.2010, in *NJW*, 2010, 3209 ss.: di seguito si farà riferimento alla numerazione dei paragrafi ivi riportata (Rn). Si riporta il testo del § 266 StGB: «*Infedeltà*. Chiunque abusa del

quale il *Bundesverfassungsgericht* è pervenuto ad una articolata formulazione di obblighi e divieti interpretativi derivanti dal principio di determinatezza¹³¹. Principio che viene suddiviso in due corollari dotati di pari dignità: divieto di analogia, da un lato, ed obbligo di precisazione, dall'altro¹³².

Il divieto di analogia (*Analogieverbot*), inteso dalla Corte come divieto di applicare la norma al di là del suo significato letterale, è connesso al c.d. *Verschleierungsverbot*, ovvero al divieto di considerare il significato di un elemento dell'incriminazione di fatto assorbito in un altro termine legale¹³³. A ciò la Corte aggiunge la necessità di un'interpretazione adeguata alla volontà storica del legislatore, che impone di non attenersi alla lettera anche là dove essa consentirebbe di punire, quando la punizione contrasterebbe comunque con la *voluntas legis*¹³⁴.

L'obbligo di precisazione (*Präzisionsgebot*), dal suo canto, si riferisce specificamente agli elementi di fattispecie formulati in maniera generica, in particolare alle clausole generali. Innanzi a tali elementi, al giudice penale è vietato, in primo luogo, accrescere l'incertezza mediante interpretazioni che sfumino ulteriormente i confini della fattispecie. In secondo luogo, il giudice è tenuto, sin dove possibile, ad eliminare in via interpretativa le residue incertezze del testo con un'opera di precisazione e di concretizzazione della portata applicativa della fattispecie¹³⁵.

Di non secondaria importanza il fatto che, rispetto ai suddetti obblighi ermeneutici nascenti dall'Art. 103 II GG, la Corte si riserva un approfondito sindacato di costituzionalità; ciò in quanto, nel giudicare il corretto adempimento di tali obblighi, si fissano di fatto i confini tra potere legislativo e potere giudiziario¹³⁶.

In virtù dei parametri così delineati, la Corte ha ritenuto la fattispecie di infe-

potere di disporre di un patrimonio altrui o di obbligare altri, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o per negozio giuridico, ovvero viola l'obbligo di curare interessi patrimoniali altrui, del quale è investito in forza di legge, di un ordine dell'autorità, di un negozio giuridico o di un rapporto di fedeltà, arrecando con ciò pregiudizio a colui del quale deve curare gli interessi patrimoniali, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria» (traduzione tratta da S. Vinciguerra (a cura di), *Il Codice penale tedesco*, 2^a ed., Padova, 2003).

¹³¹ BVerfG, Beschl. v. 23.06.2010, cit., Rn 77 ss. V. anche S. ERNE, *Das Bestimmtheitsgebot*, cit., p. 45; H. SATZGER, § 1, in H. SATZGER, W. SCHLUCKEBIER, G. WIDMAIER, *StGB-Kommentar*, 3. Aufl., Köln, 2016, p. 15 ss.

¹³² Seguiamo, sul punto, L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, in *JR*, 2011, p. 248 ss.

¹³³ BVerfG, Beschl. v. 23.06.2010, cit. Rn 77-78. Su questo concetto e sui suoi nessi (non perfettamente delineati) con le altre forme di interpretazione evocate dalla Corte si sofferma P. KRELL, *Das Verbot der Verschleierung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale*, in *ZStW*, 2014, p. 902 ss.

¹³⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.06.2010, cit., Rn 80.

¹³⁵ *Ibidem*, Rn 81.

¹³⁶ *Ibidem*, Rn 82.

deltà patrimoniale, nonostante la sua “ampiezza” e “relativa imprecisione”, compatibile col principio di determinatezza, in quanto da essa si evincerebbe chiaramente qual è il bene giuridico protetto, sì che la disposizione può essere interpretata in maniera sufficientemente restrittiva e precisa¹³⁷. Rispetto agli elementi di fattispecie maggiormente bisognosi di concretizzazione, tra i quali spicca la controversa nozione della contrarietà della condotta ad un obbligo (extrapenale) di fedeltà (la c.d. *Pflichtwidrigkeit*), la giurisprudenza avrebbe fornito massime consolidate, ripartite in gruppi di casi, capaci “di regola” di assicurare “la prevedibilità della punibilità”¹³⁸.

In tale contesto, si situa il parametro giurisprudenziale della gravità della violazione degli obblighi, il quale, pur non essendo testualmente previsto dal § 266 StGB (come criticamente rilevato da una parte della dottrina), è però imposto da un’interpretazione restrittiva. Quanto all’elemento tipico del “pregiudizio” (*Nachteil*), la Corte evidenzia l’impossibilità di ritenerlo compreso nel diverso elemento della violazione dell’obbligo, pena la violazione del suddetto *Verschleifungsverbot*¹³⁹.

La statuizione di un “obbligo di precisazione” e dell’annesso sindacato di costituzionalità sul suo corretto adempimento ha trovato conferma in altre più recenti pronunce, sì che tali criteri possono essere considerati stabilmente insediati nella giurisprudenza costituzionale¹⁴⁰. La dottrina si è interrogata sulla reale portata innovativa di tale criterio¹⁴¹: non è mancato infatti chi, evidenziandone la continuità con altri precedenti, ha ritenuto il *Präziserungsgebot*

¹³⁷ *Ibidem*, Rn 85.

¹³⁸ *Ibidem*, Rn 111. Si legge testualmente nella motivazione: «Gli scopi di una siffatta interpretazione, in forza della Costituzione, devono consistere nel limitare l’applicazione della fattispecie di infedeltà patrimoniale a casi di chiari ed evidenti ipotesi di condotte contrarie ad obblighi, nell’evitare valutazioni contraddittorie sull’apprestamento di specifiche discipline sanzionatorie e nel preservare il carattere di delitto contro il patrimonio proprio della fattispecie di infedeltà. Lo sviluppo (continuo) di mezzi dogmatici idonei a tale scopo obbliga in primo luogo i tribunali penali e tra essi principalmente i tribunali di seconda istanza (*Revisionsgerichte*). Questi ultimi devono rendere maneggevole la fattispecie di infedeltà mediante elaborazione di massime inerenti a gruppi di casi specifici, in considerazione dei predetti criteri, nell’interesse della calcolabilità e della prevedibilità dell’utilizzo della fattispecie in importanti ambiti applicativi.» (*ibidem*).

¹³⁹ *Ibidem*, Rn 113. Il concetto è ribadito da una pronuncia successiva: BVerfG Beschl. v. 1.11.2012, in *NJW*, 2013, p. 365 ss., sempre in materia di infedeltà patrimoniale.

¹⁴⁰ Lo schema argomentativo, oltre che da BVerfG, Beschl. v. 1.11.2012, cit., in materia di infedeltà patrimoniale, è richiamato da BVerfG Beschl. v. 11.7.2013, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 134. Band (33), Rn 109 ss. (sulla determinatezza del “disturbo psichico” quale presupposto della misura di sicurezza introdotta con il *Therapieunterbringungsgesetz*); BVerfG Beschl. v. 28.7.2015, in *NZWiSt*, 2015, p. 469 ss. (in specie Rn 60-71), con commento di A. RASCHKE, in tema di riciclaggio del difensore che accetta onorari di provenienza delittuosa (§ 261 StGB).

¹⁴¹ Cfr., con ulteriori riferimenti, F. SALINGER, *Auswirkungen des Untreue Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik*, in *ZIS*, 11/2011, p. 902 ss.

una mera riformulazione dell'obbligo di interpretazione restrittiva secondo costituzione¹⁴².

Contro tale opinione, è stato efficacemente evidenziato che, nella prospettiva dell'orientamento in esame, il *Präziserungsgebot* si afferma quale parametro del giudizio di costituzionalità (o di lesione del diritto azionato con la *Verfassungsbeschwerde*), e non come rimedio volto solo ad evitare la declaratoria di incostituzionalità (cioè come sostegno argomentativo di sentenze interpretative di rigetto), qual è l'interpretazione conforme¹⁴³.

8. Risvolti sistematici

La decisione sull'*Untreue* ha affrontato questioni mai emerse prima con altrettanta nitore nella giurisprudenza costituzionale tedesca¹⁴⁴. La Corte non si è limitata a prendere atto della relativa precisione dei testi legislativi, ma ha contribuito in modo decisivo alla lettura del principio di determinatezza come "precetto di ottimizzazione"¹⁴⁵. Il giudice, non solo il legislatore, diviene (esplicitamente) destinatario del principio di determinatezza così inteso: all'obbligo di precisione della legge si affianca l'obbligo di precisazione del giudice¹⁴⁶.

Ciò comporta, secondo gli osservatori, una (temuta) restrizione ed una (auspicata) estensione delle garanzie connesse al principio di determinatezza.

Una restrizione, in quanto, se al potere giudiziario si attribuisce il compito di precisare precetti legislativi indeterminati, è alterato – per alcuni critici compromesso¹⁴⁷ – l'assetto della divisione dei poteri tradizionalmente sotteso al principio di legalità (almeno in *civil law*). Con un possibile effetto deresponsabilizzante per il legislatore, il quale, confidando nell'opera di "precisazione" dei giudici, potrebbe risultare disincentivato a formulare disposizioni per

¹⁴² In tal senso, M. KRÜGER, *Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB*, in *NSiZ*, 2011, p. 372-373.

¹⁴³ M. BÖSE, *Das Bundesverfassungsgericht „bestimmt“ den Inhalt des Untreuetatbestandes*, in *Jura*, 2011, p. 620.

¹⁴⁴ Tra gli altri, M. BÖSE, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 617 ss.; L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, cit., p. 248 ss.; F. SALINGER, *Auswirkungen des Untreue Beschlusses*, cit., p. 902 ss.; L. SCHULZ, *Neues zum Bestimmtheitsgebot. Zur Entscheidung des BVerfG vom 23. Juni 2010*, in *FS für C. Roxin zum 80. Geburtstag*, cit., p. 305 ss.; con accenti fortemente critici, D. BASAK, *Die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht und ihre Folgen für die anderen Aspekte des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG)*, in B. Brünhober, K. Höfler, J. Kaspar, T. Reinbacher, M. Vormbaum (a cura di), *Strafrecht und Verfassung*, Baden Baden, 2012, p. 71 ss.

¹⁴⁵ L. SCHULZ, *Neues zum Bestimmtheitsgebot*, cit., p. 317 ss.

¹⁴⁶ Cfr. M. BÖSE, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 620; R. ESCHELBACH, C. KREHL, *Art. 103 Abs. 2 GG und Rechtsanwendung*, in *FS für W. Kargl*, Berlin, 2015, p. 84 ss.; L. KUHLEN, *Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgesetzes*, 433 ss.

¹⁴⁷ D. BASAK, *Die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes*, cit., p. 80 ss.

quanto possibile chiare¹⁴⁸.

D'altro canto, si assiste anche ad un'estensione delle garanzie, giacché, se l'attuazione del principio di determinatezza esige la collaborazione tra legislatore e giudici, il controllo costituzionale sulla sua attuazione deve per forza estendersi all'operato di questi ultimi¹⁴⁹. Ed ecco la necessità di un "decalogo" dei criteri ermeneutici, la cui violazione dà luogo ad una censura di costituzionalità, mediante un vaglio di conformità delle decisioni giudiziarie ai principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza delle alte corti (essenzialmente il BGH).

Tralasciamo un giudizio (o una previsione) sugli effetti di siffatto controllo sul sistema giurisdizionale tedesco; la stessa decisione sull'*Untreue*, implicitamente, ammette un problema, quando respinge in anticipo la possibile accusa di volersi tramutare in una "istanza di supervisione": a suo dire, la Corte si limiterebbe a riscontrare l'assoluta inidoneità degli orientamenti giurisprudenziali correnti a concretizzare il contenuto di una disposizione penale¹⁵⁰.

Torniamo, invece, alla dialettica tra restrizione e espansione delle garanzie, che possiamo vedere riflessa nei nessi sistematici tra "divieto di analogia" e "obbligo di precisazione".

Secondo una prima lettura, grazie alla sentenza sull'*Untreue*, il divieto di analogia avrebbe subito un ampliamento sino a ricomprendere l'obbligo di precisazione¹⁵¹. Ci sembra corretta, però, l'obiezione di chi, tra *divieto* di analogia e *obbligo* di precisazione, intravede due distinte situazioni¹⁵²: innanzi ad un testo preciso per effetto di una chiara redazione legislativa, verrà in discussione il divieto di analogia, come divieto di violare il significato letterale della fattispecie e di considerarne assorbiti alcuni elementi in altri; viceversa, innanzi ad una clausola generale o a un concetto valutativo, l'analogia può essere di fatto impraticabile - ed il relativo divieto non invocabile -, perché tutto o quasi può essere sussunto in (parti di) fattispecie così formulate: è allora che, a garanzia della certezza, interviene (non un divieto ma) un obbligo di precisazio-

¹⁴⁸ M. BÖSE, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 620; D. BASAK, *Die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes*, cit., p. 88-89. Per vero, già in passato la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* aveva suscitato questo tipo di critica di una parte della dottrina: cfr. G. DANNECKER, § 1, cit., p. 154, 161-162.

¹⁴⁹ Cfr. L. KUHLEN, *Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue*, cit., p. 249; in precedenza, per un'estensione del principio di determinatezza all'attività interpretativa dei giudici, v. ID., *Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot*, in *FS für H. Otto*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 89 ss. Critico, su quest'esito, R. SCHMITZ, § 1, in *Münchener Kommentar-StGB*, Band 1, 2. Aufl., München, 2011, p. 61.

¹⁵⁰ Sul punto, con ulteriori riferimenti, M. BÖSE, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 621.

¹⁵¹ L. SCHULZ, *Neues zum Bestimmtheitsgebot*, cit., p. 321.

¹⁵² Così, in opposizione a Schulz (v. nota precedente), L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, cit., p. 59-60 (ed ivi nt. 95).

ne¹⁵³.

Opportunamente, però, si è aggiunto che l'obbligo di precisazione opera sempre che il livello di imprecisione del testo non renda del tutto irriconoscibile il "programma" legislativo, nella cui cornice, come detto, il principio di determinatezza assume fattezze di un precetto di ottimizzazione¹⁵⁴. Ciò significa che le clausole generali, nell'economia della fattispecie, non dovrebbero assumere un ruolo preponderante nella descrizione del comportamento punito¹⁵⁵; in caso contrario, l'eventuale contributo "tassativizzante" dei giudici non potrebbe salvare la disposizione.

In sostanza, l'obbligo di precisazione del giudice dovrebbe aggiungersi e non sostituirsi all'obbligo di precisione del legislatore¹⁵⁶. Il punto è stabilire se un termine legale *prima facie* impreciso diventi determinato solo grazie alla successiva interpretazione giurisprudenziale, mediante un "salvataggio" costituzionalmente inammissibile, o se la sua applicazione - magari produttiva di orientamenti consolidati - dimostri proprio che, essendo "interpretabile", la disposizione era *ab origine* determinata¹⁵⁷.

Un problema assimilabile è offerto dall'impiego, nella descrizione del fatto tipico, della c.d. analogia espressa. Il termine "analogia" è qui oggetto di contestazione, in quanto, essendo tali clausole previste dalla legge, mancherebbe, a rigore, una lacuna¹⁵⁸. Tuttavia, se si definisce l'analogia come superamento del confine letterale del testo, la locuzione "analogia espressa" pare appropriata, nella misura in cui una clausola di questo tipo concede al giudice la facoltà, in relazione ad una certa figura criminosa, di oltrepassare il significato ricavabile dagli altri elementi di fattispecie, ponendosi in attrito con il principio di legalità¹⁵⁹.

¹⁵³ Si fa l'esempio della violenza privata prevista dal § 240 StGB (*Nötigung*): la sussunzione dei *sit in* di protesta nella condotta violenta ivi punita è stata censurata dalla Corte costituzionale, in quanto estensione analogica del concetto di "violenza"; invece, la clausola sul carattere "riprovevole" della condotta è oggetto di un obbligo di precisazione da parte del giudice (L. KUHLEN, *Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgesetzes*, cit. p. 436).

¹⁵⁴ Così i magistrati R. ESCHELBACH, C. KREHL, *Art. 103 Abs. 2 GG*, cit., p. 86. Di fatto anche Kühlen si muove in tale prospettiva, quando riporta il caso della violenza privata prevista dal § 240 StGB (v. nota precedente).

¹⁵⁵ Oltre agli scritti di Herzberg e di Schünemann citati *supra* nota 40, sul rapporto tra clausola generale e resto della fattispecie, come sulla combinazione di più clausole generali, v. D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2012, in part. 13 ss.

¹⁵⁶ In sintonia con tale visione, v. le proposte di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 26 ss.

¹⁵⁷ Cfr. W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., 201.

¹⁵⁸ Così W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, cit., p. 202, che ritengono il problema inquadrabile dell'obbligo di determinatezza del legislatore e non nel divieto di analogia, che riguarda soltanto l'interprete.

¹⁵⁹ Sul punto, L. GRECO, *Ist der Strafgesetzgeber ad das Analogieverbot gebunden?*, in *GA*, 2012, p. 452 ss., il quale configura un vero e proprio "divieto di analogia" (anche) a carico del legislatore, elaborando

Se però la clausola che introduce l'analogia espressa è preceduta da un'elencazione di ipotesi omogenee, che consenta «l'individuazione di un *genere* sotto il quale ricondurre sia i casi espressamente menzionati, sia quelli evocati con quelle formule», la disposizione può essere mentalmente convertita in una formulazione equivalente, che non lascia all'interprete la libertà di aggirare i limiti testuali della disposizione nel suo complesso¹⁶⁰. In altri termini, qui la facoltà di analogia è solo apparente e quell'elemento si rivela interpretabile secondo canoni consueti.

9. Considerazioni finali

L'analisi dell'ordinamento tedesco dimostra come i nessi teorici tra principio di determinatezza e interpretazione, oggetto della prima parte del presente scritto, possano trovare un risvolto operativo in un giudizio di costituzionalità. In particolare, l'aspetto degno di maggiore considerazione comparatistica è la scelta di affidare alla giurisprudenza costituzionale la sanzione dell'«illecito interpretativo»¹⁶¹ commesso dai giudici ordinari: una soluzione non priva di un certo fascino anche presso la nostra dottrina¹⁶². A ciò si aggiunge l'estensione di tale illecito all'omessa precisazione del contenuto incerto di una disposizione.

Da questo punto di vista, ci sembra che uno sguardo all'ordinamento tedesco riveli la possibilità - propiziata, ovviamente, dalle peculiari modalità di funzionamento del giudizio di costituzionalità¹⁶³ - di elaborare un modello di verifica della determinatezza, autonomo per quanto possibile da interferenze euro-legalitarie¹⁶⁴, che realizzi il passaggio dalla visione ingenua del «diritto come legge applicata dal giudice» alla concezione «del diritto prodotto dal giudice entro i limiti della legge»¹⁶⁵.

un articolato "test" di legittimità delle formulazioni testualmente analogiche.

¹⁶⁰ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 74-75 (con riferimenti alla giurisprudenza costituzionale). Esempio di formulazione legittima, addotto dagli Autori, è l'art. 710 c.p. (abrogato): la dizione «chiunque eserciti il mestiere di fabbro, chiavaiuolo, o *un altro simile mestiere*» equivale a «chiunque eserciti il mestiere di fabbricante o venditore di strumenti atti ad aprire o sforzare serrature».

¹⁶¹ L'espressione ricorre in M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit.

¹⁶² Cfr. M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale*, cit., p. 126; in termini problematici, G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 10-11.

¹⁶³ *Supra* § 6.

¹⁶⁴ In dottrina, in punto di determinatezza, è stata riscontrata l'affinità tra criteri impiegati e risultati conseguiti dalla Corte EDU e dal *Bundesverfassungsgericht*, ma si è anche detto che il *Präziserungsgebot* fissato dalla corte tedesca potrebbe rivelarsi in futuro un parametro più selettivo (S. KADELBACH, *Keine Strafe ohne Gesetz*, in *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, I, Tübingen, 2. Aufl., 2013, p. 856).

¹⁶⁵ La citazione è tratta da M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da*

La corte tedesca pare essersi spinta oltre, quando, seppure in un rapido passaggio, ha messo in guardia dai rischi per la posizione del reo, derivanti dal distacco da un orientamento giurisprudenziale consolidato¹⁶⁶. Oltre ad un obbligo di precisazione, si configura in capo ai giudici anche un “divieto di scostamento” dall’orientamento consolidato (*Abweichungsverbot*)¹⁶⁷. In esso si scorge non solo un profilo di autonomia rispetto agli altri parametri elaborati, ma un fondamento costituzionale distinto: non più (solo) il principio di determinatezza, bensì il divieto di retroattività sfavorevole¹⁶⁸, nel caso specifico, dell’interpretazione che, discostandosi da un orientamento costante, si attinge a “nuovo” diritto.

Anche nell’esperienza tedesca, dunque, la determinatezza della legge approda alla “prevedibilità” oggettiva della decisione¹⁶⁹. Con un noto risvolto problematico: la gestione intertemporale dei mutamenti interpretativi. Benché sinora non risulti che la prassi ne abbia tratto qualche conseguenza, il nuovo orientamento pare aver parzialmente scalfito la convinzione della dottrina maggioritaria circa l’irrelevanza di un mutamento interpretativo *in malam partem* (se non in termini di errore sul divieto), almeno innanzi a disposizioni rispetto alle quali operi l’obbligo di precisazione giudiziale¹⁷⁰.

Beccaria, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, p. 176 (questo l’intero brano: «Dalla crisi della legge si esce solo rovesciando la visione ereditata da Beccaria - il diritto come legge applicata dal giudice - in una visione opposta: il diritto prodotto dal giudice entro i limiti della legge»); uno scritto in cui, tra l’altro, a seguito di una sua “trasfigurazione”, si riconosce apertamente il valore del sillogismo giudiziale ai fini dell’affermazione del principio di legalità in materia penale (*ivi*, p. 172-173).

¹⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.06.2010, cit. Rn 56.

¹⁶⁷ L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip*, cit., p. 63-64.

¹⁶⁸ Cfr. L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, cit., 62; M. BÖSE, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 620-621.

¹⁶⁹ In argomento, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., *passim*.

¹⁷⁰ Cfr. H. SATZGER, § 1, cit., 22, con ulteriori riferimenti. Su questo specifico profilo della decisione sull’*Untreue*, U. NEUMANN, *Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsrechtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot)*, in *FS für W. Beulke*, Heidelberg, 2015, 197 ss.