

TRANELLI DEL LINGUAGGIO E “NULLUM CRIMEN”
IL PROBLEMA DELLE CLAUSOLE GENERALI NEL DIRITTO PENALE

di Donato Castronuovo
(*Ordinario di Diritto penale, Università di Ferrara*)

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Metafore della vaghezza. - 3. Clausole generali e principi di garanzia. - 3.1. Tra determinatezza e colpevolezza. L'accessibilità e la decifrabilità delle norme penali e la calcolabilità delle conseguenze della loro violazione. - 4. Tranelli del linguaggio e difficoltà definitorie. - 5. Decostruzione del concetto: da una inafferrabile definizione agli esempi concreti. - 6. Un tentativo di ricostruzione tipologica. - 7. I custodi del “*nullum crimen*” (tra Roma e Strasburgo). - 8. Rassegna breve (e “a campione”) sui singoli gruppi tipologici. - 8.1. Clausole generali metagiuridiche. - 8.1.1. L'insostenibile indeterminatezza della regola “Taricco” in tema di disapplicazione della disciplina della prescrizione. - 8.2. Clausole generale con rinvio intragiuridico. - 8.2.1. L'inosservanza della prescrizione di “rispettare le leggi” per i soggetti sottoposti a misura di prevenzione personale. Una figura “escheriana” (ovvero: mani che disegnano... mani). - 8.3. Clausole generali analogiche. - 8.3.1. Il disastro innominato come disastro ambientale (o sanitario): un malinteso ruolo salvifico del diritto vivente. - 8.4. Clausole generali di incriminazione suppletiva (riguardanti forme di manifestazione del reato). - 8.4.1. Il “concorso esterno” dinanzi alla Corte europea. - 9. Come nelle mappe (...è questione di scala).

1. Suonano come nitida premessa alle riflessioni che seguiranno le parole di Claudio Luzzati, secondo il quale:

«[i]n ogni settore del diritto la vaghezza delle norme solleva problemi specifici, ignoti negli altri settori»¹.

E come premessa alla specificità del problema della vaghezza delle norme *in criminalibus*, posso agevolmente citare ancora lo stesso filosofo del diritto:

«l'impiego delle clausole generali assurge a ovvio fattore d'incertezza giuridica. È d'altra parte curioso il fatto che gli *standards* siano ampiamente presenti anche in quei settori del diritto, penso soprattutto alle norme penali, in cui è vietata l'analogia e l'interpretazione dovrebbe essere più stretta»².

¹ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990, 369.

² C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto 1999*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino 2000, 130.

Le possibili antinomie tra formule normative vaghe e principio di legalità – assieme, come si vedrà, ad altre articolazioni del *nullum crimen, nulla poena* – spiegano, dunque, le peculiarità che il tema assume sul terreno del diritto penale.

Con il che, appare pienamente giustificata tutta la scottante rilevanza del problema delle clausole generali anche – se non soprattutto – nell’universo penalistico.

Nei paragrafi che seguono si svolgeranno alcune riflessioni sulla questione, anche riprendendo in parte, con significative aggiunte e modifiche, considerazioni già svolte in una precedente occasione³.

2. La definizione di “clausola generale” rimane controversa e per larghi tratti oscura anche nelle riflessioni della dottrina privatistica o in quelle di teoria generale del diritto, ossia in quei contesti in cui la tematica risulta più frequentata e in cui ha ricevuto approfondimenti notevoli⁴.

³ *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli 2013, 477 ss.; e, in lingua tedesca, *Generalklauseln und Strafrecht*, in Th. Vormbaum (Hg.), *Beiträge zur italienischen Strafrechts- und Kriminalpolitik*, Berlin 2015, 109 ss.

⁴ A titolo soltanto esemplificativo degli approfondimenti svolti in contesti teorici comunque esterni al diritto penale, si ricordano: J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933, *passim*; R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*², New Haven 1954, trad. it. *passim: Introduzione alla filosofia del diritto*, Firenze 1963, 86 ss.; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*⁴, Stuttgart 1968, trad. it. *passim: Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970, 165-213; G. TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main 1971, *passim*; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*², Frankfurt am Main 1972, trad. it. *passim: Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli 2010; U. NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano 1982, 343 ss.; F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli 1983, *passim*; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *RCrDPriv* 1984, 539 ss.; Ch. PERELMAN - R. VANDER Elst, eds., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles 1984, *passim*; C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *RCrDPriv* 1986, 21 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCrDPriv* 1986, 5 ss.; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *RDCiv* 1987, I, 1 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *RCrDPriv* 1987, 709 ss.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *PolDir* 1988, 631 ss.; A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *DigDPriv - SezCiv*, II, 1988, 403 ss.; A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *PolDir* 1988, 655 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *RivDComm* 1988, 1 ss.; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L’analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, II, Torino 1989, 311 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit.; ID., *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999, *passim*; ID., *La “normalizzazione” delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *RCrDPriv* 2013, 163 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di interpretazione del contratto*, in *ContrImpr* 1999, 83 ss.; G. ALPA, *Le formule aperte*, in *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, a cura del medesimo, I, Torino 2000, 103 ss.; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino 2003; ID., *Clausola generale*, in *ED - Annali V*, Milano 2012, 183 ss.; M.J. GARCÍA SALGADO, *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*, in *Anuario de Filosofía del Derecho* 2003, 105 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino 2006, *passim*; S. GRUNDMANN, D. MAZEAUD, eds., *General Clauses and Standards in European*

Poiché ci muoviamo in un contesto di *metafore di vaghezza normativa*⁵, il modo più corretto per impostare il problema delle clausole generali nel contesto del diritto penale consiste nel ricondurlo alla sua dimensione costituzionalistica, o, comunque, al loro rapporto con i diritti fondamentali per come estrapolabili (anche) nel contesto sovranazionale, tanto in ambito *euroconvenzionale* (in relazione, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo) quanto in ambiente *europolitano* (nel segno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Le clausole generali, in quanto fattori d'incertezza giuridica, finiscono per introdurre nel testo di legge (o, meglio, nel sistema giuridico), in maniera più o meno inevitabile, un *peculiare coefficiente di vaghezza o indeterminatezza*, quantitativamente maggiore e qualitativamente diverso da quello implicito in ogni enunciato normativo⁶.

Contract Law, The Hague 2006, *passim*; V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics* 2006 (1), 2 ss.; ID., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010; U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *LavDir* 2007, 443 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli 2007, 429 ss.; H. WISSMANN, *Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmässigkeit und offenen Normen*, Tübingen 2008, *passim*; M. SCHMIDT, *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*, Berlin 2009; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *RivNot* 2010, 303 ss.; ID., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano 2016, *passim*; F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *RCrDPriv* 2011, 379 ss.; M. LIBERTINI, *Recensione a: V. Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica (Milano, 2010)*, in *RISienzeGiur* 2010, 377; ID., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *RCrDPriv* 2011, 345 ss.; i contributi di P. RESCIGNO, D. CARUSI, P. CHIASSONI, S. MAZZAMUTO, F. ROSELLI, G. D'AMICO, F. ASTONE, V. CUFFARO, E. MOSCATI E V. VELLUZZI raccolti in *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di P. Rescigno, in *GI* 2011, 1689 ss.; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *GI* 2012, 1197 ss.; F. Pedrini, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *QuadCost* 2012 (2), 285 ss.; ID., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, *passim*; ID., *Clausole generali e principi costituzionali*, in *Forum di QuadCost - Rassegna* 2015; F. FORCELLINI - A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *EuropaDPriv* 2013, 395 ss.; L. VESPIGNANI, *La ragionevolezza nelle clausole generali. Alcune note a margine di una recente monografia*, in *Lo Stato* 2014, 275 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, *passim*; i contributi di G. D'AMICO, F. DI MARZIO, P. GROSSI, C. LUZZATI, F. MACARIO, S. PAGLIANTINI, S. PATTI, L. ROVELLI ED E. SCODITTI raccolti in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano 2017, *passim*. Si può anche ricordare, sul piano più generale, la "curva schmittiana", che, nel giro di un trentennio, va dall'abbandono della *fattispecie* in favore delle clausole generali alla successiva denuncia della *tirannia dei valori*: C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, trad. it.: *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino 2002, *passim*; ID., *Die Tyrannei der Werte*, 1967, trad. it.: *La tirannia dei valori*, Milano 2008, *passim*. Su questa parabola del pensiero di Carl Schmitt, v., ora, peraltro, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 8 s.

⁵ Cfr. ancora una volta C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, cit., 117 ss.

⁶ Sulla indeterminatezza quale caratteristica di tutte le norme giuridiche, sebbene in grado diverso, si può sempre fare riferimento a trattazioni classiche: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1961, trad. it.: *Il concetto di diritto*, nuova ed., Torino 2002, 146 ss.; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960, trad. it.: *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, 120. Per una riconsiderazione del *topos* dell'indeterminatezza, anche in analogia con l'indeterminazione delle scienze "esatte" e in particolare della fisica, si veda R.

Un problema, dunque, di *certezza del diritto* che si declina in termini di linguaggio giuridico e tecnica legislativa, quindi di interpretazione e applicazione del diritto (penale).

E' stato osservato che la discussione in materia di vaghezza normativa stenta a uscire da un terreno prevalentemente metaforico, ove taluni si servono dell'immagine della *penombra*, mentre altri preferiscono riferirsi a figure quali la *Porosität der Begriffe* o la *open texture*; altri ancora utilizzano i vocaboli *fuzzy* e *fuzziness*, oppure preferiscono mettere l'accento sulla *fluidità* e sulla *variabilità*⁷.

Non si può escludere che la propensione a metaforizzare le forme della vaghezza normativa – e, per quanto qui maggiormente interessa, le clausole generali – dipenda anche, in qualche maniera, dalla difficoltà di darne una definizione. Pertanto, nel corso di queste riflessioni capiterà di fare ricorso a quelle appena ricordate e a ulteriori metafore.

Tanto per cominciare, si noterà come, riprendendo una efficace analogia, l'effetto di questi enunciati normativi sull'interpretazione sia di tipo *entropico*: intendendo l'entropia, in un'accezione molto generale, quale misura del disordine e dell'indifferenziazione di un sistema, si può ritenere che, all'esito dell'attività interpretativa, nella norma che ne costituisce il prodotto, le "informazioni originarie" vadano perse e risultino in essa confuse⁸. Un fenomeno che qui si assume come

BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano 2013, 27 ss. (il paragrafo 3 è significativamente intitolato «Indeterminazione giuridica – e allora?»). Sul «carattere del tutto diverso», però, dei *legal standards*, rispetto ad altri concetti giuridici, sul piano della «individualizzazione del giudizio», cfr., R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law* (trad. it.), cit., 86 ss. Sulla differenza non solo quantitativa bensì anche qualitativa delle clausole generali rispetto ad altri fenomeni di indeterminatezza o vaghezza normativa, si vedano, da ultimo, V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 29 ss., 39 ss.; E. FABIANI, *Clausola generale*, cit., 187. Che l'effetto delle clausole generali – per via della "delega" al giudice (all'interprete) mediante quella sorta di *biancosegno*, bisognoso di integrazione valutativa, in cui le stese consistono – sia apprezzabile in termini di una «discrezionalità comunque diversa e maggiore di quella ordinaria», che riguarda tutti i sintagmi ed enunciati normativi, è espresso con efficacia da A. GENTILI, *Prefazione a: VELLUZZI, Le clausole generali*, cit., XVII, là dove, riprendendo la consueta immagine della "zona chiara" e della "zona grigia" degli enunciati normativi, l'A. conclude: «gli indeterminati sintagmi con cui i legislatori formulano clausole generali mancano per definizione [della] zona chiara. [...] Sicché l'interprete della clausola generale naviga senza bussola in un mare aperto a molte rotte».

⁷ C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, cit., 118 s. L'Autore avverte: «non contano tanto le immagini prescelte quanto le costruzioni logiche sottostanti, sicché accade sovente che metafore diversissime finiscano in ultima analisi con l'applicarsi alla medesima spiegazione della vaghezza».

⁸ In generale, sulla natura entropica dell'interpretazione, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, cit., 61 ss. ID., *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34, 2013, 215 ss., in part. 219 s.: «La realtà è che l'interpretazione è un processo entropico, che si svolge nella mente dell'interprete, e di cui solo allusivamente e in modo del tutto incompleto possiamo descrivere l'*input* e relazionarlo all'*output*. [...] Le informazioni originali (l'*input*) e il loro ordine (per es., la gerarchia) sono perse per sempre: il processo non può essere invertito, per cui l'*output* (la motivazione della sentenza) non corrisponde affatto alle premesse e non descrive l'interezza delle operazioni effettuate [...] Interpretare crea disordine».

quali/quantitativamente diverso e maggiore proprio quando il dato testuale di partenza contenga clausole generali: ossia, aperture intenzionali del testo verso significati extra- o iper-testuali, preventivamente non definibili e quindi indeterminati⁹.

Se le clausole generali sono porte entropiche, produttive di (ulteriore) disordine e incertezza, allora le stesse coinvolgono un fascio di questioni da ricondurre, nel discorso penalistico, anzitutto alla attuazione “reale” del *principio di legalità*, con particolare riferimento al canone di sufficiente determinatezza o di tassatività; in secondo luogo, all’attuazione del carattere della *frammentarietà* del diritto penale¹⁰, nonché dei principi di *uguaglianza*, di *proporzione*, di *ultima ratio*, di *offensività* e, infine, di *personalità della responsabilità penale*¹¹.

Il tutto in considerazione, come ancora vedremo, della tendenziale perdita di “selettività” – quale contrassegno funzionale del *Tatbestand* – che la presenza di clausole generali è in grado di provocare nei confronti della fattispecie penale; nonché in considerazione, più in generale, degli effetti negativi di tali formule normative vaghe sulla decifrabilità *ex ante* delle conseguenze penali collegabili a dati comportamenti.

3. In pratica, quasi ogni aspetto del *nullum crimen*, tanto formale quanto sostanziale, è potenzialmente esposto alla carica di incertezza normativa di cui sono portatrici le clausole generali, in quanto formule vaghe, criteri di giudizio metaforici.

Si fa qui riferimento, quindi, a una nozione ampia di *nullum crimen*, come formula di sintesi che compendia tutti i principi costituzionali di garanzia in materia penale: quelli formali, riguardanti le fonti, la loro accessibilità e le regole circa le modalità di applicazione, condensati nella formula del *nullum crimen, nulla poena sine lege (scripta, certa, stricta et praevia)*; quelli sostanziali, riguardanti il modello di reato, quindi *nullum crimen, nulla poena sine actione, sine iniuria, sine culpa* (materialità, offensività, personalità/colpevolezza). Peraltro, come vedremo, anche (i principi riguardanti) gli scopi della pena non sono estranei – nei loro collegamenti necessari con i principi relativi alle fonti e al modello di reato – al problema qui studiato.

⁹ Cfr. R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, cit., 220. L’A. qualifica le clausole generali, assieme ad altri concetti analoghi (concetti indeterminati, *wertausfüllungsbedürftige Begriffe*) e agli stessi principi costituzionali, come «porte entropiche»: «Nell’ordinamento giuridico ci sono (sempre state) ‘porte entropiche’ attraversando le quali il sistema legislativo invita esplicitamente a importare dal suo esterno contenuti indispensabili all’applicazione della legge».

¹⁰ Per uno studio raffinato sulla frammentarietà, con esame delle cause della “riduzione” di tale carattere del diritto penale, v. ora TH. VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW* 2011, 660 ss.; anche in trad. it. (di M. DONINI): *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *DPenCont* 2015, 51 ss.

¹¹ Sui rapporti di “tensione” tra clausole generali e principi costituzionali, con riferimento alle forme di manifestazione del reato che producono un’estensione dell’incriminazione (artt. 40 co. 2, 56 e 110 Cp), si rinvia alla ricostruzione di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano 2001, 41 ss.

Partendo comunque dall'aspetto fondamentale riguardante il *nullum crimen sine lege certa et stricta*, e rievocando le funzioni solitamente assegnate al principio di determinatezza/tassatività come categoria di derivazione illuministica, si può osservare che l'utilizzo da parte del legislatore penale di clausole generali coinvolge, per un verso, i *rapporti tra poteri dello Stato* (principalmente, il legislatore e il giudice); per altro verso, i *rapporti tra persona e autorità* (in particolare, con riferimento alle garanzie compendiate dall'esigenza di "certezza del diritto")¹².

Poiché, in fondo, le clausole generali consistono in un *rinvio (intenzionale) all'interprete* – al quale è "delegato"¹³ da parte del legislatore il compito di una loro *disambiguazione* in funzione di parametri variabili e (più di frequente) metagiuridici – esse sono in grado di incidere non soltanto sulle dinamiche della *separazione dei poteri* dello Stato; bensì, in definitiva, anche sugli aspetti *comunicativi, cognitivi o relazionali* della dialettica autorità/persona, almeno per quei tratti che si esprimono mediante la posizione di norme giuridiche, tanto più se provviste di sanzioni penali.

3.1. Quest'ultimo punto, relativo ai rapporti tra *autorità-che-pone-la-norma-penale* e *persona-destinataria*, merita qualche breve precisazione.

Non potendo qui approfondire la vecchia questione dei *destinatari delle norme (penali)*, assumo che i destinatari delle stesse siano, benché in modo diseguale, tanto i singoli "consociati" (e, in ogni caso, le persone); quanto gli "interpreti e 'applicatori' istituzionali" che compongono l'apparato della giustizia repressiva (e, tra questi, principalmente, il giudice, ma anche il pubblico ministero, la polizia giudiziaria, etc.).

Le *rationes* garantistiche del principio di determinatezza/tassatività includono (tengono conto di) questo "doppio registro" del messaggio del legislatore penale, che è rivolto agli interpreti istituzionali dell'apparato repressivo, nell'intento di ridurre la discrezionalità e di impedirne l'arbitrio; e, insieme, alle singole persone, nell'intento di garantire loro un perimetro di libertà d'azione in funzione della conoscibilità dei precetti e della calcolabilità delle conseguenze collegate alla loro violazione.

La duplicità di scopi del principio di determinatezza è ribadita da ultimo dalla Corte costituzionale¹⁴ in un'ordinanza notissima, che prende origine dall'altrettanto nota e discussa sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁵.

¹² Cfr., ma con riferimento più generale alla determinatezza/tassatività, S. MOCCIA *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 17 ss.

¹³ Di un giudizio «libero da fattispecie» in presenza di clausole generali e di «atto di delega al giudice» parla, per es., J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (trad. it), cit., 55 s.; cfr., tra gli altri, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 13 e passim.

¹⁴ C. cost., ord. 24/2017.

¹⁵ C.G.U.E, 8.9.2015, causa C-105/14, sulla quale, tra la messe inusitata, e forse tutto sommato esagerata, di reazioni e, quindi, di contributi che ha suscitato, si rinvia al recentissimo volume curato da A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, passim; nonché a C. PAONESSA, L. ZILETTI, a cura di, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore*

Così la Consulta in *Taricco*: «[...] questa Corte è chiamata dai giudici rimettenti a valutare, tra l'altro, se la regola tratta dalla sentenza resa in causa *Taricco* soddisfi il *requisito della determinatezza*, che per la Costituzione deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale. Queste ultime devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di *consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale*, sia allo scopo di *impedire l'arbitrio applicativo del giudice*»¹⁶.

Limitiamo qui il discorso, per ora, alla *persona* come destinataria di precetti – e, più in generale, norme – penali materiali (o sostanziali): ossia, quelle che stabiliscono quali fatti punire, di quali soggetti, con quali pene, e che riguardano, inoltre, la punibilità (es., limiti spaziali e temporali, quindi cause estintive, ma anche condizioni di punibilità, etc.).

Come noto, le *teorie preventive (o strumentali o relative) della pena* – tanto nel senso della prevenzione generale negativa e positiva quanto in quello della prevenzione speciale positiva – postulano qualcosa di tanto indimostrato, quanto (maledettamente) necessario alla giustificazione del potere punitivo: ovvero, proprio l'evocato *processo comunicativo* tra posizione statuaria delle norme penali e destinatari dei precetti.

Un fin troppo facile esempio “dimostrativo” del nesso tra (a) aspetti “cognitivi” (argomentati alla luce della conoscibilità del precetto e della scusabilità dell'*ignorantia legis* inevitabile), (b) determinatezza (motivante) del “messaggio” normativo e (c) funzioni preventive della pena (in particolare lo scopo rieducativo) è rinvenibile, ovviamente, nella storica sentenza della Consulta sull'art. 5 Cp¹⁷. In senso analogo, successivamente, la pronuncia della stessa Corte sull'*error aetatis* nei delitti sessuali¹⁸, che, nonostante il dispositivo di inammissibilità (sorprendente, attesa la motivazione), ribadisce e specifica che il principio di colpevolezza, assieme a quello di legalità, è garanzia di «libere scelte d'azione sulla base di una valutazione anticipata (“calcolabilità”) delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; “calcolabilità” che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili». Riconoscendo,

delle garanzie. *I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa 2016, *passim*.

¹⁶ Corsivi aggiunti. L'ordinanza si può leggere, per es., in www.penalecontemporaneo.it, 30.1.2017, con nota di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*; oppure sul portale *Diritto Penale Economia Impresa* (www.dpei.it), con nota di L. BIN, *La risposta della Corte Costituzionale alla sentenza Taricco*. Tra i contributi a commento dell'ordinanza già disponibili si rinvia a V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*. *Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.2.2017; M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in www.penalecontemporaneo.it, 24.2.2017.

¹⁷ C. cost., sent. 364/1988.

¹⁸ C. cost., sent. 322/2007, § 2.3 del *Considerato in diritto*.

infine, che «il principio di colpevolezza ha ruolo “fondante” rispetto alla funzione rieducativa della pena»¹⁹.

In una certa misura – secondo la lezione della nostra Corte costituzionale – si tratta di un *flusso comunicativo bidirezionale*, anche se solo nel senso che ai doveri di comunicazione del legislatore corrispondono doveri “strumentali” di natura cognitiva incombenti sui c.d. destinatari dei precetti penali (qui intesi, sia ribadito, come persone soggette alle norme)²⁰; e, comunque, un *processo comunicativo cooperativo*, nel senso che al destinatario dei precetti è richiesto un compito di “decodificazione” che permetta di decifrare le disposizioni e reperirne il significato²¹.

Oltre che in questa maniera più “classica”, l’interferenza delle clausole generali con i principi di determinatezza e colpevolezza può essere argomentata con lessico più nuovo, sviluppatosi dapprima nell’uso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e poi entrato nell’uso “comune”: ovverosia, in termini di “prevedibilità della norma” ottenuta alla luce dell’interpretazione del testo, o in termini di “prevedibilità della decisione giudiziale” (o dell’esito giudiziario, o della soluzione giudiziale, o, ancora, del diritto, secondo le varianti terminologiche più diffuse)²².

¹⁹ Più in generale, sul tema dei rapporti tra colpevolezza (determinatezza) e prevenzione, per tutti: M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*⁴, I, Torino 2012, 436 ss.; M. DONINI - L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, *ibidem*, 294 ss. (con i riferimenti necessari).

²⁰ Sulla natura biunivoca degli “obblighi informativi”, e sul loro fondamento nell’ideologia contrattualistica e nel principio solidaristico, cfr. C. cost., sent. 364/1988, §§ 17 e 18 del *Considerato in diritto*: per un verso, «[...] le garanzie di cui agli artt. 73, terzo co. e 25, secondo co., Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali». Per altro verso, «incombono sul privato, preliminarmente, strumentali, specifici doveri d’informazione e conoscenza: ed è a causa del non adempimento di tali doveri che è costituzionalmente consentito chiamare a rispondere anche chi ignora la legge penale. Gli indicati doveri d’informazione, di conoscenza ecc. costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale, di cui all’art. 2 Cost.». Insomma, ancora con le parole della (giustamente) celebre pronuncia: «discende dall’ideologia contrattualistica l’assunzione da parte dello Stato dell’obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato ma da tale ideologia discende anche la richiesta, in contropartita, che i singoli s’informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima d’agire».

²¹ C. cost., sent. 364/1988, § 18 del *Considerato in diritto*: «Il passaggio dall’oggettiva possibilità di conoscenza delle leggi penali, assicurata dallo Stato all’effettiva, concreta conoscenza delle leggi stesse avviene attraverso la “mediazione”, ovviamente insostituibile, dell’attività conoscitiva dei singoli soggetti».

²² Ci si riferisce in particolare alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, maturata alla luce dell’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Su questa giurisprudenza, v., per es.: A. BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova 2001, 249 ss.; V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano 2011, 1 ss., in part. 27 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, *ibidem*, 69 ss.; V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova 2012, 274 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche*

Si tratta di una prospettiva (almeno in parte) nuova del *nullum crimen*, che, se da un lato fa emergere la dimensione sovranazionale delle garanzie, dall'altro sembra "sdoganare" (in un certo senso anche in termini letterali) in maniera ancora più evidente la natura sempre più "giurisprudenziale" del diritto penale. Si rinvengono qui, in termini di "europeizzazione" e "giurisprudenzializzazione", le trasformazioni più rimarchevoli del diritto penale contemporaneo, capaci di incidere sulla stessa struttura genetica del sistema²³.

continentali ed ermeneutica europea, Milano 2012, 138 ss.; F. MAZZACUVA, *Art. 7. Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino 2016, 236 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.12.2016. Per gli sviluppi più recenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si rinvia, in part., a C. eur. GC, 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in part. § 77 ss.; C. eur., 14.4.2015, *Contrada c. Italia*. Quest'ultima sentenza ha generato, come noto, un vivace dibattito interno. Cfr., per es.: S. BERNARDI, *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 26.1.2017; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *CP* 2016, 12; ID., *Il concorso esterno in bilico tra pretese garantistiche e ricerca di un percorso razionale*, in www.la legislazione penale.eu, 20.2.2017; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale (A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)*, in *DPenCont* 2015 (2), 11 ss., in part. 16 ss.; 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 *RIDPP* 2016, 346 ss.; ID., *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.1.2017; A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 2.10.2015; S.E. GIORDANO, *Il concorso esterno al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in www.archiviopenale.it, 2015, 2; M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *CP* 2015, 4611 ss.; G. LEO, *Concorso esterno nei reati associativi. Voce per il Libro dell'anno Treccani 2017*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.1.2017; V. MAIELLO, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 1019 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.10.2016; G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.7.2015; S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...imprevedibile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, in www.la legislazione penale.eu, 7.1.2016; F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 1066 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *DPenCont* 2015 (2), 52; F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in www.penalecontemporaneo.it, 26.4.2016.

²³ Per una rimediazione recente e per i riferimenti necessari, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPenCont* 2016 (3), 13 ss. Rispetto al "diritto penale giurisprudenziale" in generale (e alla "dimensione sovranazionale del *nullum crimen*" in particolare), si argomenta, di solito, in termini di "crisi della legalità penale", benché con atteggiamenti di segno anche molto diverso nel panorama dottrinale, che vede difese appassionate del principio di legalità (interna) e tentativi di lettura integrata, antiformalistica o appunto sovranazionale dello stesso: cfr., per es., i contributi raccolti in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, a cura di, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli 2016, *passim*; nonché, tra i tanti possibili riferimenti ulteriori, e limitandosi solo ad alcuni contributi pubblicati a partire dal 2010, con

In sostanza, in questa prospettiva, l'accento cade sulla qualità del testo normativo riguardata alla luce della possibilità per il consociato di riconoscere *ex ante*, quindi prima di tenere un dato comportamento, che esso sarà considerato penalmente rilevante e che allo stesso saranno ricollegate conseguenze sanzionatorie pure prevedibili.

Ne deriva una conseguenza quasi banale: che la valenza comunicativa assegnabile alle norme e alla quale si è fatto riferimento poc'anzi riguarda non solo (o non tanto) quelle scritte nei codici e nelle leggi, ma anche (o soprattutto) quelle ottenute a mezzo dell'opera di interpretazione e applicazione ai casi²⁴.

Prescindo qui da ulteriori considerazioni sulla complicata tematica della calcolabilità/prevedibilità/conoscibilità²⁵ e mi limito a rimarcare soltanto, in via

accenti, impostazioni e svolgimenti anche molto diversi: C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano 2010; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 43 ss., 63 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 13 ss.; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011, *passim*; ID., *Legalità*, in *ED. Annali VI*, Milano 2013, 410 ss., 414 ss.; ID., *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.11.2016; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, *passim*; C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma 2012, *passim*; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, cit.; ID., *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.6.2016; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *RIDPP* 2014, 1109 ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *RIDPP* 2015, 29 ss.; ID., *Paradossi della legalità*, cit., 46 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *DPenCont* 2013 (1), 159 ss.; EAD., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., 11 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*², Torino 2014, *passim*; C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, in *Criminalia* 2015, 2016, 417 ss.; S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 2; F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 29.1.2016; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *DPenCont* 2016 (3), 4 ss.

²⁴ Sulla «valenza comunicativa nei confronti della generalità dei consociati (e degli operatori del diritto in specie)» assegnabile a «ogni sentenza», cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 30 ss., il quale addirittura desume dal canone della prevedibilità (fondato su basi costituzionali ed euroconvenzionali) un vero e proprio dovere tendenziale, già *de lege lata*, per il giudice penale (di merito e di legittimità) di attenersi al precedente della Cassazione («il carattere *tendenziale* dell'obbligo», aggiunge l'Autore, «allude, semplicemente, alla sua *derogabilità* nel caso concreto nel quadro di un suo bilanciamento con il principio di soggezione del giudice 'soltanto' alla legge, anch'esso dotato di copertura costituzionale»).

²⁵ Più in generale, e con riferimento all'attuale crisi della fattispecie e della nozione weberiana di calcolabilità (M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, *passim*), N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 19 ss., 34 ss., 39 ss. Per approfondimenti recenti nell'ambito penalistico si rinvia ai contributi citati alle note che precedono, e in particolare a F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., *passim*. Si vedano anche O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel*, cit., *passim* e in part. 16 ss.; e M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 28 ss. Per un'applicazione specifica sul terreno della colpa, E. GRECO, *Eterointegrazione*

descrittiva, due possibili alternative ai fini del discorso qui svolto sulle clausole generali.

La *prevedibilità* (in tutte le sue gradazioni, fino all'opposto dell'imprevedibilità) in relazione a una regola vaga o indeterminata in quanto formulata a mezzo di una clausola generale, può riferirsi, in via ordinaria e tradizionale:

i) alle regole ricavabili da un testo di legge che contiene una clausola generale; ma anche, oramai:

ii) a una "regola giurisprudenziale" che sia essa stessa una clausola generale (o comunque, in un senso meno impegnativo sul piano definitorio, una regola giurisprudenziale vaga o indeterminata), specialmente (benché non solamente) quando questa abbia la forza, a seconda dei casi vincolante o meno, di *precedent*, di massima, di *regula iuris* formulati da una corte suprema interna o da una corte sovranazionale.

Si tratta, nella seconda ipotesi, quella cioè di una clausola generale contenuta in una regola di diritto formulata in una sentenza, di una prospettiva meno indagata, o quasi per nulla indagata sul versante penale, per lo meno in termini di determinatezza/prevedibilità²⁶.

cautelare e successione di leggi nelle cadenze strutturali dell'illecito colposo. In particolare: il microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali delineato dal «decreto palchi», in DPenCont 2016 (3), 126 ss.

²⁶ Fa eccezione F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 26 ss.: «In quest'ottica, il canone di precisione della 'norma' penale – dedotto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina penalistica dall'art. 25 co. 2 Cost. – assume la veste non già di criterio di valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative, bensì di *criterio di valutazione della stessa attività di produzione normativa* svolta dalla giurisprudenza nella sua attività di interpretazione delle disposizioni legislative: le *regulae iuris* enucleate dalla giurisprudenza – e dunque le *rationes decidendi* che costituiscono, esplicitamente o implicitamente, le premesse maggiori dei sillogismi che conducono alla decisione nel caso concreto – devono esse stesse conformarsi al requisito della precisione, che è condizione indispensabile perché quelle stesse regole (una volta divenute 'diritto vivente', a seguito del loro avallo da parte della giurisprudenza di legittimità) possano orientare in maniera sicura, e dunque prevedibile, la futura attività giurisdizionale. [...] L'esigenza di chiarezza e precisione delle *regulae iuris* elaborate dalla giurisprudenza come premesse maggiori del sillogismo giudiziale vale, naturalmente, in massimo grado per la *giurisprudenza di legittimità*, alla quale spetta il compito di assicurare l'uniforme applicazione della legge penale nell'intero ordinamento: un compito che è destinato però a non poter essere assolto, nell'ipotesi in cui il principio di diritto cui i giudici di merito dovrebbero auspicabilmente attenersi sia formulato in termini vaghi e imprecisi. Molti sono, però, gli esempi che potrebbero addursi, anche recenti, di *fallimento* della funzione nomofilattica imputabili proprio all'insufficiente precisione del principio di diritto enunciato dalla Cassazione – a volte anche nella sua più autorevole composizione a sezioni unite – che lascia di fatto senza guida i giudici successivi» (corsivi originali). I passi riportati sono alle pagine 27 e 28. Quali esempi di regole di diritto indeterminate emanate dalle Sezioni unite F. VIGANÒ (*ibidem*, 28 e 29) indica la "quantificazione del profitto confiscabile" (Cass. S.U. 27.3.2008, n. 26654, Impregilo) e la "distinzione tra corruzione e induzione indebita" (Cass. S.U. 24.10.2013, n. 12228, Maldera). Un esempio ancora più "altisonante", di *regula iuris* formulata dai giudici utilizzando in fin dei conti una clausola generale metagiuridica (a contenuto quantitativo indefinito: "in un numero considerevole di casi") si può identificare nella c.d. "regola Taricco" (C.G.U.E, 8.9.2015, in causa C-105/14). Sulla regola Taricco si tornerà nel proseguo (§ 8.1.1).

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X

Quale che sia la maniera di argomentare, secondo un lessico più o meno classico, quindi intendendo il *nullum crimen* su basi costituzionali interne oppure come nozione integrata su basi convenzionali e sovranazionali²⁷, si tratta pur sempre della chiarezza del messaggio normativo e della sua accessibilità/decifrabilità da parte del destinatario (oltre che, su un piano diverso, come visto, della limitazione dell'arbitrio giudiziale).

Su questo flusso comunicativo – come detto, addirittura fondante sul piano della giustificazione stessa del *ius puniendi* – possono incidere in senso distorsivo o interruttivo, assieme ad altri fattori, *norme penali* (disposizioni di legge/regole di diritto di sentenze) incentrate su elementi vaghi e indeterminati come le clausole generali.

4. Facendo ricorso a un'ulteriore metafora²⁸, le clausole generali, in quanto *formulazioni linguistiche ellittiche e bisognose di concretizzazione valutativa*, in funzione della loro vaghezza, sembrano assimilabili a “tranelli del linguaggio”: quei «*tranelli che il linguaggio – in questo caso il linguaggio giuridico – dissemina sulla strada del pensiero*», e che il giurista (come il logico) avrebbe il compito di «*mettere a nudo*»²⁹.

²⁷ Si prescinde qui – dandole un po' per scontate per ragioni di spazio – dalle differenze, in termini di *rationes* e di contenuti del *nullum crimen sine lege*, nel passaggio dalla nozione costituzionale interna a quella sovranazionale (art. 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), sulle quali, per tutti e da ultimo: F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 5 ss., 10 ss.; in relazione alla dimensione interna e sovranazionale (anche) del *nullum crimen sine culpa*, si veda, per es.: D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *RIDPP* 2012, 1231 ss.; ID., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 46 ss. (e 52 ss. sul lessico della “legalità CEDU”: il chiaro Autore lamenta la confusione di piani concettuali, tra riserva di legge e principio di colpevolezza); più di recente, E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza nel dialogo tra le Corti*, in *IP* 2017, 355 ss.

²⁸ Già evocata nel lavoro pubblicato in *Scritti Stile*, cit., 479 e qui scelta come intitolazione del contributo.

²⁹ La frase – attribuita a uno dei padri della logica moderna: GOTTLÖB FREGE – è riportata, per es., in I.M. COPI - C. COHEN, *Introduction to the Logic*, trad. it.: *Introduzione alla logica*³, Bologna 2008, 98. Il riferimento va a quel filone della logica e poi della filosofia analitica che, almeno a partire dalla critica ai limiti del *linguaggio naturale* operata da Frege, auspica la costruzione di un *linguaggio formale*, privo di *elementi intuitivi* e adeguato alle esigenze di rigore proprie del discorso matematico. Ricondotto nella prospettiva del linguaggio giuridico, il parallelo (lungi dal voler riproporre concezioni rigidamente – ma anche ingenuamente – “meccanicistiche” dell'applicazione del diritto [sulle quali cfr., per es., L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1996, 99 s.; nonché R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, cit., 75 ss., in part. 81; M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 80 ss.; più in generale, sui profili teorici dell'interpretazione in diritto penale, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, *passim*]), si limita, qui, all'osservazione della possibilità che le clausole generali siano elementi che, introducendo non poche volte elementi “intuitivi” o “soggettivi” (quindi, in questo senso “valutativi”), possano rappresentare un “tranello” nell'attività ricostruttiva dell'interprete, a causa della loro accentuata vaghezza.

Tranelli difficili da “svelare”, poiché, come anticipato, le prime difficoltà sorgono già al momento *definitorio*.

Se il carattere di “flessibilità” (e, per il legislatore, di *intenzionale indeterminazione*) solitamente assegnato alle clausole generali è capace di produrre una peculiare “vaghezza normativa”, i problemi di definizione del concetto presentano una sorta di *meta-vaghezza*, o vaghezza della vaghezza, poiché, a mostrarsi malcerti sono già i contorni della categoria deputata a produrre elasticità di giudizio³⁰.

Gli esempi e l’approfondimento concettuale della categoria sono più facilmente riconoscibili nel contesto privatistico, dove sono affatto tradizionali (benché circondate da controversie), tra le altre, le clausole di *correttezza, buona fede, equità, diligenza del buon padre di famiglia, normale diligenza, diligenza ordinaria, colpa grave, ingiustizia del danno, ordine pubblico, buon costume, normale tollerabilità, a regola d’arte, gravi motivi, giusta causa*, etc.³¹.

Nondimeno, la presenza di clausole generali non è estranea al diritto penale positivo, né, la loro tematizzazione, al *logos* della scienza giuridico-penale³².

³⁰ Sull’ambiguità del termine “clausole generali” (o di altri analoghi, come quello di “*legal standard*”), cfr., per tutti, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 302 ss., che preferisce parlare di “ipotesi di vaghezza socialmente tipica o da rinvio”.

³¹ Un catalogo di espressioni giuridiche vaghe, ricchissimo e trasversale alle discipline giuridiche, in C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 299 ss.

³² Sulla categoria delle “clausole generali” in diritto penale, e sulle problematiche collegate all’impiego di elementi “ambigui” o “vaghi” (scontando una certa variabilità terminologica e senza pretesa di completezza), si rinvia, per la letteratura di lingua tedesca, ai contributi di: W. CLASS, *Generalklauseln im Strafrecht*, in *FS E. Schmidt*, Göttingen 1961, 122 ss.; T. Lenckner, *Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz “nullum crimen sine lege”*, in *JuS* 1968, 249 ss.; W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen 1973, *passim*; B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin, New York 1978, 6 ss.; H.H. JESCHECK, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. AT⁵*, Berlin 1996, 129 s.; W. HASSEMER, W. KARGL, § 1, in *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch²*, Baden-Baden 2005, n.m. 17 ss.; A. ESER, § 1, in A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar²⁷*, München 2007, n.m. 18 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. AT, I⁴*, München 2006, 172 ss.; K. TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell’economia – sull’esempio della slealtà nel diritto penale della concorrenza*, in *RTrimDPenEc* 2011, 1 ss. Da noi, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, I, Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, 33 ss., 157 ss. (che si esprime soprattutto in termini di “concetti giuridici indeterminati”, ovvero *unbestimmte Rechtsbegriffe*); F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, 421 ss. (“elementi valutativi”); G. CONTENUTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come “principi di codificazione”*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, 109 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale³*, Milano 2001, 123 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale, I*, Torino 2004, 225 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, 82 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale⁶*, Torino 2015, 146-148 (“concetti normativi culturali” o “di valutazione culturale”), 321-323, in relazione a 148 (“clausole generali di rinvio al sapere tecnico e scientifico”); S. BONINI, *L’elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli 2016, *passim*, e, in part., sui rapporti tra elementi normativi e determinatezza, 253 ss. In ambiti più specifici, in relazione alle “clausole generali di incriminazione suppletiva” degli artt. 40 co.2, 56 e 110 Cp, si veda L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., *passim*; un’attenta riconsiderazione delle

Nel discorso penalistico, la categoria non è sempre utilizzata; e, comunque, come accade del resto anche negli altri contesti della scienza giuridica, non è utilizzata in maniera terminologicamente univoca³³.

Quando la si utilizza, o quando si impiegano termini analoghi, si fa solitamente riferimento ad essi per indicare un *problema di tecnica normativa (oltre che di politica del diritto)*³⁴: spesso richiamandosi alla distinzione tra “clausole generali”, come espressione del metodo di normazione sintetica, e “norme casistiche”, come espressione, viceversa, del metodo di normazione descrittivo-analitica (*kasuistische Gesetzgebung*)³⁵; e ravvisando nelle formule proprie delle clausole generali (o di fenomeni analoghi) una «esigenza di più ampia mediazione del giudice per la loro applicazione»³⁶; paventando eventualmente, in funzione della loro indeterminatezza, un pericolo per la certezza del diritto («*eine Gefahr für die Rechtssicherheit*») ³⁷.

La collocazione delle clausole generali, *in criminalibus*, è ritenuta non indifferente: si tende ad assegnare alle stesse «una valenza tutt'affatto diversa, a seconda che siano utilizzate nella “parte generale” oppure nella “parte speciale” del

clausole generali come tendenza della moderna legislazione, in relazione all'art. 113 Cp (cooperazione colposa) e con riferimenti a Luhmann, Teubner e al costruttivismo, si rinviene in L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 544 ss.; in relazione alla colpa, quale macro-elemento normativo e clausola generale delle fattispecie colpose, descritte quali “fattispecie aperte”, si permetta di rinviare a D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009, 162 ss., 215 ss., 279 ss.; ID., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, RIDPP 2011, 1616 ss. Nella filosofia del diritto (penale), sul rapporto tra verificabilità/falsificabilità e termini vaghi (o indeterminati) valutativi, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 94 ss.

³³ Sull'oscurità e variabilità del lessico anche sul versante civilistico (o della teoria del diritto) – oltre alle osservazioni e ai riferimenti di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 302 ss., il quale lamenta come la maggioranza degli autori resti prigioniera di questa ambiguità (305, nt. 3) – v., per es., di recente: C. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, cit., 2 ss.; ID., *Le clausole generali*, cit., 1 ss., in part. 7 ss. (nella manualistica), 11 ss. (nei saggi), 23 ss. (nella giurisprudenza); E. FABIANI, *Clausola generale*, cit., 187 ss.; F. FORCELLINI - A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, cit., 404 ss.

³⁴ Sulla rilevanza anche in termini di “politica legislativa”, cfr., per es.: D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 224 ss., in part. 226 (ma con riferimento, dal punto di vista terminologico, agli “elementi normativi” della fattispecie penale); F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 353 ss. (con riferimento agli “elementi valutativi”: «Per quanto riguarda le ragioni, non solo di tecnica ma [...] anche di politica legislativa, per le quali il legislatore talvolta fa ricorso agli elementi valutativi, esse sono solitamente individuate nella duplice esigenza di semplificazione della legislazione e del suo costante adeguamento alla realtà»). Su questo aspetto, con specifico riferimento terminologico alle clausole generali, sul piano della filosofia del diritto, si veda, sin dal sottotitolo, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., *passim*.

³⁵ Su tale carattere distintivo insisteva, per es., K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken* (trad. it.), cit., 192 s. Cfr., inoltre, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 123 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 226 ss. (che si riferisce, come altri autori, a una tripartizione delle tecniche di normazione: “per clausole generali”, “casistica” e “sintetica”).

³⁶ In quest'ultimo senso, per le fattispecie contrassegnate da “elementi valutativi”, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 421.

³⁷ Così, per es., H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, cit., 129.

codice penale». È in questa seconda ipotesi, infatti, che le clausole «rivelano tutta la loro potenziale pericolosità in relazione alla loro assai difficile compatibilità con i principi di stretta legalità e di determinatezza dell'illecito penale»³⁸.

Distinzioni del genere si rinvengono in maniera ancora più netta nella dottrina tedesca, quando si ricorda che le clausole generali «trovano un campo penalistico di applicazione, già in partenza ancor più vasto, nella *parte generale* del diritto penale, che secondo una diffusa concezione non è vincolata, o non lo è del tutto, al principio di legalità ed in ogni caso non al principio di determinatezza»³⁹.

Tuttavia, in diritto penale (ma non solo in questo⁴⁰), non sempre si procede a distinzioni semantiche precise rispetto a fenomeni e a termini analoghi: *norme elastiche* (o *concetti elastici*), *fattispecie aperte* (“*offene Tatbestände*”), *standard normativi* (“*legal standards*”), *concetti giuridici indeterminati* (“*unbestimmte Rechtsbegriffe*”), *disposizioni bisognose di integrazione normativa* (“*wertausfüllungsbedürftige Begriffe*”), *norme in bianco* (o anche “*Blankettbegriffe*”), *elementi valutativi* (o *normativi*) *indeterminati*, *organi respiratori*, *concetti-valvola* (“*Ventilbegriffe*”), *valvole di sicurezza* (“*Sicherheitsventilen*”), ecc. Né si distinguono sempre le clausole generali dalle varie ipotesi (maggiori) di *discrezionalità del giudice* (“*Ermessen des Richters*”): in particolare, nel contesto della c.d. commisurazione della pena in senso ampio⁴¹.

Così, nel discorso penalistico, possono essere indicate come “clausole generali” – oppure no, a seconda delle diverse opzioni classificatorie – le nozioni più disparate, ma accumulate dal carattere di una variabile vaghezza, riconoscendone talora l’opportunità o la necessità per ragioni di tecnica normativa; lamentandone, talaltra, l’eccessiva imprecisione, indeterminatezza, generalità o genericità, essendo rimessa la loro definizione alle “scelte” più o meno (in)controllabili dell’interprete.

Insomma, per dirla con Claudio Luzzati, anche nell’uso penalistico è quanto mai vero che le clausole generali corrispondono (soltanto) a *metafore della vaghezza*.

³⁸ G. CONTENUTO, *Clausole generali*, cit., 110.

³⁹ K. TIEDEMANN, *Clausole generali nel diritto penale dell'economia*, cit., 2 s. (con riferimenti ulteriori).

⁴⁰ Cfr., in generale, K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (trad. it), cit., 197. In senso critico, in particolare circa la mancata distinzione tra “clausole generali” e “norme generali”, tra gli altri e con riferimenti ulteriori, F. FORCELLINI - A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, cit., 415 ss. Secondo gli Autori – anche sulla scorta per es. di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 9 – in entrambe le ipotesi «si è in presenza di una delega al giudice, ma, mentre nel caso delle norme generali l'intervento giudiziale si esaurisce nella concretizzazione di una fattispecie predeterminata dal legislatore, seppure in modo non casistico, e non influisce sulla produzione della norma, nel caso delle clausole generali la discrezionalità si spinge oltre, sino alla determinazione stessa della fattispecie, diventando la valutazione giudiziale misura stessa del comportamento» (F. FORCELLINI - A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, cit., 420, e ulteriori sviluppi sulla medesima distinzione nelle pagine successive).

⁴¹ Sulla discrezionalità è d'obbligo il riferimento, in sede monografica, a F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. Si vedano, inoltre, A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati 1976-77*, 275 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova 1979; ID., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano 1985, 61 ss.; G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinale”*, Padova 2009, *passim* (anche per i riferimenti necessari).

Non v'è accordo su ulteriori caratteri comuni, né sono enucleabili criteri davvero condivisi per riconoscerle. Quasi che una metafora di (intenzionale) indeterminatezza normativa sia, per sua propria natura, destinata a restare vaga nel suo significato più generale.

Il tentativo di fornire una formula esatta in sede di definizione finisce per corrispondere al tentativo – finora rivelatosi inidoneo – di *determinare l'indeterminabile*⁴².

5. Non resta, allora, che prendere atto della «babele lessicale»⁴³ e tralasciare la poco proficua prospettiva definitoria, per dedicarsi invece all'individuazione di possibili singole ipotesi di clausole. Si vuole dare rilievo, molto semplicemente e in una prospettiva orientata alle conseguenze, a un criterio selettivo fondato sugli effetti (negativi) delle *formule vaghe* sul *nullum crimen* (complessivamente inteso alla stregua dei canoni di determinatezza, prevedibilità, colpevolezza).

Più precisamente, in questa fase di parziale e incompleto “censimento” di esempi si possono utilizzare come *caratteri sintomatici* di riconoscimento delle diverse ipotesi, per un verso, la *natura valutativa* del sintagma utilizzato dal legislatore, consistente per lo più in un *rinvio* a un parametro (non necessariamente extra- o meta-giuridico) per l'attribuzione di significato al sintagma stesso; e, assieme, l'effetto (entropico) di *intenzionale indeterminazione* mediante conferimento al *giudice* del potere di disambiguazione del *parametro* (criterio, standard) *di integrazione*.

Solo in un secondo momento si procederà a verificare l'opportunità di una classificazione degli esempi rinvenibili in gruppi tipologici omogenei.

Con due avvertenze al lettore che volesse proseguire oltre: *i)* si tratta di esempi di formule vaghe sui quali sorge quantomeno il sospetto circa la loro appartenenza alla categoria delle clausole generali, in quanto presentano almeno alcuni dei caratteri o effetti sintomatici qui sopra ricordati; *ii)* l'indicazione come possibili esempi non significa necessariamente che lo scarso coefficiente di determinatezza delle singole formule comporti sempre e automaticamente la sua insufficienza, quindi l'incompatibilità delle relative disposizioni normative al metro del *nullum crimen*, ossia sul piano della complessiva rispondenza allo “standard qualitativo” della norma (determinatezza, prevedibilità, colpevolezza).

Con queste premesse – ne sono consapevole – così poco tassonomiche⁴⁴, e col rischio, dunque, di restare vittime di una “vertigine della lista”⁴⁵, *il catalogo è questo (...forse)*.

⁴² Per parafrasare l'intitolazione del contributo di M.J. GARCÍA SALGADO, *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*, cit., 105.

⁴³ Documentata da quasi tutti gli studi teorici sul tema: per es., ancora una volta, da V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 38 (in relazione alle confusioni e sovrapposizioni concettuali ripercorse nelle pagine precedenti del libro del filosofo del diritto milanese).

⁴⁴ Ma che, credo, si giustifichino sulla base dell'affermazione iniziale, presa in prestito da Luzzati, e che fa da *Leitmotiv* al percorso fin qui svolto e a quello che resta da svolgere: «[i]n ogni settore del diritto la vaghezza delle norme solleva problemi specifici, ignoti negli altri settori».

⁴⁵ Cfr. U. ECO, *Vertigine della lista*, Milano 2009, *passim*.

a) Con riferimento a disposizioni o a istituti di “parte generale”, si pensi, in via esemplificativa e non esaustiva, alle nozioni di:

imputabilità (in relazione alla *capacità di intendere e di volere*: art. 85 Cp);

gravità del reato e capacità a delinquere del colpevole (quali criteri commisurativi della pena: art. 133 Cp)⁴⁶;

pericolosità sociale (quale presupposto per l'applicazione di una misura di sicurezza: artt. 202 e 203 Cp)⁴⁷;

abitudine, professionalità e tendenza a delinquere (quali situazioni soggettive – che incidono, tra l'altro, sugli aumenti di pena ai fini della recidiva e sull'applicazione di misure di sicurezza – da valutarsi sulla base della natura dei reati, del tempo entro cui sono stati commessi, della condotta, del genere di vita del colpevole, etc.: artt. 102-109 Cp)⁴⁸;

⁴⁶ Se il carattere di “rinvio valutativo al giudice” è più evidente nel criterio di commisurazione del dell'art. 133 co. 2 Cp (capacità a delinquere desunta dai *motivi a delinquere e dal carattere del reo, dalla condotta e dalla vita del reo antecedenti al reato, dalla condotta contemporanea o susseguente, dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale*), anche il co. 1 dello stesso articolo (gravità del reato) si riferisce a indici spiccatamente valutativi (*modalità della condotta, gravità del danno o del pericolo, intensità del dolo, grado della colpa*).

⁴⁷ A testimonianza di una certa “circolarità” delle clausole generali si può notare come, per dare contenuto alla prognosi di pericolosità sociale, il codice “torni” sulle stesse circostanze indicate, a fini però diagnostico-commisurativi (e non invece prognostico-condizionanti), nell'art. 133 Cp, quindi, in particolare, alla capacità a delinquere.

⁴⁸ Invece – allargando lo sguardo, per così dire, alla *matière pénale* in senso ampio – sulla parallela figura della *proclività a delinquere*, quale presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione *ante delictum*, si veda C. cost., sent. 177/1980, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 n. 3 l. 1423/1956. Da ultimo, sulla disciplina delle misure di prevenzione personale fondate sulle fattispecie di pericolosità “generica” di cui alla l. 1423/1956 (poi trasfusa nell'art. 1 l. 159/2011: il c.d. codice antimafia), si è pronunciata la C. eur. GC, 23.2.2017, de Tommaso c. Italia, che ha condannato l'Italia, dichiarando incompatibile tale disciplina con la libertà di circolazione (art. 2 Prot. 4 CEDU), sulla base della “insufficiente prevedibilità” delle conseguenze della propria condotta per il soggetto colpito dalla misura di prevenzione e quindi della inadeguatezza agli standard convenzionali della legislazione italiana: in particolare, la Corte ritiene estremamente vaghe le espressioni impiegate per descrivere le prescrizioni da imporre ai soggetti destinatari della misura (ovverosia, «di vivere onestamente, di rispettare le leggi, di non dare ragione di sospetti»: art. 5 co. 3 l. 1423/1956). Per dei commenti a caldo, cfr., con accenti diversi: F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali. Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.3.2017; A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera. Nota a Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.3.2017. Sul punto si tornerà al § 8.2.1.

reati della stessa indole (in relazione a quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse, «nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentino, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni»: art. 101 Cp);

colpa (in relazione alla violazione della *diligenza, prudenza o perizia*: art. 43 Cp; ma anche in relazione all'inosservanza di variabilissime regole cautelari positivizzate in *leggi, regolamenti, ordini o discipline*);

caso fortuito e forza maggiore (art. 45 Cp)⁴⁹;

offesa ingiusta e difesa proporzionata nella legittima difesa (art. 52 Cp)⁵⁰;

esercizio di un diritto o adempimento di un dovere (art. 50 Cp), come scriminanti fondate su criteri (intra- e non meta-giuridici) finalizzati a gestire conflitti tra norme incriminatrici e norme extrapenali permissive o impositive⁵¹;

eccesso nelle scriminanti (art. 55 Cp)⁵²;

⁴⁹ Categorie che – al di là della discussione sulla loro eventuale superfluità nella sistematica del codice – sono da sempre contrassegnate dall'indeterminatezza dei criteri di integrazione/interpretazione, nel senso di un notevole affidamento al potere di valutazione del giudice in ordine alla definizione dell'*imprevedibilità* o della *irresistibilità* del fattore considerato. Per tutti, anche per i riferimenti necessari, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g.7, Bologna 2014, 229 ss.

⁵⁰ Sulla ricostruzione della legittima difesa (assieme allo stato di necessità e all'uso legittimo delle armi) come "diritto incerto" (con la conseguenza, per es., della necessaria attivazione di un procedimento penale), e sul valore della proporzionalità come elemento di soluzione della collisione giuridica tra beni in conflitto, si vedano le condivisibili considerazioni di F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. La legittima difesa e il conflitto di beni giuridici*, in *RIDPP* 2016, 1355 ss. Anche se si potrebbe dubitare dell'esistenza di "diritti certi", che l'A. contrappone a quelli "incerti" e identifica nell'esercizio di un diritto. Anche l'applicazione della scriminante prevista dall'art. 51 Cp, l'esercizio del diritto, conosce situazioni soggettive molto dubbie, desumibili dalla casistica tradizionale (per es. in relazione al c.d. *ius corrigendi* o al diritto di cronaca o agli *offendicula*), in cui emergono conflitti (tra beni) tutto sommato analoghi a quelli insiti nella figura della difesa legittima, risolubili solo all'esito di complicati "bilanciamenti". Del resto, dubbi e incertezze si rinvergono quasi sempre, anche rispetto all'esercizio del diritto, per lo meno nelle ipotesi di *eccesso* dai limiti di una (qualsivoglia) scriminante (v. *infra*).

⁵¹ Sulla prima scriminante, si veda la perspicua analisi – svolta secondo la logica del conflitto tra norme incriminatrici e norme permissive – di A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano 2008, *passim*.

⁵² Il ruolo "integrativo" del giudice è massimo nelle ipotesi in cui si tratta di definire l'*eccesso* (che potrà essere, con conseguenze ovviamente assai diverse tra loro, incolpevole, colposo o doloso), ossia il superamento dei limiti previsti da ipotesi scriminanti fondate a loro volta su clausole generali o, comunque, su formule vaghe: così, per es., l'*eccesso* dai limiti dell'esercizio (lecito) del diritto; o dai limiti tracciati dalla proporzione per la difesa legittima.

delitto politico (definito, dall'art. 8 co. 3 Cp, come ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino, nonché ogni delitto comune *determinato, in tutto o in parte, da motivi politici*)⁵³;

si consideri anche la formulazione di varie circostanze aggravanti o attenuanti “comuni” (artt. 61 e 62-bis Cp):

attenuanti generiche;

motivi abietti o futili;

motivi di particolare valore morale o sociale;

aver agito con crudeltà verso le persone;

aver profittato di circostanze di tempo, luogo o persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa;

stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui;

danno patrimoniale di rilevante gravità;

danno patrimoniale o lucro di speciale tenuità;

inoltre, a seguito dell'introduzione dell'art. 131-bis Cp, si può fare riferimento alla nuova causa di esclusione della punibilità per *particolare tenuità del fatto*;

si pensi, infine, alle “clausole estensive della punibilità” riguardanti le forme di manifestazione del reato riconducibili:

al *concorso di persone* (art. 110 Cp);

al *tentativo* (art. 56 Cp);

al *reato omissivo improprio* (art. 40 co. 2 Cp).

b) Con riferimento a disposizioni di “parte speciale” o del diritto penale complementare – ossia, a singole incriminazioni: quindi in un contesto in cui, a differenza della parte generale, la dottrina penalistica, come visto, ritiene meno tollerabile l'impiego di clausole generali⁵⁴ – vengono in rilievo, in maniera ancor più incompleta e in via di mera esemplificazione non esaustiva, attesa la vastità dell'ambito di riferimento:

la “classica” nozione di *osceno* e, di rimando, quella di *offesa al comune sentimento del pudore*⁵⁵;

⁵³ Sull'ampiezza e sui problemi interpretativi della nozione di delitto politico (specialmente del delitto politico “in senso soggettivo”, ovvero sia quello caratterizzato dalla motivazione psicologica dell'autore), G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 145 ss.; e, per un'indagine ampia e approfondita, M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli 2000, *passim* (anche per riferimenti bibliografici).

⁵⁴ *Supra*, § 4.

⁵⁵ Si tratta di un'ipotesi di clausola generale per antonomasia, in quanto incentrata su sintagmi certamente valutativi e che compiono un rinvio a parametri esterni al diritto in funzione di attribuzione di significato alle norme che li contengono. Il riferimento va, ovviamente, all'art. 529 (nozione di osceno) in relazione agli artt. 527 (atti osceni) e 528 (pubblicazioni e spettacoli osceni)

quelle – limitrofe – di:

*pubblica decenza*⁵⁶;

*pubblico scandalo*⁵⁷;

*morale familiare*⁵⁸;

*comune sentimento della morale e ordine familiare*⁵⁹;

*onore, decoro e reputazione*⁶⁰;

quella di *condizioni di abbandono (materiale e) morale* connesse al parto⁶¹;

l'ampia e proteiforme nozione di *atti sessuali*⁶²;

o quella, di larghissimo impiego nel codice, di *vilipendio*⁶³;

le clausole “privatistiche” più classiche:

*danno ingiusto*⁶⁴;

*ingiusto profitto*⁶⁵;

Cp Si tratta di fattispecie delittuose solo parzialmente depenalizzate dal d. lgs. 8/2016, ma che, comunque, non perdono il loro carattere emblematico proprio nella prospettiva qui presa in esame.

⁵⁶ Art. 725 Cp: commercio di scritti, disegni od oggetti contrari alla pubblica decenza (già reato contravvenzionale, poi trasformato in illecito amministrativo dal d. lgs. 507/1999); art. 726 Cp: atti contrari alla pubblica decenza (già contravvenzione poi trasformata in illecito amministrativo e sostituita nell'attuale formulazione dal d. lgs. 8/2016).

⁵⁷ Come condizione obiettiva di punibilità o, comunque, prescindendo qui da ogni precisazione classificatoria, come elemento richiesto dall'art. 564, co. 1 Cp, intitolato al delitto di incesto.

⁵⁸ Art. 565 Cp: attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa.

⁵⁹ Art. 15 l. 47/1958 (c.d. legge sulla stampa), che si riferisce, peraltro, introducendo ulteriori elementi “vaghi”, a «stampati i quali descrivano o illustrino con *particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti*», reali o immaginari, «in modo tale da poter turbare il comune sentimento della morale e l'ordine familiare [...]». Per l'infondatezza della questione di legittimità della disposizione si vedano: C. cost., 293/2000; C. cost., ord. 92/2002. Inoltre, si segnala che l'art. 1 co. 1 d. lgs. 179/2009 (ai fini e per gli effetti dell'art. 14 co. 14, 14-bis e 14-ter l. 246/2005 in tema di semplificazione normativa) ha dichiarato *indispensabile* la permanenza in vigore (anche) dell'art. 15 della legge sulla stampa.

⁶⁰ In relazione all'ingiuria (art. 594 Cp, ora abrogato dalla l. 7/2016) e alla diffamazione (art. 595 Cp).

⁶¹ Con riferimento al delitto di infanticidio (art. 578 Cp).

⁶² Ai fini della disciplina dei delitti sessuali: cfr., in part., art. 609-bis (violenza sessuale), art. 609-quater (atti sessuali con minorenni), art. 609-quinquies Cp (corruzione di minorenni).

⁶³ Art. 290 Cp: vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle Forze armate; art. 291 Cp: vilipendio alla *nazione* italiana; art. 402 Cp: vilipendio della religione dello Stato (dichiarato illegittimo da Corte cost., sent. n. 508/2000); art. 403 Cp: offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di chi la professa; art. 408 Cp: vilipendio di tombe, sepolcri o urne; art. 410 Cp: vilipendio di cadavere.

⁶⁴ In relazione, per es., al delitto di minaccia (art. 612 Cp).

⁶⁵ Il riferimento va ai delitti contro il patrimonio incentrati sull'ingiustizia del profitto, e, in particolare, per es., a rapina (art. 628 Cp), estorsione (art. 629 Cp), sequestro di persona (art. 630 Cp), deviazione di acque o modificazione dello stato dei luoghi (art. 632 Cp), truffa (art. 640 Cp), frode informatica (artt. 640-ter e 640-quinquies Cp), appropriazione indebita (art. 646 Cp).

e poi, ancora, quelle riguardanti le cause o i motivi o gli scopi della condotta:
*senza giusta causa*⁶⁶;
*senza giusto motivo*⁶⁷;
*per crudeltà o senza necessità*⁶⁸;
*per petulanza o altro biasimevole motivo*⁶⁹;
*per provvedere a un grave ed urgente bisogno*⁷⁰;

in un certo senso, di segno analogo ma contrario negli effetti, l'*abuso del diritto o elusione fiscale*, in quanto operazioni prive di rilevanza penal-tributaria⁷¹;

le tecniche di "analogia anticipata" (o "esplicita")⁷²:
*altro disastro*⁷³;
*altri atti ostili*⁷⁴;
*altro mezzo insidioso*⁷⁵;

⁶⁶ Cfr., per es., la formula contenuta in vari delitti contro l'inviolabilità dei segreti (artt. 616, 618-622 Cp).

⁶⁷ Rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto (art. 652 Cp, ora depenalizzato dal d. lgs. 8/2016); inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori (art. 731 Cp).

⁶⁸ Cfr. i delitti di uccisione di animali (art. 544-bis Cp) e di maltrattamento di animali (art. 544-ter Cp). Quest'ultima fattispecie fa poi riferimento alla sottoposizione dell'animale a comportamenti o fatiche o lavori *insopportabili per le sue caratteristiche etologiche*.

⁶⁹ Art. 660: contravvenzione di molestia o disturbo alle persone. Il riferimento all'*altro biasimevole motivo* potrebbe consigliare l'incasellamento della clausola anche tra quelle ad "analogia esplicita o anticipata" (subito *infra*, nel testo).

⁷⁰ Art. 626 n. 2 Cp: se il furto «è commesso su cose di tenue valore, per provvedere a un grave ed urgente bisogno» (la formula si presta ad essere inquadrata anche tra quelle che fanno riferimento a elementi di valutazione quantitativa: *infra*).

⁷¹ Art. 10-bis (disciplina dell'abuso di diritto o elusione fiscale) l. 212/2010 (statuto dei diritti del contribuente), come introdotto dal d. lgs. 128/2015: le condotte di abuso del diritto o elusione fiscale – definite come «una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti» (co. 1) – «non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie» (co. 13). Sulla discussa (e, prima del 2015, solo implicita) clausola generale dell'abuso del diritto, oramai "positivizzata" in una disposizione che ridisegna i confini della rilevanza penale (quindi della fattispecie tipica) dei reati tributari, v., per es., Cass. 1.10.2015 n. 40272, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.10.2015, con nota di F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*; e la ricostruzione e i riferimenti aggiornati svolti in M. BOSI, *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, in *DPenCont* 2016 (2), 54 ss.; G. DI VETTA, *La restaurazione apparente della legalità. I riflessi penali della nuova disciplina dell'elusione fiscale (art. 10-bis, legge 27 luglio 2000, n. 212)*, in *IP* 2017, 131 ss.

⁷² Per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 181 ss.

⁷³ Ovverosia, *disastro innominato*, secondo la costante denominazione interpretativa dell'art. 434 Cp (crollo di costruzioni e *altri disastri*), sulla cui ritenuta legittimità si veda C. cost. 327/2008. Cfr. inoltre l'art. 436 Cp (sottrazione, occultamento o guasto di apparecchi a pubblica difesa in occasione di incendi, inondazioni, naufragi o *altri disastri*). Sul punto si tornerà nel proseguo (§ 8.3.1).

⁷⁴ Art. 244 Cp: arruolamenti o *altri atti ostili* contro uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di una guerra, o anche tali da turbare soltanto le relazioni con un governo estero, etc.

*mestieri analoghi*⁷⁶;
*altro simile mestiere*⁷⁷;

le clausole a spiccata dimensione “pubblicistica”:
*destare pubblico allarme o deprimere lo spirito pubblico*⁷⁸;
 attività diretta a *distuggere o deprimere il sentimento nazionale*⁷⁹;
*manifestazioni e attività sediziose*⁸⁰;

⁷⁵ Il riferimento va alla circostanza aggravante dell'omicidio volontario prevista dagli artt. 576 n. 2 e 577 n. 2 (omicidio commesso col mezzo di sostanze venefiche, ovvero *con altro mezzo insidioso*).

⁷⁶ Il riferimento va alla contravvenzione (poi depenalizzata dalla l. 689/1981) prevista dall'art. 669 Cp, che vieta(va) l'esercizio abusivo di mestieri girovaghi senza l'osservanza delle prescrizioni di legge, con rinvio implicito, tra l'altro, all'art. 121 Tulps, disposizione (poi abrogata) anch'essa famigerata, che faceva riferimento a mestieri assai eterogenei tra loro: «non può essere esercitato il mestiere ambulante di venditore o distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cenciaiolo, saltimbanco, cantante, suonatore, servitore di piazza, facchino, cocchiere, conduttore di autoveicoli di piazza, barcaiolo, lustrascarpe e *mestieri analoghi*, senza previa iscrizione in un registro apposito presso l'autorità locale di pubblica sicurezza».

⁷⁷ L'art. 710 Cp (abrogato dalla l. 205/1999) puniva, a titolo contravvenzionale, chiunque, «esercitando il mestiere di fabbro, chiavaiuolo o un *altro simile mestiere*, consegna o vende a chicchessia grimaldelli o altri strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature». Vero che (come osservano Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 181 s.) una disposizione come questa non autorizza il ricorso all'analogia del giudice da parte del legislatore. Tuttavia lo stesso potrebbe dirsi per quella riferibile all'altro disastro (art. 434 Cp, già cit.), che, come vedremo (§ 8.3.1), circoscrive l'analogia ai disastri (e quindi alla loro etiologia tendenzialmente immediata) preveduti dagli articoli precedenti: sfortunatamente, la lettura giurisprudenziale di questa clausola analogica ha forzato i limiti dell'analogia, ritenendo riconducibile all'art. 434 Cp anche il disastro ambientale a dinamica etiologica continuativa e seriale. Come già si è avvertito, in questa sede di “censimento” (incompleto e non esaustivo) delle *possibili* clausole generali si includono perciò anche ipotesi che, a una seconda analisi, potrebbero anche superare lo standard-test del *nullum crimen*.

⁷⁸ Art. 265 Cp: disfattismo politico.

⁷⁹ Art. 271 Cp: associazioni antinazionali, poi dichiarato illegittimo da C. cost., sent. 243/2001, ma con riferimento alla violazione della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost. (l'eccezione di legittimità costituzionale non si riferiva comunque all'art. 25 co. 2 Cost.) e rilevando, altresì, la correlazione con il delitto di *propaganda antinazionale* (art. 272 co. 2 Cp), già dichiarato in precedenza incostituzionale per contrarietà alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. nel limite dell'attività non violenta né lesiva di altri beni costituzionalmente garantiti (C. cost., sent. 87/1966). La Corte riconduce, tuttavia, in entrambi i casi, il sentimento nazionale soltanto a «un dato spirituale che, sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità». L'art. 272 Cp, il primo co. del quale (propaganda sovversiva) era sopravvissuto all'intervento della Corte, è stato poi abrogato da l. n. 85/2006.

⁸⁰ La fattispecie di *grida e manifestazioni sediziose* (art. 654 Cp) è stata trasformata in illecito amministrativo (d. lgs. 507/1999); ha rilievo contravvenzionale, invece, la *radunata sediziosa* (art. 655 Cp). Fattispecie di sedizione sono ancora presenti nel Cp militare di pace: il riferimento va all'art. 182 (attività sediziosa) Cpm, che incrimina il militare che svolge un'attività diretta a *suscitare in altri militari il malcontento* per la prestazione del servizio alle armi o per l'adempimento di servizi speciali); e all'art. 183 Cpm (manifestazioni e grida sediziose), che punisce il militare che, pubblicamente, compie *manifestazioni sediziose* o emette *grida sediziose*. Entrambe queste ultime fattispecie, “proprie” del militare, sono state ritenute costituzionalmente legittime da C. cost. 519/2000.

*abbandonarsi ad eccessi*⁸¹;
*ordine pubblico*⁸²;
*pubblico timore*⁸³;

clausole riguardanti il contesto familiare:
*maltrattamenti in famiglia*⁸⁴;
*ordine o morale delle famiglie*⁸⁵;
*abuso di mezzi di correzione o di disciplina*⁸⁶;

o il contesto relazionale in senso più ampio, con riferimento alla formulazione del delitto di *atti persecutori*⁸⁷;

⁸¹ Una delle modalità di realizzazione del reato di rivolta (art. 174 co. 1 n. 3 Cpm), sulla cui legittimità v. C. cost. 31/1995.

⁸² Il riferimento va al bene giuridico tutelato dal Titolo V del Libro II del codice penale (delitti contro l'ordine pubblico), del quale, secondo le correnti sintesi manualistiche, esistono svariate versioni: frequente la distinzione tra ordine pubblico ideale e materiale, e la loro "rilettura" costituzionale (cfr., per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. PS*, I⁴, rist. agg., Bologna 2008, 461 ss.). Tra le ipotesi contravvenzionali esterne al titolo V, si consideri, per es., l'art. 650 Cp (inosservanza dei provvedimenti dell'autorità legalmente dati per ragioni, tra l'altro, di ordine pubblico); o l'art. 656 Cp (pubblicazione di notizie false, esagerate o tendenziose atte a turbare l'ordine pubblico).

⁸³ Cfr. l'art. 421 Cp, che prevede il delitto di pubblica intimidazione, consistente nella minaccia «di commettere delitti contro la pubblica incolumità, ovvero fatti di devastazione o di saccheggio, *in modo da incutere pubblico timore*».

⁸⁴ L'art. 572 Cp, intitolato «Maltrattamenti contro familiari e conviventi», si limita a sanzionare chiunque – fuori dai casi di abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571) – «*maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata [...]*».

⁸⁵ In relazione all'art. 570 Cp: violazione degli obblighi di assistenza familiare. Invero, la fattispecie delittuosa si rivela almeno in parte problematica sotto il profilo qui osservato, soprattutto là dove fa riferimento, in alternativa a colui che abbandoni il domicilio domestico, anche a colui che comunque serbi una *condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie* (sui dubbi di indeterminatezza della fattispecie cfr., per tutti, M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona*², Torino 2014, 446).

⁸⁶ Art. 571 Cp: abuso di mezzi di correzione o di disciplina. Apparentemente, la formulazione di questa fattispecie suscita minori problemi: poiché la stessa fa comunque riferimento a un risultato offensivo («se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente»), si attenuano i profili di indeterminatezza rilevabili sul versante della condotta, "definita" dal semplice riferimento all'abuso dello *ius corrigendi*. Tuttavia, come noto, la problematicità della fattispecie risiede proprio nella reciproca delimitazione di condotte di coercizione domestica legittime/abusive, e, quindi, sui limiti di esistenza di contegni coercitivi leciti (sulla spinosa questione, per tutti, A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale. PS*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, XIII, Milano 2012, 317 ss.).

⁸⁷ Art. 612-bis Cp: «[...] chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un *perdurante e grave stato di ansia o di paura* ovvero da ingenerare un *fondato timore per l'incolumità propria* o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad *alterare le proprie abitudini di vita*». Sullo scarso coefficiente di determinatezza della fattispecie di c.d. *stalking*, limitandosi ad alcuni contributi monografici, A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino 2010, 148 ss. e *passim*; G. DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori*, Roma 2013, *passim*. La Corte

clausole del diritto dell'immigrazione:
 trattenimento nel territorio dello Stato *senza giustificato motivo*⁸⁸;
 straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che *non si adoperi* per
 ottenere il rilascio del documento di viaggio⁸⁹;

clausole di valutazione quantitativa:
 frode fiscale per *alterazione in misura rilevante* del risultato della
 dichiarazione⁹⁰;
sensibile alterazione del prezzo (di strumenti finanziari)⁹¹;
*cose di tenue valore*⁹²;
*fatto di lieve entità*⁹³;
*quantità ingenti*⁹⁴;

ma si pensi pure a quel famigerato esempio di normazione “in bianco” che si
 ritrova nell'art. 650 Cp:

cost., con sent. 172/2014 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità sollevata per contrasto
 con il principio di determinatezza. Sulla pronuncia, si vedano le perspicue riflessioni di F. GIUNTA, *Il
 diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *GCost* 2014, 2738. Per una lettura sintetica
 della fattispecie, per es., A. DI MAIO, *La struttura del delitto di atti persecutori secondo un recente
 arresto della Cassazione*, in *CP* 2015, 2250 ss.

⁸⁸ Il riferimento va all'art. 14 co. 5-ter d. lgs. 286/1998. Per l'infondatezza della questione di legittimità
 costituzionale, v. C. cost. n. 5/2004. Si tratta di una clausola che attiene ai “motivi”, ma che è stata
 inserita qui solo per affinità di settore di disciplina con la successiva.

⁸⁹ Art. 7-bis co. 1 l. 39/1990, poi dichiarato illegittimo da C. cost. n. 34 del 1995.

⁹⁰ Art. 4 n. 7 l. 516/1982, dapprima giudicato legittimo, con sentenza interpretativa di rigetto, da C.
 cost. n. 247/1989; e, in seguito, dichiarato parzialmente illegittimo da C. cost. n. 35/1991, dando
 rilievo (non solo alle modifiche legislative successivamente intervenute sull'art. 4 l. 516/1982, ma)
 soprattutto al fatto che la giurisprudenza successiva alla prima pronuncia della Corte si fosse
 discostata dall'interpretazione datane in quella stessa pronuncia: «Così intesa, la norma impugnata
 avrebbe potuto rimanere nel sistema senza recare lesione ai parametri costituzionali invocati.
 L'esperienza immediatamente seguita ha, tuttavia, dimostrato che, salvo qualche sporadica
 eccezione, la giurisprudenza della magistratura ordinaria, or ora culminata nell'intervento delle
 Sezioni unite della Corte di cassazione (sent. 6.7.1990 n. 13954), ha ritenuto di doversi discostare
 dall'anzidetta interpretazione. Ne discende che l'art. 4 co. 1 n. 7 d.l. 10.7.1982 n. 429, ha continuato a
 vivere nella realtà concreta in modi incompatibili con gli artt. 3 e 25, secondo co., della Costituzione,
 come diffusamente spiegato nella ricordata sentenza n. 247 del 1989» (così C. cost. n. 35/1991,
Considerato in diritto, § 3).

⁹¹ Delitto di manipolazione del mercato (art. 185 d. lgs. n. 58/1998).

⁹² Si fa nuovamente riferimento al furto attenuato ai sensi dell'art. 626 n. 2 Cp: «se il fatto è
 commesso su *cose di tenue valore*, per provvedere a *un grave ed urgente bisogno*» (come visto poco
 sopra, sotto il profilo finalistico la formula si presta ad essere inquadrata anche tra quelle che fanno
 riferimento alle cause o ai motivi).

⁹³ Ad es., art. 73 co. 5 d.P.R. 309/1990: circostanza attenuante per «chiunque commette uno dei fatti
 previsti dal presente articolo che, *per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la
 qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità*».

⁹⁴ Si fa riferimento alla circostanza aggravante speciale prevista dall'art. 80 co. 2 d.P.R. 309/1990.

inosservanza dei provvedimenti dell'autorità legalmente dati per *ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene*;

ancora più vaghi i presupposti del reato di inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione *ante delictum* della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, ovverosia:

di *vivere onestamente, di rispettare le leggi (e non dare ragione di sospetti)*⁹⁵;

si consideri, inoltre, la nozione di *pericolo* quale elemento espresso di numerose fattispecie incriminatrici;

oppure – tra le categorie “emergenti” del diritto penale contemporaneo – vengono in primo piano quelle di *rischio* e di *sicurezza*, quando queste locuzioni siano richiamate da disposizioni incriminatrici, per esempio, allorché si faccia riferimento: alla *riduzione al minimo del rischio*; alla *massima sicurezza tecnologicamente disponibile/praticabile*, etc.⁹⁶;

o, infine, alla lamentata indeterminatezza della nozione di *principio di precauzione*, al quale pure sono “ispirate” discipline (e fattispecie) sanzionate penalmente in tema di tutela dell'ambiente e della salute⁹⁷.

Il catalogo potrebbe continuare. Ma questo abbozzo restituisce già un'idea sufficientemente chiara della estrema eterogeneità delle ipotesi (benché questa eterogeneità non sembra tanto irriducibile da sconsigliare il tentativo, come si vedrà nel prossimo paragrafo, di aggregare tali esempi in gruppi tipologici).

Insomma, se nel contesto privatistico, dove la categoria delle clausole generali è nata ed è stata maggiormente sviluppata sul piano speculativo, è già difficoltoso dal

⁹⁵ Art. 9 co. 2, (in relazione all'art. 5 co. 3), della oramai abrogata l. 1423/1956: delitto di inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale. Con la recente abrogazione della l. del 1956 sulle misure di prevenzione *ante delictum*, le disposizioni in questione sono state trasfuse nel d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia: artt. 8 e 75). Peraltro, la C. cost., sent. 282/2010 aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 co. 2 l. n. 1423/1956, nella parte in cui sanzionava penalmente le prescrizioni di *vivere onestamente, di rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti*. Si è già detto sopra della condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, in relazione alla libertà di circolazione (art. 2 Prot. 4 CEDU), ha dichiarato incompatibile la disciplina delle misure personali di prevenzione *ante delictum*, sulla base della “insufficiente prevedibilità” delle conseguenze della propria condotta per via della vaghezza delle suddette prescrizioni (C. eur. GC, 23.2.2017, de Tommaso c. Italia).

⁹⁶ In materia di sicurezza del lavoro, il riferimento va ora al d. lgs. n. 81/2008, in part. all'art. 15 lett. c. In tema, con riferimento al previgente art. 41 d. lgs. 277/1991 (sui rischi da rumore), C. cost. n. 312/1996. Su queste nozioni, per es., V. TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna 2016, 37 ss., in part. 51 ss.

⁹⁷ Si consenta di rinviare, anche per i necessari riferimenti (normativi e giurisprudenziali), a D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma 2012, *passim*.

punto di vista concettuale riconoscerne i contorni con nettezza, nel discorso penalistico è riscontrabile un'ambiguità terminologica accresciuta.

Questa maggiore ambiguità definitoria – che forse è, almeno in parte, persino giustificata – può dipendere da fattori diversi.

Così, si può immaginare che ragioni *euristiche* e, insieme, *pragmatiche* più o meno fondate possano far ritenere che le menzionate figure, espressive di fenomeni quanto meno *analoghi* a quello delle clausole generali (ammesso che sia possibile definire un dominio semantico abbastanza preciso ed esclusivo della locuzione in sede di teoria generale del diritto)⁹⁸, producano in definitiva problemi *analoghi*: notevole generalità accompagnata da un coefficiente maggiore di vaghezza, con conseguente incremento della c.d. “zona grigia” o di “penombra”⁹⁹. Figure normative, in definitiva, capaci più di altre di causare l'apertura di quelle “porte entropiche” di cui discorre Roberto Bin¹⁰⁰.

Breve: nel contesto del diritto penale, si tratta pur sempre di problemi riconducibili, come detto, alla realizzazione concreta del canone della sufficiente determinatezza e di altri principi fondamentali a questo connessi.

6. Scartata, dunque, la strada di offrire formule esatte sul piano definitorio¹⁰¹, vediamo se, quantomeno, sia possibile distinguere le diverse ipotesi di clausole generali (o formule metaforiche vaghe) individuabili in diritto penale ordinandole per gruppi tipologici isolati sulla base di caratteristiche omologhe: insomma, dagli *esempi ai gruppi omogenei di esempi*.

Ancor prima, sulla base di quanto sin qui considerato, sembra anzitutto praticabile una *summa divisio* “per fonti”, frutto – per così dire – dell'epoca, ovvero sia del riconoscimento di una diversa distribuzione di ruoli rispetto al passato nella dialettica tra legislatore e giudice. Si vuole fare riferimento alla identificazione della collocazione delle clausole generali: che può essere contenuta, secondo tradizione, in una *disposizione di legge*; oppure rinvenuta, come la realtà ci mostra, in una *regola di diritto formulata in sentenza*. In maniera comprensiva delle due “fonti” deve dunque parlarsi delle clausole generali come *enunciati normativi*, al fine di includere tanto le clausole contenute in disposizioni di legge quanto quelle rinvenibili in regole di giudizio formulate in sentenze.

⁹⁸ Si parla qui di fenomeni analoghi in quanto, come si diceva poco sopra, si registra un certo grado di sovrapposizione concettuale tra clausole generali e, per esempio, formule vaghe, concetti normativi elastici o indeterminati, elementi valutativi, fattispecie aperte o bisognose di integrazione, *standard* normativi, norme in bianco, etc.

⁹⁹ Secondo la nota immagine di Hart: H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (in *Harvard Law Review* 1958 (1), 593 ss.), trad. it.: *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, Milano 1964, 129.

¹⁰⁰ R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, cit., 215 ss.

¹⁰¹ Non solo sulla base dell'argomento (rinunciatario): *se nessuno ci è riuscito fin'ora...*, ma anche della presa d'atto della estrema varietà delle condizioni d'uso del termine nel discorso giuridico in genere, e, come visto, anche in quello penalistico.

In secondo luogo, sembra poi rilevante isolare *gruppi tipologici*, in base ai contrassegni strutturali delle clausole contenute in disposizioni di legge (o contenute in sentenze).

Il discorso sui gruppi tipologici riguarderebbe, in astratto, anche le clausole contenute *in sentenze*: ma, al di là di qualche esempio già evocato e che potrà essere ripreso nel seguito, un censimento anche solo iniziale delle stesse supera di molto le mie capacità. Ecco la ragione di una loro necessaria considerazione *tra parentesi*.

Si possono distinguere, dunque, quanto alla “fonte”:

- a) CG (frammenti di) disposizioni di legge;
- b) CG regole di diritto giudiziali.

Quanto alle “tipologie strutturali”, la distinzione che si propone è la seguente:

- i) CG extra- o meta-giuridiche;
- ii) CG esplicitamente intra-giuridiche e (tendenzialmente) in bianco;
- iii) CG analogiche;
- iv) CG di incriminazione suppletiva¹⁰².

Questi quattro gruppi tipologici sono ricavabili sulla base dei *contrassegni sintomatici più comuni*, identificati a partire dalle numerose esemplificazioni rintracciate.

Si tratta, in tutti i casi elencati, di *enunciati normativi indeterminati* – capaci di incidere in maniera quali/quantitativamente diversa e maggiore sulla certezza del diritto rispetto ad altre ipotesi di vaghezza – *a contenuto valutativo, mediante i quali il testo si apre verso dati extra-testuali* (non necessariamente metagiuridici), *rimettendo così al giudice il compito di rinvenire il (significato del) parametro di integrazione*.

I gruppi tipologici identificano caratteri strutturali differenziati, in maniera variabile e parzialmente incrociata¹⁰³. Inoltre, isolano in ognuno i contrassegni prevalenti¹⁰⁴.

¹⁰² Si modifica, perciò, la classificazione bipartita precedentemente formulata in *Scritti Stile*, cit., 490, aggiungendo le “clausole giuridiche da rinvio” e le “clausole analogiche”, che, come si vedrà, sembrano avere caratteri sufficientemente diversi tra loro e rispetto alle altre, tanto da giustificare una quadripartizione delle tipologie. La denominazione dell’ultimo gruppo è ripresa dal lavoro monografico di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., *passim*.

¹⁰³ Il che quantomeno sconsiglia l’articolazione in sottogruppi (es., clausole metagiuridiche vs. giuridiche; o clausole frammenti di enunciati normativi vs. macro-clausole).

¹⁰⁴ Alcuni esempi di clausole più sopra catalogati si presterebbero a un inquadramento multiplo: così, ad es., la formula *per petulanza o altro biasimevole motivo* (art. 660 Cp: contravvenzione di molestia o disturbo alle persone), presenta tanto il meccanismo integrativo delle clausole analogiche quanto quello delle clausole metagiuridiche. Riteniamo che sia quest’ultimo a prevalere: il riferimento alla *petulanza* colloca tutta l’operazione di disambiguazione dell’*altro biasimevole motivo* in un ambito *extra- o meta-giuridico*, sicché il procedimento analogico, come attività di creazione normativa, perde di rilievo, proprio perché “manca” ancora la prima norma (che è da ricostruire, ammesso che lo si ritenga possibile, sulla base del criterio extra-giuridico della petulanza) sulla quale appoggiare

Così, solo il primo gruppo – certamente quello più numeroso – contiene un *vero rinvio valutativo “esterno”*, vale a dire a criteri di integrazione (squisitamente o eminentemente) meta- o extra-giuridici, ossia da apprezzare (talora in stretto rapporto con il momento storico di applicazione della disposizione) su piani di giudizio di volta in volta diversi, come quello *morale, sociale-relazionale o culturale* (osceno, pubblico scandalo, pubblica decenza, morale familiare, comune sentimento della morale, atti sessuali, vilipendio, morale delle famiglie, maltrattamenti in famiglia, abuso di mezzi di correzione, atti persecutori, onore); o quello dei *motivi* o delle *cause* (senza giusta causa, senza giusto motivo, motivi abietti o futili, motivi di particolare valore morale o sociale, per petulanza o altro biasimevole motivo, motivi politici, per crudeltà, per provvedere a un grave e urgente bisogno); oppure sul piano *relazionale-esperienziale* (colpa per negligenza o imprudenza); o *tecnico-scientifico* (riduzione al minimo del rischio, colpa per imperizia, principio di precauzione); o *quantitativo non numerico* (particolare tenuità del fatto, sensibile alterazione del prezzo, colpa grave, fatto di lieve entità, quantità ingenti); *economico* (cose di tenue valore, e di nuovo sensibile alterazione del prezzo); *empirico tout court* (natura, specie, mezzi, oggetto, luogo, tempo e ogni altra modalità dell’azione ai fini della commisurazione della pena; espulso che non si adoperi per ottenere un documento di viaggio; pericolo); o anche in relazione a valutazioni *politiche, pubblicistiche o “statalistiche”* (destare pubblico allarme, deprimere il sentimento nazionale, manifestazioni sediziose, ordine pubblico, pubblico timore); o infine sul piano di un giudizio di valore da svolgere al metro di un’*indefinita giustizia o “giustezza” o proporzione* (offesa ingiusta, difesa proporzionata, danno ingiusto, ingiusto profitto, fatto ingiusto altrui, senza giusta causa, eccesso colposo, abbandonarsi ad eccessi), etc.

Mentre, negli altri tre gruppi, il *meccanismo d’integrazione è (almeno in apparenza o in prevalenza) “interno”*, nel senso che rimanda a criteri d’integrazione apprezzabili sul piano giuridico: anche se, tuttavia, resta pur sempre un rinvio indeterminato e affidato al giudice, per la estrema varietà di integrazioni, tutte possibili (anche se non necessariamente tutte legittime al metro del *nullum crimen*), della disposizione.

Per esempio sono *clausole di rinvio intragiuridico esplicito e (almeno parzialmente) in bianco*: la colpa specifica o per inosservanza di leggi, l’inosservanza di provvedimenti legalmente dati dall’autorità, l’inosservanza della prescrizione di rispettare le leggi da parte di soggetto sottoposto a misura di prevenzione, l’esercizio di un diritto, l’adempimento di un dovere. Hanno, invece, struttura di *clausole analogiche* quelle inscritte in formule quali: altro disastro, altri atti ostili, mestieri analoghi. Assumono, infine, la morfologia di *clausole estensive della tipicità o di*

poi la ricostruzione analogica di una norma simile. Lo stesso potrebbe dirsi di clausole come *senza giusta causa o senza giustificato motivo*, etc., che autorizzano ad individuare parametri di integrazione sia di tipo metagiuridico sia di tipo giuridico: riteniamo, tuttavia, che queste ipotesi anfibe trovino la loro collocazione più corretta tra quelle metagiuridiche (proprio perché non si può escludere un meccanismo di integrazione esterno al diritto). Sul punto, subito *infra*.

incriminazione suppletiva quelle corrispondenti all'omissione impropria, al concorso di persone, al tentativo di delitto.

Secondo una prospettiva diversa, solo i primi tre gruppi consistono in *veri frammenti di disposizioni*: e ciò anche nelle ipotesi di clausole *in bianco* (art. 650 Cp) o *parzialmente in bianco* (colpa specifica), in cui le formule di eterointegrazione, pur occupando il nucleo della disposizione, non la esauriscono mai del tutto; laddove nel quarto gruppo trovano invece collocazione *macro-clausole estensive della tipicità* (e della punibilità) che “occupano” ed “esauriscono” la disposizione-clausola sulla corrispondente forma di manifestazione del reato (omissione impropria, concorso di persone, tentativo).

Questo ci porta a concludere che le clausole generali rinvenibili nel contesto penalistico hanno solitamente la struttura di *frammenti (o termini o sintagmi o locuzioni) contenuti in disposizioni* (o in regole di diritto rinvenibili in sentenze) a mezzo dei quali si opera un *rinvio normativo a carattere aperto e dinamico*. Ma, nelle ipotesi riferibili alle menzionate tre forme di manifestazione del reato, si tratta di *macro-clausole* anziché di meri frammenti. Una distinzione, quindi, in termini di estensione della formula metaforica all'interno della disposizione (che funziona da moltiplicatore di fattispecie incriminatrici).

In tutti e quattro i gruppi siamo al cospetto di metafore normative vaghe, poiché immancabilmente si rinviene un rimando, da parte di una disposizione legale, a regole di giudizio inesprese, che non sono astrattamente prestabilite dal legislatore, ma dovranno essere definite, mediante una *valutazione-concretizzazione* del giudice, in base a variabili criteri “normativi. Questi, tuttavia, possono essere non solo parametri *metagiuridici* (esterni), ma anche standard *giuridici* (interni). In entrambi i casi, criteri che, comunque, consentono un *adeguamento dinamico* al caso concreto.

Inoltre, come il lungo catalogo sopra esposto dimostra, quale che sia la natura – *metagiuridica* o *giuridica* – del parametro di ogni singola clausola, i primari problemi di determinatezza restano¹⁰⁵.

Per la verità, solitamente la dottrina privatistica ritiene che le clausole generali siano caratterizzate da sintagmi valutativi che fanno necessariamente rinvio a criteri *esterni* al diritto, e, quindi, di ordine morale o sociale, etc.

In senso contrario, tra i teorici del diritto, la nozione messa a punto da Vito Velluzzi¹⁰⁶, che distingue tra casi in cui la clausola indica il “tipo” di criterio utile a

¹⁰⁵ Sulla vecchia questione della possibile indeterminatezza (non solo degli elementi descrittivi e degli elementi normativi extragiuridici, ma anche) degli elementi normativi giuridici, si vedano, da ultimo, l'ampia ricostruzione storica e gli svolgimenti di S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, cit., 255 ss., 311 ss.

¹⁰⁶ Nel lavoro monografico più volte citato: V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 65 ss.; e poi, in via sintetica, in ID., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in Rescigno, cur., *Le clausole generali nel diritto privato*, in *GI* 2011, 1721. Per una ulteriore (e diversa!) definizione che pure non esclude il riferimento a parametri di giudizio interni, oltre che esterni: P. CHIASSONI, *Le clausole*

individuare il significato, per esempio di natura schiettamente extragiuridica (morale o sociale): ad esempio, *comune sentimento del pudore* (art. 529 Cp) o *motivi di particolare valore morale o sociale* (art. 62 n. 1 Cp); e casi in cui, invece, la clausola, in ragione della sua formulazione, lascia irrisolta la questione del “tipo” di criterio, rinviando cioè, indifferentemente, a criteri intra- o extra-giuridici: sull’esempio della *buona fede* di cui agli artt. 1136 e 1375 Cc; o dell’*ingiustizia del danno* di cui all’art. 2043 Cc; o, ancora, in relazione alla clausola (un tempo considerata inespressa) dell’*abuso del diritto*¹⁰⁷.

Questa *duplice natura* dei criteri di integrazione sembra attestata dalla rassegna qui svolta. Nell’impostazione qui sostenuta – riguardante, va da sé, il solo ambito del diritto penale – le clausole che fanno riferimento a un parametro giuridico (quindi, in questo senso, interno) mi sembrano, anzitutto e per antonomasia, quelle consistenti in un rinvio esplicito (in bianco o parzialmente in bianco); poi quelle a contenuto analogico; e – infine – quelle estensive della tipicità/punibilità in relazione a particolari forme di manifestazione del reato.

In questo senso, rispetto all’impostazione teorica di Velluzzi, la “giuridicità” del parametro, nel contesto penalistico, si individua – non in relazione alla mancata indicazione della natura del criterio, che quindi può essere indifferentemente interno o esterno¹⁰⁸, ma – per il riferimento “formale” della singola clausola a criteri giuridici e quindi interni: come nel caso dei provvedimenti *legalmente dati per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene*; o di colpa *per inosservanza di leggi etc.*; o, ancora, di *esercizio di un diritto*; e, ormai, dopo le modifiche del 2015, anche per l’*abuso del diritto* in ambito penaltributario, etc.

Si ritiene, come già accennato, che in ambiente penale, le clausole “anfibia” (in quanto tendenzialmente indifferenti alla natura del criterio di integrazione): senza giusta causa, danno ingiusto, offesa ingiusta, etc., vadano incasellate come clausole metagiuridiche. Pare infatti decisiva, per ascrivere una singola causa alla tipologia di quelle metagiuridiche, semplicemente la mancata indicazione della natura schiettamente giuridica del parametro di riferimento: se il parametro è anfibio, ciò è sufficiente per aprire la strada (anche) a meccanismi di integrazione della disposizione tipici delle formule metagiuridiche.

generali tra teoria giuridica e dogmatica giuridica, in P. Rescigno, cur., *Le clausole generali nel diritto privato*, cit., 1696.

¹⁰⁷ Sull’ultimo esempio, si vedano, in generale, G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano 2006, 115 ss. (evocato anche da V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 67, nt. 26); e i contributi raccolti in V. VELLUZZI, cur., *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa 2012, *passim*. Su questa assai discussa clausola di matrice privatistica e di diffusione amplissima, idonea a racchiudere contegni formalmente rispettosi dell’ordinamento ma realizzativi di uno sviamento finalistico rispetto all’*esprit des lois*, si rinvia alla già evocata ipotesi recentemente formalizzata in materia tributaria con la funzione di ritagliare il perimetro della rilevanza penale, escludendola in presenza di condotte abusive o elusive (art. 10-bis l. 212/2000, introdotto nel 2015).

¹⁰⁸ Come accade, nelle esemplificazioni di Vito Velluzzi, nel *danno ingiusto*: l’art. 2043 Cc non specifica se il criterio dell’ingiustizia del danno sia da rintracciare in norme dell’ordinamento giuridico oppure secondo parametri esterni al diritto (V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in Rescigno, cur., *Le clausole*, cit., 1721).

Con riferimento alle clausole consistenti in “frammenti di disposizioni” (i primi tre gruppi tipologici: clausole metagiuridiche, giuridiche, analogiche), si pone il problema della loro distinzione rispetto alla categoria degli *elementi normativi della fattispecie*. Senza riprendere qui minimamente un tema davvero classico della dogmatica penale¹⁰⁹, può osservarsi come anche gli *elementi normativi della fattispecie* consistano in un *rinvio extratestuale*.

Quando questo rinvio non riguardi norme giuridiche, trattandosi invece di *elementi normativi extra- o meta-giuridici*, e perciò aperti a un’integrazione eminentemente dinamica, allora, il più delle volte, si evidenzia una coincidenza tra elementi normativi e clausole generali (es., comune sentimento del pudore; morale familiare; pubblico scandalo; colpa per negligenza, imprudenza o imperizia; riduzione al minimo del rischio e massima sicurezza tecnologicamente disponibile)¹¹⁰.

Peraltro, anche quando il rinvio avvenga in direzione di norme giuridiche (*elementi normativi giuridici*), non è escluso che il sintagma utilizzato dal legislatore, specialmente quando occupa una centralità tale nella formulazione del testo da potersi qualificare alla stregua di una norma almeno parzialmente in bianco, presenti i caratteri di vaghezza propri delle clausole generali (es., colpa specifica: ovvero, per inosservanza di assai variabili regole a contenuto preventivo cautelare contenute in leggi, regolamenti, ordini o discipline; inosservanza della prescrizione di rispettare le leggi – tutti i precetti! – per la persona sottoposta a misura di prevenzione): se non altro in funzione della accentuata mutevolezza contenutistica del rinvio, allorché lo stesso si debba qualificare come *non recettizio* (o formale, mobile, dinamico, aperto)¹¹¹.

Un’ultima osservazione prima di procedere oltre.

La estrema eterogeneità morfologica delle singole clausole produce, anche all’interno di ognuno dei gruppi tipologici (metagiuridiche/in bianco/analogiche/estensive), esiti assai diversificati sulle modalità ermeneutiche di “chiusura” della fattispecie o comunque di “integrazione” normativa.

Non v’è dubbio, infatti, che reperire il significato di “osceno”, “negligenza”, “pubblico scandalo”, “riduzione al minimo del rischio”, “sensibile alterazione del

¹⁰⁹ Per una documentata ricostruzione storica, S. BONINI, *L’elemento normativo nella fattispecie penale*, cit., *passim*.

¹¹⁰ Va dato atto, però, che spesso i due fenomeni vengono tenuti distinti, sulla base di una più rigorosa classificazione: le clausole generali si riconnetterebbero alla dimensione della discrezionalità dell’interprete, mentre gli elementi normativi all’interpretazione della fattispecie: in questo senso, anche per riferimenti ulteriori, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., 82 ss. Come detto nel testo, non possono però escludersi ipotesi di coincidenza, specialmente perché non vi è accordo né sulle rispettive definizioni delle due categorie, né sull’identificazione delle figure rientranti nell’una o nell’altra.

¹¹¹ Che fa da contraltare al *rinvio recettizio* (o sostanziale, fisso, statico, chiuso): si veda, per es., M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino 2004, 191 ss.

prezzo”, “imperizia”, inosservanza della prescrizione di “rispettare le leggi”, “altro disastro”, “particolare tenuità del fatto”, “concorrere nel medesimo reato” etc. richieda operazioni di “concretizzazione” certamente diversissime.

Nondimeno, scontata questa eterogeneità nei meccanismi d’integrazione, pur sempre analoghi si rivelano gli effetti di ognuna di queste clausole sul coefficiente di determinatezza e, quindi, sulla qualità della norma: e senza enormi differenze, su questo piano, nel passaggio da clausole metagiuridiche a clausole interne (giuridiche, analogiche, estensive).

Si tratta ora di vedere – prima di soffermarsi in chiusura sulla gestione giurisprudenziale di alcune clausole emblematiche – quali siano in generale le ripercussioni di queste formule vaghe sul *nullum crimen*, nella sua dimensione interna ed europea.

7. Come più volte ribadito, è evidente che, al di là delle differenze morfologiche, le varie tipologie di clausole generali presentano problemi comuni in ordine a potenziali effetti distonici sul principio di determinatezza e, quindi, di colpevolezza e prevedibilità.

Un tipo di problemi che, in diritto penale, interpella il *custode interno* dei principi di garanzia; ma anche, in maniera sempre crescente, il *custode sovranazionale* dei diritti umani.

Si è già richiamata, in proposito, la doppia dimensione, per l’appunto interna e sovranazionale, del *nullum crimen*¹¹².

Ci è si soffermati, altresì, sulla nozione ampia di *nullum crimen*, ricordando come già nella prospettiva interna, tracciata da alcune sentenze fondamentali della nostra Corte costituzionale, vi siano collegamenti necessari tra determinatezza (“qualità” della norma) e “profili comunicativi” (conoscibilità/colpevolezza) del rapporto autorità/persona.

Come già visto, i collegamenti tra chiarezza della norma e “profili comunicativi” si rivelano ancora più accentuati nella prospettiva della Corte europea dei diritti dell’uomo, sotto forma di *prévisibilité de la lois pénale/ foreseeability of criminal law*.

Vediamo allora le prestazioni del *nullum crimen* nella giurisprudenza delle due corti, cominciando dalla Consulta e soffermandoci in particolare sugli orientamenti riguardanti norme penali che contengano clausole generali.

La nostra Corte costituzionale offre, in materia di espressioni vaghe o concetti elastici o di clausole generali, una giurisprudenza più o meno costante e comunque consolidata, riferibile per lo più a clausole consistenti in frammenti di disposizioni penali e, in particolare, alla formulazione di fattispecie incriminatrici.

¹¹² Cfr. *supra* § 3 e § 3.1, anche per i riferimenti alla letteratura indispensabili a chiarire tra l’altro le differenze del *nullum crimen* in termini di orientazione finalistica (che nella prospettiva CEDU sono solo i diritti umani, non anche, per esempio, la separazione dei poteri), di contenuti, di accessibilità al giudizio dinanzi alla Corte, rispettivamente, di Roma o di Strasburgo, etc.

A prescindere dagli esiti quasi sempre “salvifici” per la norma sospettata di illegittimità al metro del principio di determinatezza, a cui conducono le motivazioni utilizzate dalla Corte (come noto rarissimi sono i casi di declaratoria di incostituzionalità), la giurisprudenza in questione si muove nel segno di tre argomenti, ricostruibili come altrettanti criteri interpretativi delle disposizioni contenenti clausole generali: criterio sistematico, criterio finalistico, criterio del “diritto vivente”.

In via riassuntiva, con il criterio *sistematico* la Corte ricusa un atteggiamento “atomistico” e orientato in esclusiva ai singoli elementi di una fattispecie separatamente considerati, e afferma, invece, la necessità di una ricostruzione interpretativa “sistemica” e in un certo senso “olistica”: nessun elemento di una disposizione è una monade, da considerare come isolata dal contesto normativo nel quale si inserisce.

Ne consegue che è indispensabile raccordare l’elemento vago o elastico con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e, più in generale, con la complessiva disciplina di riferimento:

«la verifica del rispetto del principio di determinatezza della norma penale va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento *descrittivo* [?] dell’illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce»¹³.

Il secondo criterio, quello *finalistico* o della *ratio legis*, si muove sul piano teleologico e impone di tener conto delle finalità perseguite dall’incriminazione, ancora una volta alla luce del contesto normativo in cui si inserisce.

Insomma, considerando in maniera integrata i due primi criteri, ne viene che la «inclusione nella formula descrittiva dell’illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero [...] di clausole generali o concetti “elastici” non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato», allorquando il *recupero di tassatività* sia reso possibile, per il giudice e per il destinatario della norma, dalla «descrizione complessiva del fatto incriminato», avuto riguardo alle «finalità

¹³ Così, per es., C. cost., n. 327/2008, sull’infondatezza della questione di illegittimità dell’art. 434 Cp (disastro innominato). Nello stesso senso, più di recente, C. cost. n. 282/2010 (non fondatezza della questione di legittimità dell’art. 9 co. 2 l. 1423/1956 che sanziona penalmente le prescrizioni di *vivere onestamente*, di *rispettare le leggi* e *non dare ragione di sospetti*: norma poi trasfusa nel codice antimafia); e C. cost., n. 172/2014 (non fondatezza della questione di legittimità dell’art. 612-bis Cp: atti persecutori). Cfr. inoltre, in precedenza, C. cost., n. 5/2004 (sulla quale vedi la nota s.) e già, per es., C. cost., n. 247/1989 (non fondatezza della questione sollevata sull’art. 4 n. 7 l. 516/1982: alterazione “in misura rilevante” del risultato della dichiarazione fiscale): «Quel che non può esser, in ogni caso, metodologicamente consentito è “isolare” la “misura rilevante” dagli altri elementi della fattispecie nella quale tale “misura” è inserita, per confrontare quest’ultima, e solo quest’ultima, con il precetto di determinatezza [...]».

perseguite dall'incriminazione» (*argomento finalistico, o della "ratio legis"*) e al «più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca» (*argomento sistematico*)¹⁴.

Il terzo criterio, infine, fa leva sulla *verifica del diritto vivente*: con il quale si finisce per "storicizzare" l'esegesi della disposizione "elastica", mediante una verifica dei significati attribuiti alla stessa nella giurisprudenza consolidata, alla luce dei casi in essa sussunti in sede applicativa¹⁵. Un criterio che si affaccia esplicitamente in alcune sentenze, ma che, sottotraccia, è spesso presente come argomento implicito.

Il riferimento della Corte costituzionale al "diritto vivente" sembra assimilabile per certi versi – lo si vedrà a momenti – a quel che accade nella giurisprudenza della Corte Edu, dove notoriamente, anche per ragioni di eterogeneità dei sistemi giuridici dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, la nozione di "law" (ai fini della *foreseeability of criminal law*) è intesa nel senso più ampio, a comprendere tanto lo *statutory law* quanto il *case-law*.

Il diritto vivente consente una considerazione complessiva e integrata dell'ordinamento, al completo dei formanti legale e giurisprudenziale, spendibile, secondo la nostra Corte, quando si possa ritenere che «la giurisprudenza [...] ha conferito all'espressione contestata un significato univoco»¹⁶. In questo caso, «i dubbi di costituzionalità sollevati sotto il profilo della violazione del principio di legalità *non hanno più ragione di essere*, ove si tenga conto del risalente e oramai consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale, seguito dalla giurisprudenza comune, per il quale gli estremi necessari per qualificare [...] la condotta incriminata risultano determinati con sufficiente precisione»¹⁷.

Quello del "diritto vivente" è il criterio più interessante: sospeso tra buon senso e pragmatismo giuridico, da un lato, e leva per scardinare mediante una verifica sulla prassi applicativa la funzione garantistica del *nullum crimen*, dall'altro.

Ci torneremo più avanti. Per ora basti osservare come in sé non sia un argomento da rifiutare: là dove si ammette che eventuali dubbi preesistenti «non hanno più ragione di essere» alla luce dell'interpretazione oramai consolidata, sembrerebbe farsi un implicito riferimento alla diffusa distinzione tra "disposizione" (che, nella sua formulazione, può risultare indeterminata) e "norma" (come prodotto

¹⁴ I passi riportati sono tratti da C. cost., sent. 5/2004, infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 14 co. 5-ter Tulmm (reato di trattenimento sul territorio dello Stato "senza giustificato motivo"). Tale pronuncia è poi ripresa da molte di quelle successive: da ultimo, per es., C. cost., sent. 21/2009, infondatezza della questione riguardante l'art. 12 co. 1 Tulmm (favoreggiamento all'ingresso illegale dello straniero in altro Stato).

¹⁵ In generale, per es., sotto angolazioni differenti: A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano 1994, *passim*; E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano 2005, 136 ss., 304 ss.; D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia* 2012, 2013, 19 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2013, 144.

¹⁶ Cfr. C. cost., n. 31/1995, infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 174 co. 1 n. 3 Cpm (rivolta mediante "eccessi").

¹⁷ Così, in relazione ai reati militari di "sedizione" (artt. 182 e 183 Cpm), C. cost., n. 519 /2000 (corsivo mio).

dell'interpretazione, che può anche contribuire a superare le iniziali incertezze)¹¹⁸. Tuttavia non può essere utilizzato come argomento di per sé solo decisivo, a dispetto degli esiti forniti dagli altri criteri interpretativi: altrimenti qualsiasi interpretazione scorretta (ad es. frutto di operazioni analogiche della giurisprudenza, o che non tengano conto del criterio sistematico o di quello finalistico) riceverebbe una validazione postuma dalla semplice "reiterazione dell'errore".

Si osservi, inoltre, come quello del diritto vivente sia un argomento che potrebbe risultare perfino paradossale in riferimento ad alcune clausole generali, ovvero quelle più classiche, che – sulla falsariga del concetto di "osceno" – consentono un adeguamento temporalmente dinamico della norma a carattere metagiuridico, in funzione, appunto, di valvole od organi respiratori del sistema: ammettere un consolidamento pietrificante ne annullerebbe le virtualità dinamiche, sia *in malam* che *in bonam partem*.

Ad esempio: se il metro unico per valutare la rispondenza al *nullum crimen* della clausola generale sulla quale è incentrata la fattispecie di atti osceni (oggi di soltanto residua rilevanza penale) fosse il diritto vivente, una volta registrato che lo stesso si era consolidato nel senso di ritenere tipica la condotta della bagnante che prenda il sole a seno nudo, ciò avrebbe dovuto impedire interpretazioni diverse e meno repressive, che, registrando i mutamenti culturali e sociali, hanno ristretto l'ambito applicativo della fattispecie via via che si allargava la superficie corporea ritenuta "esponibile". La pietrificazione conseguente alla consolidazione di un diritto vivente in tema di atti osceni sarebbe in definitiva contraria alla disposizione (art. 529 Cp) che impone di rinvenire il giudizio sulla base del comune sentimento del pudore nelle diverse temperie storiche, culturali e sociali.

Le clausole generali, almeno certune tra di esse, sono normalmente ("per statuto") aperte alla possibilità di *overruling*.

Invero, il fatto che una clausola generale assuma oggi una significazione accettabilmente consolidata, non mette al riparo da possibili cambiamenti di rotta nell'interpretazione giurisprudenziale (almeno nei sistemi penali di *civil law*, dove non c'è un vincolo del precedente).

Insomma, e per riassumere, secondo la costante giurisprudenza del "custode interno" del *nullum crimen*, «il principio di determinatezza non esclude [...] l'ammissibilità di formule elastiche», quindi l'utilizzo di clausole generali deve ritenersi compatibile tutte le volte in cui il loro significato riceva «adeguata luce» in

¹¹⁸ Anche per ulteriori riferimenti, M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, cit., 87 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 17 ss. Per una riflessione critica sulla distinzione, nell'ambito della teoria dell'interpretazione costituzionale, cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino 2011, 91 ss.

sede interpretativa in relazione alla finalità perseguita dalla previsione e al contesto in cui la stessa si innesta, tenuto conto altresì del diritto vivente¹¹⁹.

Si deve concludere che il recupero di determinatezza, mediante l'argomento sistematico o finalistico o all'esito della verifica del diritto vivente, sia ritenuto implicitamente "non sufficiente" nei casi – rarissimi – in cui la Corte è pervenuta a una dichiarazione di illegittimità costituzionale¹²⁰.

A prescindere dalla correttezza dei criteri interpretativi utilizzati dalla nostra Corte per dare contenuto al canone della sufficiente determinatezza, le vere perplessità riguardano in effetti la quasi assenza, al metro del "*nullum crimen interno*", di declaratorie di illegittimità riguardanti le condizioni di qualità della norma e la sua capacità di parlare ai destinatari.

Veniamo ora brevemente, come preannunciato, alla dimensione sovranazionale del *nullum crimen* e, dunque, alla giurisprudenza del suo "custode europeo".

La giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 7 Cedu restituisce, come noto, un principio di legalità declinato in termini di *accessibilità* del precetto e di *calcolabilità* delle conseguenze sanzionatorie, inglobando dunque la *prevedibilità* delle decisioni giudiziali in materia penale. Si è già segnalato come, nel contesto euroconvenzionale, in tema di standard qualitativo di chiarezza della norma l'accento cada sui "profili comunicativi". Questa declinazione coinvolge, in sostanza, un diritto della persona a poter fare *affidamento* sull'interpretazione che la giurisprudenza fornirà (in futuro) di un particolare precetto o istituto¹²¹.

Come pure già ricordato, ciò significa che oggetto del giudizio sulla qualità della norma non è soltanto il testo della disposizione incriminatrice o, in senso più lato, penale; bensì anche la giurisprudenza che, in sede di applicazione, ne precisa i significati.

Ne deriva – tornando sul piano del discorso qui condotto – che, per decidere della compatibilità o meno al *nullum crimen* euroconvenzionale di una previsione penale "vaga", si dovrà valutare la chiarezza complessiva della norma alla luce della giurisprudenza maturata sulla disposizione "sospetta".

Possiamo, per brevità, riassumere la nozione ampia che nella giurisprudenza di Strasburgo assume il principio *nulla poena sine lege* (come da intitolazione dell'art. 7), richiamando soltanto un passo, noto, di una recente pronuncia della Grande Camera:

¹¹⁹ Cfr., nella giurisprudenza recente, C. cost., n. 172/2014, che ha dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità dell'art. 612-bis Cp (atti persecutori) utilizzando tutti e tre i criteri qui discussi.

¹²⁰ C. cost., n. 34/1995, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7-bis l. 39/1990: straniero, destinatario del provvedimento di espulsione, che "non si adopera" per ottenere il rilascio del documento di viaggio (una sorta di indefinibile e amplissima clausola metagiuridica di natura "empirica" e sostanzialmente priva di contenuto normativo).

¹²¹ Cfr., per tutti, il più volte menzionato saggio di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 10 ss. Per una rassegna aggiornata sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 7, F. MAZZACUVA, *Art. 7. Nulla poena sine lege*, cit., 236 ss.

«[...] offences and the relevant penalties must be clearly defined by law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision, if need be with the assistance of the courts' interpretation of it and after taking appropriate legal advice, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty he faces on that account [...]»¹²².

E sulla nozione di «prevedibilità della legge penale» sarà sufficiente ripercorrere gli argomenti spesi in ulteriori tre paragrafi della stessa sentenza¹²³, là dove la Grande Camera precisa che la nozione di legge utilizzata all'art. 7 della Convenzione¹²⁴ include il «diritto d'origine sia legislativa che giurisprudenziale» e implica talune “condizioni qualitative”, tra le quali quelle di *accessibility and foreseeability* (nella versione francese: *accessibilité et prévisibilité*), ovvero sia, *qualitative requirements* che devono essere rispettati sia per la definizione del reato sia per la pena che ne consegue¹²⁵.

La Corte aggiunge – centrando a questo punto perfettamente la tematica qui esaminata – considerazioni generali sull'impossibilità di precisione assoluta delle leggi e sulla necessità di utilizzare tecniche standard di regolazione che facciano ricorso, piuttosto che a liste esaustive, a *clausole generali*¹²⁶. Così, facendo professione di realismo, i giudici di Strasburgo registrano come la legge si serva spesso di «*formule più o meno vaghe*, la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica».

Pertanto, a prescindere dal livello di chiarezza della disposizione di legge, anche di quelle penali, vi è inevitabilmente «un elemento d'interpretazione giudiziale», indispensabile a chiarire i punti dubbi e ad adeguare la norma alle mutevoli situazioni¹²⁷.

¹²² C. eur. GC 21.10.2013, Del Rio Prada c. Spagna, § 79. Poi ripresa, per es., da C. eur., 14.4.2015, Contrada c. Italia, § 60 (che riporta il passo tratto da Del Rio Prada anche in versione italiana: «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti»).

¹²³ Si tratta dei §§ 91-93.

¹²⁴ Benché con le sfumature linguistiche che caratterizzano il termine nelle diverse lingue, il riferimento è contenuto tanto nell'intitolazione (che però, nelle diverse versioni nazionali, suona un po' differente: *nulla poena sine lege*, *without law*, *sans loi*) quanto nel testo (dove pure si apprezzano differenze: *secondo la legge nazionale o internazionale*, *under national or international law*, *d'après le droit national ou international*) dell'art. 7 della Convenzione.

¹²⁵ C. eur. GC, 21.10.2013, Del Rio Prada c. Spagna, § 91.

¹²⁶ In realtà letteralmente il § 92 parla di «*catégories générales*» nel testo francese; e di «*general categorisations*» in quello inglese. Ma, l'interpretazione “sistematica” del passo (la contrapposizione con la tecnica delle liste esaustive e la presenza di formule vaghe), restituisce in maniera evidente il senso di queste più generiche espressioni, qui equivalenti a quella di *clausole generali*.

¹²⁷ C. eur. GC, 21.10.2013, Del Rio Prada c. Spagna, § 92.

Inoltre, si aggiunge, la certezza, benché desiderabile, si accompagna talvolta a una rigidità eccessiva: mentre il diritto deve sapersi adattare alle mutevoli situazioni concrete. Da qui, dunque, il ruolo riconosciuto alla giurisprudenza:

«*The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain [...]. The progressive development of criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition in the Convention States [...]. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen [...]. The lack of an accessible and reasonably foreseeable judicial interpretation can even lead to a finding of a violation of the accused's Article 7 rights [...]. Were that not the case, the object and the purpose of this provision – namely that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment – would be defeated*». ¹²⁸.

Ricollegandosi alle statuizioni della nostra Corte costituzionale sulle capacità “sananti” del “diritto vivente”, ci sembra importante sottolineare che, benché il ruolo di chiarificazione delle formule vaghe da parte dell’interpretazione giurisprudenziale sia ovviamente ammesso anche in ambiente CEDU, ossia in un contesto storicamente, culturalmente e istituzionalmente più aperto a tali “suggestioni da *common law*”, tuttavia la dimensione euroconvenzionale del *nullum crimen* subordina tale verifica alla condizione che il risultato interpretativo maturato sia pur sempre *coerente con la sostanza dell’incriminazione e ragionevolmente prevedibile* (al momento della condotta).

Del resto, è la stessa Corte interna a rifarsi alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di standard qualitativi delle norme, e quindi di *accessibility and foreseeability*, nel mentre dubita della compatibilità con il *nullum crimen* di una regola di giudizio, per vero vaghissima, formulata *dall’altra Corte europea*: il riferimento è alla già menzionata vicenda Taricco¹²⁹. A proposito della quale, si potrebbe fondatamente avanzare il dubbio che la Corte costituzionale, in tema di determinatezza, sia molto più esigente verso le regole (di giudizio) vaghe di provenienza europea di quanto non lo sia nei confronti delle leggi italiane. Sul punto si tornerà ancora brevemente più avanti: anche perché, al di là del giudizio negativo sullo scarso *interventismo* della nostra Corte in tema di (in)determinatezza, forse non è del tutto fuori luogo guardare con maggior sospetto le regole vaghe contenute in sentenze (di corti superiori, interne o sovranazionali che siano) rispetto a quelle contenute in testi legislativi.

8. 8.1. Si vuole fare riferimento al gruppo tipologico che include il maggior numero di ipotesi: *clausole generali consistenti in frammenti di disposizioni o,*

¹²⁸ C. eur. GC, 21.10.2013, Del Rio Prada c. Spagna, § 93, corsivi aggiunti (sono state eliminate, per brevità, le molte indicazioni di precedenti riportate nella motivazione).

¹²⁹ Rispettivamente: C. cost., ord. n. 24/2017 e C.G.U.E, 8.9.2015, causa C-105/14.

comunque, in enunciati normativi con i quali si opera un rinvio normativo a carattere valutativo e con funzione integrativa a parametri di giudizio esterni al diritto, e apprezzabili su piani diversi: morale, sociale, relazionale, culturale, scientifico, tecnico, esperienziale, quantitativo non numerico, economico, empirico, politico, pubblicistico, etc.¹³⁰. Il legislatore opera così una “delega” al giudice per il reperimento della regola di giudizio sulla base di un parametro che consente un adeguamento della norma alle mutevoli situazioni concrete, spesso in stretto rapporto con il momento storico di applicazione della disposizione.

Tra le clausole che rinviano a una valutazione mutevole in base al momento storico, si pensi agli elementi normativi di valutazione “culturale”: concetti normativi come *osceno*, *pubblica decenza*, *pubblico scandalo*, etc., il cui substrato valoriale è “storicamente”, “sociologicamente” e “culturalmente” dinamico, in quanto mutevole secondo le epoche e i contesti di riferimento. Oppure ai concetti normativi “epistemologicamente” o “tecnologicamente” dinamici, come quelli di *rischio* (da ridurre al minimo), *sicurezza* (tecnologicamente esigibile), *perizia* (riferibile al rispetto di norme tecniche o di protocolli cautelari) o (principio di) *precauzione* (in presenza di un’incompletezza del quadro di evidenze), poiché il loro contenuto dipende dalle conoscenze acquisite in base al progresso scientifico, tecnico, tecnologico, etc.¹³¹.

Chiaro che la clausola metagiuridica, in quanto enunciato normativo che si caratterizza come frammento di una disposizione ovvero come frammento di una regola di giudizio contenuta in una sentenza, può prendere forme diversissime. La possiamo trovare come *elemento costitutivo* di una fattispecie incriminatrice (comune sentimento del pudore, osceno, colpa per negligenza, prudenza, imperizia), o come elemento di una *esimente in senso lato* (offesa ingiusta, particolare tenuità del fatto) o di una *circostanza del reato* (rilevante gravità, speciale tenuità); ovvero, ancora, quale elemento rilevante in sede di *commisurazione della pena* (capacità a delinquere); oppure, infine, quale *presupposto di applicazione delle conseguenze sanzionatorie* (capacità di intendere e di volere, in relazione alle pene; pericolosità sociale, con riferimento alle misure di sicurezza), etc.

Prescindendo da ulteriori esempi, si ha l'impressione (un po' paradossalmente, in considerazione anche della abbondanza di clausole che rinviano a parametri d'integrazione metagiuridici), che, in fondo, quello delle clausole metagiuridiche sia il gruppo tipologico per certi versi meno problematico, benché su alcune delle ipotesi in esso inquadrabili persistano notevoli difficoltà di compatibilità con i canoni del *nullum crimen*.

Le esemplificazioni sarebbero comunque troppe e il discorso diverrebbe ingestibile nello spazio qui a disposizione.

Anche per questo motivo, ma soprattutto per il carattere emblematico che l'esempio riveste, si vuole spostare l'attenzione su un caso di *clausola generale*

¹³⁰ Per alcune esemplificazioni già svolte *supra*, si rinvia al § 6.

¹³¹ Sulla distinzione tra clausole generali («elementi normativi») «di valutazione culturale» e clausole generali «di rinvio al sapere tecnico e scientifico», v. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 146 ss., 321 ss.

consistente in una regula iuris enucleata dal giudice. Un norma, frutto di interpretazione di testi giuridici, formulata dai giudici in maniera vaga.

Abbiamo già ricordato che queste clausole, il cui solo censimento si mostra di difficile realizzazione pratica, consistono in enunciati vaghi annidati in una sentenza: ovviamente, non in qualunque luogo della pronuncia, ma nel principio di diritto o nella regola di giudizio formulata nel provvedimento riferibile a una corte superiore: con funzione nomofilattica interna (Cassazione, specialmente a Sezioni unite)¹³²; ma anche con funzione di giudice deputato a scrutinare la conformità al diritto euroconvenzionale (CEDU) o a quello eurounitario (CGUE).

Utilizzando la classificazione di Chiassoni, queste “clausole giurisprudenziali” potrebbero denominarsi *clausole generali-norme implicite*, ossia, stando alla classificazione dell’Autore, quelle – diverse dalle clausole generali-locuzioni (i sintagmi valutativi), dalle clausole generali-disposizioni (la cui formulazione contiene una o più CG-locuzioni) e dalle clausole generali-norme esplicite (risultato dell’interpretazione di CG-disposizioni) – consistenti in «enunciati normativi del discorso giudiziale o dottrinale, contenenti CG-locuzioni, che non rappresentano il risultato dell’interpretazione di CG-disposizioni, ma sono invece il prodotto del ricorso da parte degli interpreti a tecniche di integrazione del diritto esplicito, quali ad esempio la c.d. induzione giuridica, la derivazione da singoli principi generali o fondamenti dell’ordinamento, la derivazione da insiemi (“sistemi”) di principi e costruzioni dottrinali, la derivazione dalla natura delle cose, ecc.»¹³³.

8.1.1. Come già accennato *supra*, un esempio di “clausola generale giurisprudenziale”, “altisonante” per la provenienza, si può identificare nella regola formulata dalla Corte di giustizia dell’Unione europea in uno dei passaggi fondamentali della *saga Taricco*.

La c.d. “regola Taricco” interpreta l’art. 325 co. 1 TFUE¹³⁴ nel senso che lo stesso imponga la disapplicazione delle disposizioni del diritto interno sulla prescrizione (artt. 160 ult. co. e 161 co. 2 Cp) quando le stesse impediscono al giudice di infliggere

¹³² Per alcuni esempi riferibili alla nostra Cassazione, e sopra ricordati in nota, si rinvia a F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 26 ss., in part. 28 s. L’Autore indica come esempi recenti di formulazione giudiziale, da parte del massimo organo nomofilattico, di regole di diritto indeterminate la “quantificazione del profitto confiscabile” (Cass. S.U. 27.3.2008, n. 26654, *Impregilo*, in *RIDPP* 2008, 1758 ss. con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*) e la “distinzione tra corruzione e induzione indebita” (Cass. S.U. 24.10.2013, n. 12228, *Maldera*, in *DPC*, 17.3.2014, con nota di G. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e ‘induzione indebita’: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*).

¹³³ P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria giuridica e dogmatica giuridica*, cit., 1694.

¹³⁴ «L’Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione».

sanzioni effettive e dissuasive «in un numero considerevole di casi di frode grave che ledano gli interessi finanziari dell'Unione europea»¹³⁵.

Questa regola di giudizio poggia su una clausola generale incentrata su un parametro valutativo a carattere *quantitativo-non-numeric*o.

In uno degli ulteriori passaggi di questa vicenda giudiziaria, la Corte costituzionale, come pure già evocato, ha poi fondato la sua domanda in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, tra l'altro, sul principio di legalità/determinatezza:

«In tale prospettiva si tratta di verificare se la regola enunciata dalla sentenza resa in causa Taricco sia idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria e anche su questo terreno occorre osservare che non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole di casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia»¹³⁶.

Ci si limita soltanto a ricordare in questa sede¹³⁷ come il riferimento alla determinatezza sia svolto dalla nostra Corte secondo il lessico "euro-convenzionale", allargando, dunque, la verifica al riscontro di una base legale sufficientemente determinata anche nel senso del carattere di *prevedibilità* della regola. Così la Corte costituzionale:

«questa Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo co., e 161, secondo co., cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi[...]»¹³⁸.

Ora, prescindendo da ogni ulteriore considerazione sulla vicenda – al centro di un vivissimo interesse da parte della dottrina italiana di estrazione penalistica, costituzionalistica, internazionalistica etc. – su queste clausole giurisprudenziali, che provengano da Roma, da Strasburgo o, come in questo esempio, dal Lussemburgo, si può dire in generale che sono le più intollerabili e le più lontane dal *nullum crimen*, sia nella nozione interna dei principi ad esso ricollegabili, sia al metro integrato su base euroconvenzionale.

Non foss'altro che per una ragione banale: mentre quelle contenute in disposizioni attendono la loro disambiguazione da parte del singolo giudice al contatto con il caso e, sperabilmente, potrebbero convertirsi in norme di diritto vivente stabili e prevedibili (oppure, benché l'evenienza, come visto, sia esasperatamente rara, potrebbero subire una declaratoria di incostituzionalità);

¹³⁵ C.G.U.E, 8.9.2015, in causa C-105/14, Taricco.

¹³⁶ C. cost., ord. 24/2017, § 5.

¹³⁷ Per i necessari ragguagli si rinvia al § 3.1.

¹³⁸ C. cost., ord. 24/2017, § 5.

quelle contenute invece in sentenze di giudici superiori (corti supreme interne o corti sovranazionali, che “parlano” in maniera, a seconda dei casi, più o meno vincolante ai giudici “comuni” – oltre che alle singole persone) rappresentano il fallimento della valenza comunicativa della norma e la sua quasi definitiva “incalcolabilità”. A meno che non si attenda la eventuale e improbabile successiva stabilizzazione applicativa del parametro valutativo, censita mediante verifica circa la consolidazione di una scelta giurisprudenziale del tutto arbitraria: per esempio, restando a Taricco, là dove si consolidasse la tendenza dei giudici a quantificare il *numero considerevole di casi di frode grave* in un valore numerico o percentuale (a prescindere dalle difficoltà cognitive di reperimento del dato quantitativo su base empirica, sia da parte del giudicante per orientare la sua decisione, sia da parte dei potenziali evasori, per orientare le loro scelte...).

In presenza di una clausola “giudiziale” ci troviamo di fronte a una sorta di delega del giudice “superiore” (“interno” o “sovranazionale”) al giudice “inferiore” (“interno”), che potrebbe, a tacer d’altro, far insorgere più di un dubbio dal punto di vista del vincolo del secondo giudice *solo* alla legge (almeno là dove vi sia un vincolo per il giudice “inferiore” verso la regola di giudizio del giudice superiore). A differenza delle “normali” clausole generali contenute in disposizioni di legge, la clausola giudiziale vedrebbe il giudice superiore erigersi a creatore di norme vaghe (non più soltanto ad autorevole interprete e “concretizzatore” delle stesse a partire da un testo legale che le contiene), così sovvertendo completamente i rapporti tra la fonte scritta e quella giudiziale. Insomma, qui sembra più che altro (o almeno anche) un problema di riserva di legge, e non (solo) di determinatezza.

Peraltro, clausole insanabilmente indeterminate della Corte di Giustizia europea, come quella qui portata ad esempio, recano regole di giudizio che impongono, su tale base di inemendabile e irriducibile incertezza, la *disapplicazione* di norme interne incidenti sulla (non) punibilità.

8.2. Si tratta di clausole in cui il *parametro di integrazione extratestuale è schiettamente ed esplicitamente “inragiuridico” o “interno”, nel senso che si utilizza un meccanismo di rinvio espresso che rimanda a criteri di valutazione apprezzabili sul piano giuridico: anche se, tuttavia, resta pur sempre un rinvio largamente aperto ed ex ante indefinito e affidato alla chiusura ex post da parte del giudice, per la estrema varietà di integrazioni, tutte possibili (anche se non necessariamente tutte legittime al metro del *nullum crimen*), della disposizione. Il ruolo di maggior spicco in questo gruppo tipologico lo giocano, come già avvertito, le clausole consistenti in frammenti centrali e notevoli della disposizione, paragonabili o coincidenti con norme almeno parzialmente in bianco.*

Per esempio, sono *clausole di rinvio intragiuridico esplicito e (almeno parzialmente) in bianco*: la colpa specifica o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline; l’inosservanza di provvedimenti legalmente dati dall’autorità; l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere; l’inosservanza della prescrizione di rispettare le leggi da parte di soggetto sottoposto a misura di prevenzione; etc.

Proprio le recenti peripezie, interne e sovranazionali, di quest'ultima clausola meritano una breve considerazione, dovendosi prescindere, invece, da ulteriori ipotesi.

8.2.1. Il delitto di inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale si regge su un rinvio in bianco alle prescrizioni che saranno imposte dal tribunale nel decreto di applicazione della misura di prevenzione *ante delictum*¹³⁹. Tuttavia, tra le prescrizioni di necessaria imposizione, da includere «in ogni caso», figurano anche quelle di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi»¹⁴⁰.

Ne risulta una sorta di doppio rinvio in bianco, o di rinvio all'infinito, che si perde in un *circolo normativo vizioso*: la legge, con una norma penale in bianco, affida al provvedimento del giudice l'esatta individuazione delle prescrizioni che debbono accompagnare la misura; ma il provvedimento del giudice deve in ogni caso contenere la prescrizione *in bianco* di (vivere onestamente e di) rispettare le leggi, rinviando così, a sua volta, alla legge... Una tecnica normativa capace di far venire alla mente immagini paradossali, come le due mani che si disegnano vicendevolmente di una celebre litografia del geniale artista olandese M.C. Escher (*Mani che disegnano*, 1948): qui le mani sono quelle del legislatore e del giudice, impegnate in un autoreferenziale rimando senza fine.

Se qualche dubbio circa la natura tipologica potrebbe aversi per il *vivere onestamente*, che ben potrebbe avere anche un significato giuridico più sfumato, essendo apprezzabile anche sul piano metagiuridico, nessun dubbio residua sulla giuridicità della clausola del *rispettare le leggi*.

La fattispecie incriminatrice di inosservanza della prescrizioni, fondata com'è sui menzionati presupposti di *honeste vivere*, se non fosse per la soggettività ristretta (riguarda solo le persone sottoposte alla misura di prevenzione), si avvicinerebbe paurosamente al famigerato *Schurkenparagraph*, o “paragrafo del briccone”, di belinghiana memoria¹⁴¹: una sorta di “disposizione *omnia*”, una macro-clausola generale che vanificherebbe il *nullum crimen* nonostante l'apparente rispetto formale della riserva di legge¹⁴².

¹³⁹ Art. 75 co. 2, in relazione all'art. 8 co. 4 d. lgs. 159/2011. In precedenza, la fattispecie era prevista dall'art. 9 co. 2, in relazione all'art. 5 co. 3 l. 1423/1956 (poi abrogato e sostituito dal codice antimafia).

¹⁴⁰ Nella versione precedente a quella contenuta del codice antimafia, alle prime due prescrizioni si aggiungeva la terza di *non dare ragione di sospetti* (all'art. 5 co. 3 l. 1423/1956, poi abr.).

¹⁴¹ E. VON BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, 300. Lo ricorda, proprio in relazione a questa fattispecie, anche F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, cit., 5.

¹⁴² Su altre e famigerate macro-clausole storicamente inverte – la effimera *Verordnung über die Einsetzung von Revolutionstribunalen N. 10*, emanata nella Bayerische Räterepublik nel 1919 («Jeder Verstoss gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft. / Die Art der Strafe steht im freien Ermessen des Richters»); e il § 2 del codice penale tedesco, dopo le modifiche del 1935, sopravvissute fino alla caduta del nazismo («È punito chiunque commette un fatto che la legge dichiara punibile oppure che merita di essere punito secondo l'idea fondamentale [*Grundgedanke*] di una legge penale e secondo il sano sentimento popolare [*gesundes Volksempfinden*]. Se per il fatto non trova applicazione diretta alcuna specifica legge penale, lo stesso è punito secondo la legge la cui idea

Questa curiosa fattispecie ha tuttavia superato indenne lo scrutinio della Corte costituzionale, benché nella (sostanzialmente) pedissequa versione antecedente: quella dell'art. 9 co. 2 l. 1423/1956, abrogato e sostituito nel 2011 dall'art. 75 co. 2 codice antimafia¹⁴³. La Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione incriminatrice nella parte in cui sanziona penalmente le prescrizioni di *vivere onestamente*, di *rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti* (art. 5 co. 3 l. 1423/1956).

Per salvare la fattispecie dal dubbio di costituzionalità, la sentenza fa riferimento, tra l'altro, a taluni dei già ricordati criteri interpretativi professati dalla giurisprudenza della Corte per recuperare determinatezza in presenza di clausole generali (o termini polisensibili, espressioni sommarie, termini elastici, che dir si voglia): il criterio sistematico-olistico e il criterio finalistico o della *ratio legis*¹⁴⁴.

Segnatamente, in questo caso, i giudici delle leggi si riferiscono alla necessità di valutare le "prescrizioni" sospettate di indeterminatezza (*vivere onestamente*, etc.) non in modo isolato, ma nel contesto delle altre prescrizioni richieste dalla disposizione dell'art. 5 l. 1423/1956 (ora, dell'art. 8 codice antimafia), dando anche rilievo – sempre sul piano di una lettura sistematica e attenta alle finalità perseguite dall'incriminazione – alla natura di "reato proprio", poiché l'incriminazione riguarda solo i sorvegliati speciali. Per quanto concerne più in particolare la prescrizione di "rispettare le leggi", essa non sarebbe indeterminata, riferendosi al dovere, imposto al sorvegliato, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, e quindi non soltanto quelle penali, bensì qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale del soggetto.

Come anticipato, la legge è poi stata abrogata dal d. lgs. 159/2011 (c.d. codice antimafia): ma le prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi (non anche la terza, fondata sul "dare ragione di sospetti") sono, ora, replicate all'art. 8 co. 4 del codice antimafia, che continua a incriminarne a titolo di delitto l'inosservanza.

La legittimità di tale fattispecie andrà probabilmente rivista, nel futuro prossimo, al "metro euroconvenzionale" del *nullum crimen*, come formulato da ultimo proprio a proposito delle prescrizioni che fanno da presupposto all'applicazione della misura personale di prevenzione *ante delictum* della sorveglianza speciale già prevista dall'art. 9 co. 2 l. 1423/1956. Come già ricordato più sopra¹⁴⁵, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia – sebbene in relazione alla violazione della libertà di circolazione (art. 2 Prot. 4 Cedu) e non al *nulla poena sine lege* (art. 7 Cedu) – dichiarando incompatibile la disciplina delle misure personali di prevenzione *ante delictum* fondate sulle fattispecie di pericolosità "generica" di cui alla l. n. 1423/1956 (poi trasfusa nell'art. 1 del codice antimafia), sulla

fondamentale vi corrisponda meglio») – si rinvia a quanto osservato in *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti Stile*, cit., 489 s.

¹⁴³ C. cost., sent. 282/2010.

¹⁴⁴ La sentenza indica, quali precedenti della Corte in tema di clausole generali: C. cost., sent. n. 327/2008; n. 5/2004 e n. 122/1993.

¹⁴⁵ *Supra*, § 5.

base della “insufficiente prevedibilità” delle conseguenze della propria condotta proprio perché è straordinariamente vago il contenuto delle prescrizioni per i destinatari della misura¹⁴⁶.

Un difetto qualitativo della norma che, di necessità, si ribalta anche sulla fattispecie delittuosa già salvata dalla Corte costituzionale.

Il paradossale congegno col quale il legislatore rimanda al giudice che a sua volta prescrive di rispettare le leggi, e che, come detto, fa venire alla mente *la mano che disegna la mano*, poteva e può essere cancellato da una *terza mano*: quella del giudice costituzionale.

8.3. Le clausole di questo terzo gruppo tipologico sono quelle formulate secondo tecniche di “analogia anticipata” o “esplicita”, che forzano in maniera variabile il principio di determinatezza/tassatività, con esiti quindi differenziati sul piano della loro legittimità o meno¹⁴⁷.

Esempi, già menzionati, sono rinvenibili nelle formule: crollo di costruzioni o *altro disastro* (artt. 434 Cp); sottrazione, occultamento o guasto di apparecchi a pubblica difesa in occasione di incendio, inondazione, sommersione, naufragio o *altro disastro* (art. 436 Cp); arruolamenti o *altri atti ostili* contro uno Stato estero che espongono l'Italia al pericolo di guerra (art. 244 Cp); omicidio commesso col mezzo di sostanze venefiche, ovvero *altro mezzo insidioso* (artt. 576 n. 2 e 577 n. 2), etc.

II. La decisione circa la compatibilità o meno di queste clausole con il *nullum crimen* dipende dalla possibilità che la disposizione, letta in prospettiva sistematica e finalistica, offra elementi di chiusura della fattispecie, tali da restituirne i contorni con sufficiente chiarezza (mentre il diritto vivente può solo rappresentare la stabilizzazione dei casi sussumibili, senza che possa valere a “sanare” un esito interpretativo scorretto al metro dei primi due).

Emblematica appare l'incriminazione dell'art. 434 Cp, incentrato sulla nozione di *disastro innominato*: ovverosia, un *altro disastro*, da ricavare, quale formula di chiusura, sulla base dei caratteri strutturali dei disastri tipizzati nello stesso articolo (il crollo di costruzioni) e negli «articoli precedenti» in tema di delitti di comune pericolo mediante violenza. Lo stesso vale per l'art. 436 Cp (sottrazione, occultamento o guasto di apparecchi a pubblica difesa contro infortuni): l'*altro disastro o pubblico infortunio* che chiude l'elencazione deve essere individuato sulla

¹⁴⁶ C. eur. GC, 23.2.2017, de Tommaso c. Italia, sulla quale cfr. i già evocati commenti di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, cit., passim, in part. 5 (e qui il parallelo con lo *Schurkenparagraph*); e A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, cit.

¹⁴⁷ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 181 ss. Per una riflessione sul divieto di analogia, in rapporto alla disintegrazione del *nullum crimen sine lege* da parte della letteratura penalistica contemporanea quando assegna al legislatore e al giudice un ruolo paritario nella produzione delle norme penali, si veda G. MARINUCCI, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *RIDPP* 2007, 1254 ss.

base dell'analogia strutturale ed offensiva con quelli enumerati (incendio, inondazione, sommersione e naufragio).

Il dinamismo di queste clausole è funzionale a colmare possibili lacune derivanti dalla tipizzazione delle forme del disastro, mediante "apertura" della fattispecie a forme ulteriori, purché con caratteri strutturali ed effetti distruttivi analoghi. Queste disposizioni sono e vanno lette come fattispecie ad *analogia anticipata ed esplicita*, ma anche "obbligatoria" per il giudice, nel senso (e solo in questo) che non può sussumervi anche casi privi di relazione analogica con quelli enumerati a modello. Vale a dire: se casi debbono essere "aggiunti", può trattarsi soltanto di casi che presentano una *eadem ratio* rispetto a quelli che fanno da parametro di integrazione.

Tuttavia, la giurisprudenza ha utilizzato la disposizione sul disastro innominato dell'art. 434 Cp per operazioni di sussunzione che vanno ben oltre l'analogia esplicitata dalla disposizione e ne rappresentano, perciò, una violazione.

Soffermiamoci brevemente su questo esempio.

8.3.1. La struttura esplicitamente aperta all'integrazione analogica della fattispecie di disastro innominato dell'art. 434 Cp ne ha favorito nel tempo un uso strumentale alle variabili istanze di tutela, a fronte di preoccupanti fenomenologie dannose o pericolose. Tanto con riferimento a manifestazioni gravi o allarmanti di inquinamento, ritenute integrare un "disastro ambientale"; quanto, negli ultimi tempi, anche in relazione a plurimi eventi lesivi ritenuti espressione, sulla base di indagini epidemiologiche, di un eccesso di morbilità o mortalità rispetto ai coefficienti attesi ("disastro sanitario")¹⁴⁸.

La sussunzione costantemente operata negli ultimi anni del "disastro ambientale" nell'orbita del disastro innominato è stata solitamente spiegata in dottrina – per lo più in termini molto critici – quale *risposta adattiva* della giurisprudenza alla mancanza di una incriminazione specifica nel diritto penale dell'ambiente. Fattispecie poi introdotta soltanto nel 2015, con l'art. 452-*quater* Cp, nel nuovo titolo VI-*bis*, dedicato ai delitti contro l'ambiente.

Come già ricordato in un altro studio, la sussunzione di eventi distruttivi nella nozione di disastro "innominato" – vale a dire: disastro "atipico" – implica il potere del giudice di "nominare" le ipotesi di "altro" disastro che, *in via performativa*,

¹⁴⁸ Emblematica, benché dall'esito profondamente deludente per le vittime, la vicenda processuale sul caso Eternit, culminata con l'annullamento della condanna in Cassazione: Cass. 19.11.2014, n. 1292, Schmidheiny. La sentenza ha comunque "confermato", in motivazione, la riconducibilità all'art. 434 del disastro ambientale a dinamica seriale e continuativa. Sul caso Eternit, ci si permette di rinviare, anche per riferimenti, a: *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, II, *Impresa e sicurezza* (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp), a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Bologna 2015, 107-139; ai riferimenti là svolti si possono aggiungere, per es., L. MASERA, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *RIDPP* 2015, 1565 ss.; E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *AP* 2015 (3), 1 ss.; M. VENTUROLI, *Il caso Eternit: l'inadeguatezza del disastro innominato a reprimere i "disastri ambientali"*, in *GI* 2015, 1219 ss.

diventano “tipiche”¹⁴⁹. Un *potere* che, per non diventare *arbitrio*, deve osservare limiti interpretativi il più possibile stringenti, valorizzando le pur esigue indicazioni disponibili. Nel caso in esame: a) la clausola di sussidiarietà con cui si apre la formulazione dell’art. 434 Cp («fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti»); b) la collocazione sistematica della fattispecie incriminatrice tra i «delitti di comune pericolo mediante violenza»; c) le modalità e finalità di tutela delle fattispecie di disastro (naturale e tecnologico) previste dalle disposizioni che precedono quella di disastro innominato.

La formulazione “sincopata” dell’incriminazione (che, nell’ipotesi più grave, formulata al co. 2, punisce *chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, cagiona un altro disastro*) affida la sua possibile selezione tipizzante interamente e soltanto al concetto – analogico – di “altro disastro”.

Come già ricordato, sull’art. 434 Cp si è pronunciata nel 2008 la Corte costituzionale dichiarando non fondata la questione sollevata anche con riferimento al principio di determinatezza¹⁵⁰. E tanto ha fatto utilizzando il solito *test* di compatibilità con il principio di determinatezza delle disposizioni incentrate su delle clausole generali: il criterio sistematico-olistico, quello della *ratio legis* e, infine, quello del diritto vivente.

La sentenza della Corte ha salvato l’incriminazione nonostante – questo il suo maggior torto – “nel diritto vivente” si fosse già affermata in quel momento una lettura svincolata dal necessario vincolo al parametro analogico: ovvero la giurisprudenza riconduceva già all’art. 434 Cp disastri ambientali a dinamica seriale e continuativa, che nulla hanno di analogo rispetto al crollo di costruzioni o agli altri disastri tipizzati dalle disposizioni precedenti che prevedono delitti di comune pericolo mediante violenza.

La Corte *adombra* queste letture problematiche, e ciò nonostante *salva* la disposizione, benché la stessa sia oramai utilizzata per dare copertura a fenomenologie tanto preoccupanti quanto irriducibili alla formula *analogica* della

¹⁴⁹ Può, infatti, riconoscersi effetto performativo, secondo la teoria degli atti linguistici (J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford 1962, *passim*), anche ai divieti (o ai comandi), per lo meno nel senso che gli stessi non si limitano a descrivere un fatto, ma lo producono: producono il divieto. Lo fa, in seconda battuta, anche il giudice, in sede di interpretazione della disposizione del legislatore. In questo senso, la tipizzazione è (performativamente) avvenuta. Resta di volta in volta da verificare, ovviamente, la validità (legittimità) dell’operazione.

¹⁵⁰ C. cost., sent. 327/2008, sulla quale, per tutti, F. GIUNTA, *I contorni del «disastro innominato» e l’ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*, in *GCost* 2008, 3539 ss. Nessun dubbio che si tratti di una clausola generale analogica esplicita o anticipata: in questo senso la stessa sent. 327/2008, che espressamente riconduce formule come quella dell’*altro disastro* alle «clausole generali» o a «espressioni sommarie», «vocaboli polisensivi», «concetti elastici». In dottrina, con riferimento all’*altro disastro*, scrive espressamente di «clausola generale a valenza analogica», L.D. VERGINE, *Il c.d. disastro ambientale: l’involuzione interpretativa dell’art. 434 cod. pen.*, parte seconda, in *Ambiente&Sviluppo* 2013, 647.

fattispecie in esame. La Corte si limita ad auspicare l'intervento del legislatore penale affinché «disciplini in modo autonomo tali fattispecie criminose»¹⁵¹.

Per la verità, proprio i criteri interpretativi elaborati dalla Consulta, con la finalità di consentire il recupero di tassatività/determinatezza/precisione per le fattispecie contenenti clausole generali o concetti elastici, sembrano di ostacolo all'individuazione, a partire dalla "disposizione" dell'art. 434 Cp, di una "norma" che incrimini il disastro ambientale o il disastro sanitario¹⁵².

Né l'argomento sistematico né quello finalistico consentono di desumere dalla disposizione che punisce il "disastro senza nome" una norma che renda tipica (anche) la causazione di un disastro ambientale sotto forma di contaminazione o inquinamento seriale delle matrici ecologiche o di disastro sanitario sotto forma di eccesso di casi patologici rispetto a quelli attesi (fenomeno epidemico).

Le indagini più raffinate sul tema hanno dimostrato la natura tendenzialmente "contestuale" e la dinamica "limitata" nel tempo di tutti i disastri del capo I del titolo VI del codice, ai quali l'art. 434 Cp si richiama:

«Strutturalmente, la nozione di disastro presuppone, infatti, la "concentrazione" spazio-temporale, con caratteristiche di immediatezza incompatibili con la permanenza del reato. Se si vuole che il disastro sia individuabile e storicamente dimostrabile e determinabile, esso non può non concretizzarsi in un evento che si materializzi in modo tendenzialmente circoscritto nel tempo e nello spazio, ossia in un fenomeno tipico, da valutarsi *hic et nunc*»¹⁵³.

¹⁵¹ La Corte così concludeva la motivazione: «Ferma restando la conclusione raggiunta, è tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e, tra esse, segnatamente, l'ipotesi del disastro ambientale, che viene in discussione nei giudizi *de quibus* – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose».

¹⁵² Resta impregiudicata la convinzione, condivisa non solo da chi scrive, circa la necessità politico-criminale di introdurre nell'ordinamento innovativi delitti di disastro ambientale e di disastro sanitario, funzionali al tentativo di predisporre di più adeguati strumenti normativi di tutela contro fenomenologie di danni o pericoli su vasta scala – specialmente a dinamica seriale e diluita nel tempo – innescati dalle attività industriali o tecnologiche. Una necessità alla quale, solo da ultimo, come si è detto, il legislatore – anche raccogliendo l'auspicio formulato dalla Corte costituzionale proprio con la sentenza n. 327 del 2008 – ha tentato di fornire una risposta, peraltro tutta da verificare in sede applicativa, con la riforma in tema di ecodelitti (per tutti, C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino 2015, *passim*).

¹⁵³ A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, IX, Milano 2008, 179 ss.

Ne deriva che una pluralità di micro-eventi (ad es., di immissione di sostanze tossiche nell'ambiente) non sarà mai sussumibile, in maniera cumulativa e unificata, nella categoria del disastro¹⁵⁴.

Con l'ulteriore conseguenza di rendere intellegibile la distanza concettuale tra il disastro, da un lato, e il grave inquinamento di un sito o la contaminazione delle matrici ecologiche, dall'altro, quale pluralità di micro-eventi a dinamica seriale e progressiva sviluppatasi in un lungo arco di tempo. D'altronde, la "contestualità" di un unitario macro-evento di portata distruttiva rende risolvibili i formidabili problemi, altrimenti insuperabili, di identificazione del momento consumativo del reato posti dalla ricostruzione "dilatata" o "permanente" del disastro, nei quali si sono avvitate, con esiti diversissimi, le motivazioni delle sentenze di merito e legittimità sul caso Eternit.

La non riconducibilità ermeneutica delle fenomenologie a dinamica duratura e cumulativa al disastro innominato, sulla base dei criteri finalistico e sistematico, non può essere superata in nessun caso da una ricognizione del *diritto vivente*, il quale pure vi sussume micro-immissioni seriali e progressive nelle matrici ecologiche. Se l'operazione di ricostruzione ermeneutica condotta mediante i criteri finalistico e sistematico impedisce di ricondurre alla fattispecie "vaga" una data costellazioni di casi, in quanto non vi è identità di *ratio* alla luce della complessiva rilettura della fattispecie nel suo contesto di disciplina, la lacuna non può essere colmata mediante il solo ricorso all'argomento del diritto vivente. Ammettere una capacità "taumaturgica" del c.d. diritto vivente¹⁵⁵, capace di superare, a mo' di rimedio salvifico, le conclusioni ricavabili mediante gli altri canoni interpretativi, equivarrebbe a una vanificazione del divieto di analogia e, quindi, del principio tassatività quale necessaria articolazione del principio di legalità.

¹⁵⁴ Sono invece "altri disastri" rispetto a quelli enumerati nello stesso articolo (crollo di costruzioni) e in quelli precedenti (incendio, disastro aviatorio, disastro ferroviario, naufragio, inondazione, frana, valanga, etc.), e ricevono certamente "copertura analogica" ai sensi dell'art. 434 Cp, ad es.: incidenti stradali di rilevante gravità, come il rovesciamento di un'autocorriera; caduta di ascensori; incaglio di una nave; scoppio di ordigni bellici; esplosioni di impianti, come caldaie). Lo stesso deve dirsi di alcune ipotesi di *disastro ambientale*, la cui dinamica etiologica tendenzialmente immediata sia ancora assimilabile al crollo o ai disastri degli articoli precedenti (es.: sventramento di parte di una montagna, con irreversibile alterazione geomorfologica; deviazione del corso di un torrente; guasto di un depuratore con conseguente grave e rapido sversamento di sostanze tossiche in un corso d'acqua, con conseguente pericolo per l'incolumità pubblica; interrimento o deposito su fondali marini di tonnellate di rifiuti pericolosi, esplosione di un impianto industriale con diffusione di fumi contenenti sostanze tossiche etc.).

¹⁵⁵ Di capacità "taumaturgica" assegnata al diritto vivente, inteso alla stregua di "unguento salvifico" dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, scrive anche F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, cit., 2738 ss., a commento di C. cost., sent. 172/2014, cit., che, anche rifacendosi al diritto vivente, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'art. 612-bis Cp (atti persecutori) sollevata per contrasto con il principio di determinatezza.

D'altronde, anche ove si giungesse a una conclusione diversa, privilegiando una concezione che valorizzi oltremodo la *norma come pratica*, quindi prendendo atto della riconosciuta punibilità *ex art. 434 Cp* dei fatti di disastro ambientale mediante immissioni a dinamica progressiva e seriale, occorrerebbe stabilire il *dies a quo* in cui può ritenersi consolidata tale soluzione interpretativa. Con la conseguenza che, anche a voler ritenere “sterilizzati” i problemi di determinatezza della fattispecie, la stessa, alla luce della sua portata incriminatrice innovativa rispetto al passato (al diritto “non più vivente”), finirebbe per porre altre, non secondarie questioni.

In primo luogo, rispetto a fatti realizzati prima che la nuova interpretazione “inclusiva” di forme “diacroniche” di disastro ambientale si consolidasse, potrebbe affacciarsi il dubbio di un'applicazione *retroattiva* di una *norma* che, immutata sul piano legislativo la *disposizione* (art. 437), sarebbe frutto esclusivamente di un'evoluzione giurisprudenziale (creativa).

In secondo luogo, si potrebbe obiettare che la norma incriminatrice frutto dell'evoluzione giurisprudenziale in esame, almeno rispetto a fatti *precedenti* alla sua avvenuta consolidazione (e, ma solo dal 2015, alla previsione positiva nell'art. 452-*quater* Cp), sarebbe difficilmente “conoscibile” da parte del cittadino-destinatario al momento di realizzazione della condotta, con conseguenti ricadute sul piano del principio di colpevolezza (o, con linguaggio euroconvenzionale, di prevedibilità).

8.4. Al di là delle evidenti differenze sistematiche nei rispettivi meccanismi di integrazione, i problemi posti dalle *clausole generali consistenti in frammenti di norme* (clausole metagiuridiche, intragiuridiche, analogiche) non sono poi troppo diversi da quelli connessi alle *macro-clausole generali riguardanti alcune forme di manifestazione del reato: reato omissivo improprio* (art. 40 co. 2 Cp); *concorso di persone nel reato* (art. 110 Cp) e *cooperazione colposa* (art. 113 Cp); *tentativo* (art. 56 Cp)¹⁵⁶. In ogni caso, analoghi sono i potenziali effetti di indeterminatezza (e, quelli, connessi, sul piano della colpevolezza/prevedibilità).

Siamo qui al cospetto di clausole di parte generale: collocazione che, come visto, potrebbe indurre a un giudizio complessivamente meno drastico sulla loro scarsa determinatezza¹⁵⁷.

Il meccanismo di *rinvio* normativo risulta auto-evidente con riferimento ai primi tre gruppi tipologici, in cui si collocano comunque clausole consistenti in frammenti di disposizioni a mezzo dei quali si effettua un rimando extratestuale a parametri esterni (metagiuridici, giuridici, analogici). Ma un meccanismo simile non è completamente estraneo neppure alla classe delle macro-clausole generali sulle quali sono costruite le forme di manifestazione del reato degli artt. 110, 56, 40 co. 2 Cp: almeno nel senso che le stesse, nel produrre un fenomeno di *estensione della sfera di tipicità* di singole incriminazioni, implicano, per via della loro natura

¹⁵⁶ “Clausole generali di incriminazione suppletiva”, secondo la denominazione proposta nella dottrina penalistica da L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., *passim*.

¹⁵⁷ Cfr. *supra*, § 4.

ampiamente “ellittica”, un implicito rimando a un substrato dogmatico (e, in questo senso, giuridico) di fonte giurisprudenziale e dottrinale (anche, oramai, di tipo precomprensivo) senza del quale quelle categorie perderebbero sostanza normativa¹⁵⁸.

Come attribuire altrimenti significato a un istituto quale, per esempio, il concorso di persone, fondato su una disposizione – quella dell’art. 110 Cp – formulata, per così dire, in maniera del tutto apodittica?

Come noto, il modello “unitario” di tipizzazione del concorso di persone, prescelto dal legislatore del 1930, è un modello di *non tipizzazione* del contributo partecipativo penalmente rilevante¹⁵⁹. Insomma, senza un riferimento a dati extratestuali (giurisprudenziali/dottrinali), ovvero: senza fare ricorso al significato normativo attuale di “concorso di persone nel reato”, l’identificazione del contributo partecipativo penalmente rilevante sarebbe o impossibile o (del tutto) arbitraria¹⁶⁰.

Non dissimile il discorso relativo alle altre due clausole: in particolare e in via esemplificativa, la definizione dell’*obbligo giuridico di impedire l’evento* (art. 40 co. 2 Cp) è ampiamente tributaria dell’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, e della sua evoluzione progressiva (per dire: dalla teoria formale a quella sostanziale delle posizioni di garanzia); la individuazione degli *atti idonei e diretti in modo univoco* (art. 56 Cp) diverrebbe ogni volta complicatissima senza poter attingere alla stratificata elaborazione sulla categoria dogmatica del tentativo.

Le clausole di incriminazione suppletiva consistono di figure di parte generale che, mediante richiamo (anche implicito) a singole fattispecie incriminatrici, consentono una *estensione della punibilità ad ipotesi altrimenti atipiche*: disposizioni quindi che, nella loro interezza e non semplicemente a mezzo di un frammento, contengono una macro-clausola generale destinata a combinarsi con singole disposizioni incriminatrici. Si tratta di figure di parte generale che funzionano come autentici “moltiplicatori” di fattispecie penali: ossia di incriminazioni supplementari, ottenute per “gemmazione” da una fattispecie incriminatrice “base” contenuta nella parte speciale o nella legislazione complementare. Qui la clausola generale non è più confinata in un frammento ovvero ridotta a elemento della fattispecie incriminatrice

¹⁵⁸ Una nozione di “diritto vivente” più ampia, stratificata nella coscienza collettiva (dei giuristi), quale *law in action* in senso lato, riferibile cioè a qualcosa che va oltre il solo dato “autoritativo” dei testi delle leggi e delle sentenze.

¹⁵⁹ Sulla questione, oltre alle ricostruzioni manualistiche (tra le quali, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 512 ss.), si rinvia alle considerazioni aggiornate e ai diffusi riferimenti bibliografici di M. DONINI, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, cit., in part. 6 ss.

¹⁶⁰ Cfr. ancora M. DONINI, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, cit., 8: «L’interpretazione conforme a Costituzione, peraltro, impone che i limiti della cultura del codice del 1930 siano rivisti alla luce dei principi di tipicità, appunto, e di responsabilità personale e per fatto proprio. Alla carenza di tipicità dell’art. 110 Cp [...], dunque, si è sostituita una tipizzazione interpretativa giurisprudenziale e dottrinale [...]» (corsivo originale).

o, più in generale, della disposizione penale, ma “occupa” per intero il contenuto della disposizione che la reca.

L'ampiezza dell'estensione della punibilità e il grado di indeterminatezza delle fattispecie “riproducibili” mediante tali moltiplicatori si accrescono in modo esponenziale nelle ipotesi (più o meno controverse) di *applicazione cumulativa (e reciproca) di due clausole* di incriminazione, dando vita a una sorta di terzo livello di criminalizzazione, ancora più lontano dalla selezione operata dal legislatore sul piano della singola fattispecie-base (tentativo di delitto omissivo improprio, tentativo di concorso, concorso in delitto tentato, concorso mediante omissione in reato commissivo, concorso in reato omissivo improprio)¹⁶¹.

Anche quest'ultima tipologia di clausole consiste di regole di giudizio elastiche ed ellittiche, quindi specialmente per il “non detto”. Una disamina anche solo minimamente diffusa sarebbe impossibile. Limitiamoci a ricordare in maniera telegrafica i termini di queste formule ellittiche, con riferimento – schematico – alle singole ipotesi di clausole estensive o suppletive.

i) Tentativo: *atti idonei diretti in modo non equivoco alla realizzazione di un delitto*.

Nella formulazione si riconoscono taluni elementi di selettività, stabiliti dal legislatore: deve trattarsi di delitti (con esclusione delle contravvenzioni) dolosi (con esclusione della colpa) e di pericolo concreto (si discute però se a base parziale o totale).

L'ellissi – il “non detto” – riguarda i requisiti dell'idoneità e dell'univocità (il primo risolto, di solito, mediante riferimento alla non punibilità del reato impossibile)¹⁶²; ma anche la compatibilità strutturale o meno del tentativo con le diverse tipologie di reato (es., reati di pericolo, reati omissivi, etc.) e con le diverse tipologie di dolo (es., dolo eventuale).

ii) Omissione impropria: *non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire “equivale” a cagionarlo*.

Un limite selettivo, benché non incontrovertito, può individuarsi nella possibilità di azionare la clausola estensiva (“di equivalenza”) in relazione ai soli reati di evento naturalistico, almeno nelle realizzazioni monosoggettive. Chiaro che gli eventuali limiti selettivi individuati dal legislatore (o radicati nell'interpretazione corrente) sono destinati a “saltare” nelle ipotesi di applicazione congiunta delle clausole dell'art. 40 co. 2 Cp e dell'art. 110 Cp (concorso mediante omissione).

Sul “non detto” dalla clausola “di equivalenza” tra cagionare e non impedire, si addensa una serie di interrogativi dogmatici ormai affatto tradizionali, riguardanti da

¹⁶¹ L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., 151 ss.

¹⁶² Per limitarsi a un solo riferimento, circa la «irriducibile vaghezza» della disposizione dell'art. 56 e sui suoi rapporti con quella sul reato putativo e impossibile (art. 49 Cp), si veda la vastissima indagine storica e comparata di S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano 2012, condotta alla luce della questione del tentativo inidoneo e delle diverse soluzioni che la stessa riceve negli altri ordinamenti.

un lato i criteri di individuazione degli obblighi “giuridici” di impedimento; dall’altro, la sfera di operatività della clausola di equivalenza: solo reati di evento causalmente orientati o altresì reati di mera condotta e reati di evento a forma vincolata? con riferimento a tutti i beni giuridici, compresi quelli patrimoniali, o solo a quelli “primari”, come la vita e l’incolumità individuale e collettiva? L’ampiezza della formulazione non sembrerebbe consentire una selettività teleologica, che una parte della dottrina ricava per lo più sulla base di argomenti di plausibilità politico-criminale¹⁶³.

Inoltre, il conflitto con il *nullum crimen* si estende qui anche alla riserva di legge, ove si ammetta, come consueto, che l’obbligo *giuridico* possa avere *fonte extralegale e non scritta* (un problema “formale” di certo non risolto dal successo teorico conosciuto dalla teoria – “sostanziale” – delle posizioni di garanzia: in questo senso, meritorio, sebbene di enorme difficoltà, lo sforzo di tipizzazione intrapreso dai compilatori del “Progetto Grosso” di riforma del codice penale del 2001).

iii) Concorso di persone: la clausola riproduce un modello di tipizzazione così detta “unitaria” (o, fuor di metafora, di vera e propria “non tipizzazione”) su base causale: *quando più persone concorrono nel reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni seguenti*¹⁶⁴.

Il riferimento alle disposizioni seguenti riguarda le disposizioni successive all’art. 110 Cp, aventi per lo più rilievo circostanziale.

Qui si rinuncia quasi totalmente a selezionare i tipi di contributi penalmente rilevanti. Il *trionfo del non detto*, della formulazione ellittica, della tautologia normativa: con l’esclusione di un implicito riferimento al nesso causale (ma si tratta di *causalità effettiva?* di *potenziale idoneità?* di *aumento del rischio?*), il riferimento è a *qualsiasi condotta, materiale o anche morale*, mediante il problematico utilizzo, in quest’ultima costellazione di casi, della categoria della *causalità psichica*¹⁶⁵.

Insomma, un rinvio alla mutevole “sensibilità dell’interprete” cui è demandato di adeguare il dato astratto e generalissimo alla cangiante concretezza dei fatti storici. Una delega al riempimento del vuoto di tipicità.

In relazione alla clausola generale del concorso di persone, all’affievolimento dei principi già menzionati (determinatezza-tassatività, ma anche sussidiarietà, proporzione, frammentarietà...), si accompagna lo svilimento del canone della

¹⁶³ Per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 626 ss.

¹⁶⁴ Problemi ancora maggiori riguardano la cooperazione colposa (art. 113 Cp), in cui confluiscono quelli riferibili alla partecipazione criminosa e quelli riconducibili alla colpa: per tutti, ed esprimendosi in termini di clausola generale, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 544 ss.

¹⁶⁵ Sulla causalità psichica, v.: L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Bologna 2001, 187 ss.; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *IP* 2004, 815 ss.; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007, *passim*; F. CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *DPP* 2009, 767 ss.; D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell’interazione psichica*, in *Ius17* 2010, 165 ss.

personalità della responsabilità penale, nella sua accezione “minima”: la formulazione dell’art. 110 Cp consente (non impedisce) uno sconfinamento nei territori sinistri della responsabilità per fatto altrui. Un concentrato di mancanze nei confronti del principio del *nullum crimen*, nella sua accezione complessa, sin qui seguita.

Vediamo, per concludere questa rassegna, un solo esempio problematico, riconducibile proprio a una delle più note dilatazioni applicative subite dalla clausola del concorso, in relazione alla “famigerata” figura del concorso esterno in reato associativo.

8.4.1. Si è già menzionata la recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Contrada contro Italia* con riferimento all’evoluzione giurisprudenziale “creativa” della norma sul “concorso esterno in associazione mafiosa”, a partire dalla clausola generale del concorso di persone e dalla sua combinazione con la fattispecie del delitto associativo¹⁶⁶.

Come noto, la condanna dell’Italia è motivata sulla base della violazione dell’art. 7 CEDU, con riferimento ai principi di irretroattività e di necessaria conoscibilità della legge penale all’epoca di commissione dei fatti: non si stigmatizza, cioè, la creazione giurisprudenziale della norma, ma la sua applicabilità a condotte realizzate quando la possibilità di punire ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis Cp era ancora – a giudizio della Corte europea – incerta e contraddittoria. La Corte ritiene che «il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry» delle Sezioni unite della Cassazione italiana¹⁶⁷.

La Corte applica, dunque, il *nullum crimen* nella sua già più volte ricordata declinazione euroconvenzionale¹⁶⁸, che conduce alla verifica circa il rispetto dello standard qualitativo della norma anche alla luce della accessibilità e della prevedibilità.

Che il concorso esterno sia frutto di applicazione della clausola di parte generale o dell’estensione delle figure di partecipi di parte speciale¹⁶⁹, la quarantennale vicenda interpretativa della nozione, con l’intervento di tre celebri sentenze delle Sezioni unite (casi Demitry del 1994; Carnevale 2002 e Mannino 2005), fa sorgere il dubbio circa l’arbitrarietà della individuazione – da parte della Corte di Strasburgo – del momento di “consolidazione” della norma nel diritto vivente, ai fini

¹⁶⁶ C. eur. 14.4.2015, *Contrada c. Italie* (n° 3), in part. §§ 64-76, sulla quale v. i riferimenti svolti *supra*, § 3.1.

¹⁶⁷ *Ibidem*, § 74.

¹⁶⁸ Mediante riferimento, tra gli altri, al già più volte menzionato precedente della Grande Camera in *Del Rio Prada c. Spagna* del 2013 (per raggugli: *supra*, § 7).

¹⁶⁹ Come ritiene M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, cit., 17 ss.

dell'affidamento dei destinatari sulla sua "vigenza", nella prima pronuncia del massimo organo nomofilattico.

Ma soprattutto dimostra, ancora una volta, tutta la problematicità della scelta di "non tipizzazione" delle figure dei concorrenti nell'art. 110 Cp; e, comunque, le difficoltà di gestione razionale di questo tipo di clausole di parte generale: specialmente allorquando siano destinate a combinarsi con incriminazioni di parte speciale permeate di istanze (anche comprensibili) di politica criminale, inopportunamente affidate alla sola magistratura¹⁷⁰.

9. Il ricorso a clausole generali indeterminate o, comunque, a formulazioni connotate da eccessiva vaghezza contribuisce, assieme ad altre cause, a rendere il diritto penale «sempre più incerto»¹⁷¹.

Al netto di ipotesi di sostanziale *inevitabilità* – per ragioni di tecnica normativa – del ricorso a formulazioni eccessivamente elastiche o aperte, questo diritto penale sempre più incerto non è, però, sempre tollerabile¹⁷².

Più esattamente, l'inevitabilità deve intendersi in un duplice senso: *i*) come impossibilità di evitare l'utilizzo di una clausola generale o di una formula vaga per "descrivere" quella data fattispecie o, più in generale, nel *drafting* di una data disposizione; *ii*) come necessità, sulla base di una valutazione di sussidiarietà/*ultima ratio* e di offensività, di procedere alla "criminalizzazione" di quella fattispecie da parte del legislatore (o, più in generale, di introdurre quella disposizione penale).

Gli strappi al *nullum crimen*, nella sua duplice dimensione interna e sovranazionale, rendono intollerabile l'uso di formule vaghe, la cui disambiguazione sia preventivamente "incalcolabile". Le esigenze ineludibili poste da tale vincolo garantistico hanno qualche speranza di essere salvaguardate soltanto in presenza di clausole che consentano operazioni ermeneutiche di "chiusura" della fattispecie (di passaggio dalla disposizione alla norma) secondo modalità ancora prevedibili *ex ante* (al momento della condotta) e controllabili *ex post* (in sede di scrutinio giudiziale successivo in sede di rimedi procedimentali interni e sovranazionali).

Come già si concludeva in una precedente occasione, di certo non potremo mai dire conclusa *l'avventura delle clausole generali*, né esaurito il loro *tempo*¹⁷³. Semmai, pure nell'attuale contesto di crescente complessità e

¹⁷⁰ Parla di "ermeneutica di lotta" nella creazione della figura del concorrente esterno, auspicando una soluzione legislativa, M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, cit., 20 s.

¹⁷¹ Su questa tendenza («*Das Strafrecht wird immer unklarer*») e sul contributo non esclusivo dato ad essa dalle clausole generali, cfr. le risalenti considerazioni di W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, cit., 3, 12 s., 26 s. Sul ruolo dell'applicazione del diritto in presenza di un diritto penale sempre più incerto, e sulle implicazioni apprezzabili anche in termini di ripartizione (tra autore e vittima) del rischio dell'interpretazione, affidata al momento applicativo («*Verteilung des Interpretationsrisikos durch die Rechtsanwendung*»), *ibidem*, 16 ss., 21 ss., 26 s.

¹⁷² Al di là della sua eventuale e contingente "efficacia". Si rinvia, sul tema, all'affresco di F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *CrD* 2001, 206 ss.

¹⁷³ Per riprendere i titoli di noti contributi di due illustri civilisti: C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit.

“internazionalizzazione” del diritto penale nazionale, si dovrà per un verso ridurre il ricorso alle formulazioni eccessivamente aperte e vaghe; per altro verso sventare il pericolo di una legislazione ipertrofica, o eccessivamente casistica, capace, sebbene per ragioni opposte a quelle collegate alle clausole generali, di interrompere quel *flusso comunicativo tra autorità e persona* che è fondamento teorico – insieme indimostrato, ma concettualmente e ideologicamente irrinunciabile – della pena e del diritto penale nel suo complesso.

D’altro canto, non bisogna dimenticare la natura ambivalente della legalità e la sua immanente aporia: come un Giano bifronte mostra, oramai da sempre, un volto luminoso e uno più oscuro e inquietante. La legalità, insomma, è, sì, strumento di garanzia dell’individuo; ma può essere altresì strumento autoritario¹⁷⁴. Del resto, il codice Rocco conservava la legalità formale, senza tuttavia rinunciare a un diritto penale autoritario dentro al codice e fuori di esso.

Questa ambivalenza è plasticamente visibile anche riguardando le formule qui studiate. Le clausole generali, *in criminalibus*, sono ordigni ambigui: più facilmente, questi tranelli del linguaggio, generano incertezza, immettendo disordine nel sistema con le loro formule entropiche, così favorendo l’arbitrio repressivo e contribuendo alla formazione di *un diritto incalcolabile* che rende imprevedibili le conseguenze delle proprie azioni¹⁷⁵. E tuttavia, proprio perché sono metafore di vaghezza, le clausole potrebbero talora funzionare come “valvole di disinnescamento” o come “fattori di dissipazione” della portata repressiva di certe disposizioni: dando rilievo, per esempio, a situazioni in senso lato esimenti o con effetti *in bonam partem*, valutabili discrezionalmente dal giudicante.

Indizi del ruolo ambivalente che si può assegnare alle clausole generali emergono anche nella storia recente, a proposito di previsioni incriminatrici in tema di immigrazione ritenute, per varie e più o meno condivisibili ragioni, “sgradevoli”¹⁷⁶, e che non presentano tra i loro elementi “negativi” formule – come “senza giustificato motivo” – che proprio per la loro vaghezza permettano di considerare situazioni di oggettiva o soggettiva non “rimproverabilità” o comunque che incidono sulla meritevolezza di pena della persona.

Per fare un esempio concreto, è storia recente una certa “resistenza” di alcuni giudici o uffici giudiziari rispetto all’introduzione del c.d. reato di “immigrazione clandestina”, avvenuta nel 2009 all’art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/2008 (t.u. immigrazione), che sanziona l’ingresso e il soggiorno illegali nel territorio dello Stato. Un tale

¹⁷⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 109 ss. Per una bella ricostruzione sintetica, M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 377-385.

¹⁷⁵ L’espressione, già più volte evocata, è nel bel saggio di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*. Ma figurava già anche nel contesto penalistico, per es. in C. cost., sent. n. 322/2007, sull’*error aetatis*, là dove si affermava che il principio di colpevolezza, assieme a quello di legalità, è garanzia di «libere scelte d’azione sulla base di una valutazione anticipata (“calcolabilità”) delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (§ 2.3 del *Considerato in diritto*).

¹⁷⁶ Ragioni che possono poggiare su piani anche molto diversi: da quello delle convinzioni politiche a quello dell’efficienza della giustizia penale, “ingolfata” da procedimenti per un determinato tipo di reato bagatellare di nuovo conio.

atteggiamento è forse desumibile anche dalla lamentata illegittimità della fattispecie, sollevata in relazione ai principi di colpevolezza, proporzione e ragionevolezza, sotto forma di mancata previsione, per la condotta dell'illecito trattenimento, della clausola «senza giustificato motivo», presente invece nella norma incriminatrice “finitima” di cui all'art. 14 co. 5-ter del medesimo testo unico, che sanziona l'inosservanza dell'ordine di lasciare il territorio nazionale¹⁷⁷.

In sostanza si invoca da parte dei rimettenti la clausola “senza giustificato motivo”, che in precedenza era stata tacciata di indeterminatezza in relazione a una

¹⁷⁷ C. cost., sent. 250/2010, che ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 10-bis del t.u. immigrazione, sollevata tra l'altro con riferimento ai principi di colpevolezza, proporzione e ragionevolezza. Come riporta la sentenza, «il rimettente reputa che la norma impugnata sia costituzionalmente illegittima anzitutto nella parte in cui non annovera, tra gli elementi costitutivi del reato da essa delineato, l'assenza di un “giustificato motivo”, così da evitare la punizione di soggetti la cui irregolare permanenza in Italia, anche se non coperta da una vera e propria causa di giustificazione, risulti comunque non “rimproverabile” per valide ragioni oggettive o soggettive. Alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale in rapporto al reato di cui all'art. 14 co. 5-ter d. lgs. n. 286/1998 (sono citate le sentenze n. 5/2004 e n. 22/2007), si tratterebbe, infatti, di una previsione indispensabile al fine di rendere la fattispecie criminosa conforme ai principi di colpevolezza e di proporzionalità (art. 27 Cost.) [...]. Ne deriverebbe anche la violazione dell'art. 3 Cost., stante l'irrazionale disparità di trattamento rispetto all'ipotesi criminosa di cui al citato art. 14 co. 5-ter che contempla, di contro, il predetto elemento negativo. Le due figure di reato risulterebbero, infatti, pienamente assimilabili, colpendo entrambe la permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato: in un caso (art. 10-bis), per generica violazione delle norme del d. lgs. 286/1998; nell'altro (art. 14 co. 5-ter), per inosservanza specifica dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni. La differente natura dell'obbligo violato potrebbe giustificare, bensì, il diverso trattamento sanzionatorio delle due ipotesi, ma non l'adozione di difformi criteri di valutazione della rimproverabilità della condotta». Così la Corte ha motivato la non fondatezza della questione: «Questa Corte ha avuto modo di pronunciarsi sulla valenza della formula “senza giustificato motivo”, che compare nella norma evocata come *tertium comparationis*, in rapporto a questioni di legittimità costituzionale volte segnatamente a denunciare il difetto di determinatezza di detta clausola e, di riflesso, della fattispecie penale in cui essa si colloca. Nel disattendere la censura, si è rilevato che il significato della locuzione è, in realtà, ricostruibile – mediante una operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito ermeneutico affidato al giudice – alla luce della specifica finalità dell'incriminazione [...] e del quadro normativo su cui l'incriminazione stessa si innesta [...]. In simile prospettiva, “la clausola in questione, se pure non può essere ritenuta evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico – lettura che la renderebbe pleonastica, posto che le scriminanti opererebbero comunque, in quanto istituti di ordine generale – ha tuttavia riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa [...]” (sentenza n. 5 del 2004; ordinanze n. 386/2006, n. 302 e n. 80/2004). [...]. Dalle affermazioni di questa Corte ora ricordate non è lecito peraltro desumere – come mostra invece di ritenere il Giudice di pace di Lecco – che l'inserimento nella formula descrittiva dell'illecito della clausola “senza giustificato motivo” sia indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione, e particolarmente di quello oggetto dell'odierno scrutinio. Se è vero, infatti, che, come già rimarcato, la portata di detta clausola va oltre il mero richiamo alle esimenti di carattere generale, è altrettanto certo, tuttavia, che la mancanza della clausola non impedisce che le esimenti generali trovino comunque applicazione: il che è sufficiente, in ogni caso, a garantire il rispetto del principio costituzionale invocato (diversamente opinando, la clausola stessa dovrebbe rinvenirsi in qualunque norma incriminatrice)».

fattispecie incriminatrice analoga (poi “salvata” dalla Corte). In questo caso, si finisce insomma per “rimpiangere” la formula vaga, consistente in una classica clausola fondata su parametri metagiuridici che danno rilievo ai motivi: una formula di per sé idonea ad assecondare le contingenti finalità repressive del legislatore contemporaneo, spesso non estranee, in materie come la disciplina dell’immigrazione, alle improvide suggestioni di un populismo penale più o meno becero; ma anche uno strumento elastico che nelle mani del giudice può rivelarsi capace di comprimere l’enfasi di quelle finalità, se non di frustrarne in parte le meno commendevoli intenzioni politico-criminali.

In definitiva, benché gli effetti nefasti dell’incalcolabilità riguardino principalmente le persone destinatarie delle norme, la carica entropica delle clausole generali, una volta immesse nel sistema, può manifestarsi in forme impreviste, anche per gli stessi malcauti artefici.

E comunque, resta la sempre ricordata irrinunciabilità del ricorso a (sperabilmente: buone, adeguate) formule di sintesi che consentano un’integrazione controllabile e prevedibile. Dietro al lato cattivo delle clausole generali, può nascondersi eventualmente qualcosa di buono: di scongiurare un diritto (penale) ipertrofico e smisurato, dalle formule descrittive prolisse e inconoscibili, tutte le volte in cui sia inevitabile utilizzare tali formule di integrazione del testo.

Almeno se si vuole evitare che, come in un celebre e paradossale frammento di J.L. Borges, la mappa dell’impero coincida... con l’impero¹⁷⁸.

¹⁷⁸ J.L. BORGES, *Del rigor en la ciencia*, 1946, trad. it.: *Del rigore della scienza*, in ID., *L’artefice*, Adelphi, Milano 1999, 181. L’eccentrica intuizione circa una paradossale carta del Paese con scala 1:1 (“un miglio a un miglio”) è già presente in *Sylvie e Bruno*, il terzo e ultimo romanzo di Lewis Carrol, dove il personaggio chiamato Mein Herr conclude che, benché realizzata, tale mappa non è stata dispiegata per l’opposizione dei contadini, che temevano avrebbe coperto tutta la campagna e oscurato il sole: «Così adesso usiamo la campagna vera e propria come mappa di se stessa e vi assicuro che funziona ottimamente» (L. CARROL, *Sylvie and Bruno*, 1889, e *Sylvie and Bruno concluded*, 1893, trad. it.: *Sylvie e Bruno*, Garzanti, Milano 1996, *passim*). Un’opzione, quest’ultima, non praticabile nel mondo del diritto, dove non si può rinunciare al *medium* linguistico, e nemmeno alle formule sintetiche rappresentate dalle clausole generali.