



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. I

(ESTRATTO)

ANDREA BONOMI

**PUÒ IL DIRITTO VIVENTE RENDERE CHIARA E PRECISA UNA LEGGE
"SOSTANZIALMENTE PENALE" DAL CONTENUTO VAGO ED INCERTO?
DALLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE UNA RISPOSTA NEBULOSA**

19 GENNAIO 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Andrea Bonomi

Può il diritto vivente rendere chiara e precisa una legge “sostanzialmente penale” dal contenuto vago ed incerto? Dalla recente giurisprudenza costituzionale una risposta nebulosa*

ABSTRACT: *The contribution intends to investigate whether, or not, it is decisive the relevance that, with regard to the identification of the parameter aimed at verifying compliance with the principle of determination of the provisions that provide for a substantially punitive sanction, in decision n. 145 of 2020 the Court intends to attribute to the living law.*

SOMMARIO: 1. Le questioni più problematiche connesse al principio di determinatezza: il criterio per appurare la sua violazione e le disposizioni legislative a cui lo stesso può essere applicato. – 2. L'intreccio delle due problematiche nella recente giurisprudenza costituzionale: la [sentenza n. 145 del 2020](#). – 3. Le forti differenze che separano il criterio del diritto vivente e il criterio della non interpretabilità della disposizione e le conseguenze molto diverse che discendono dall'applicazione dell'uno e dell'altro dei due criteri. – 4. La risposta nebulosa che proviene dalla [sentenza n. 145 del 2020](#) e i possibili scenari futuri.

1. Le questioni più problematiche connesse al principio di determinatezza: il criterio per appurare la sua violazione e le disposizioni legislative a cui lo stesso può essere applicato.

Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose è quel principio in virtù del quale il legislatore deve delineare in forma chiara e precisa la legge che contempla una sanzione penale.

Sebbene il principio in esame non risulti esplicitamente costituzionalizzato¹, la dottrina ha concordemente conferito ad esso rango costituzionale pur senza unanimità di vedute in ordine alla norma costituzionale a cui a tal fine far riferimento: alcuni studiosi hanno agganciato il principio all'art. 13 Cost., altri commentatori lo hanno ancorato al principio di colpevolezza, altri ancora lo hanno posto in correlazione col principio di irretroattività della legge penale, qualcuno ne ha addirittura rinvenuto il fondamento nello “spirito dell'intera Costituzione” e infine i più l'hanno inteso come il «nucleo più significativo e genuino»² del principio della riserva di legge posto dall'art. 25, comma 2 Cost.³.

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Fra gli ultimi in dottrina lo definisce un principio «inespresso» G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, 198-199.

Non è superfluo rammentare che questo principio costituzionale non esplicitamente espresso nella Carta costituzionale trova applicazione in riferimento non solo al precetto, ma anche alla cornice edittale: in questo senso paiono oramai orientate sia una parte considerevole della dottrina [cfr., *inter alios*, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 151, secondo cui il principio di determinatezza pone al legislatore «un vincolo nel dosaggio della pena», ovvero nella fissazione di limiti edittali, sì, “distanziati”, ma «non così distanziati da aprire la porta all'arbitrio giudiziario»; volendo, A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione*, in *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, IV, Genova, 2020, 321 ss., sia la stessa Corte costituzionale (cfr. la [sent. n. 299 del 1992](#) che è emblematica perché, pur venendo in considerazione in quella circostanza un caso a dir poco macroscopico di pena eccessivamente dilatata, ovvero da due anni a ventiquattro anni, si trova comunque la lapidaria affermazione secondo cui “il principio di legalità richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 [cod. pen.] e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta. Altrimenti la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario”).

² Così F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 355.

³ Per maggiori ragguagli su tutte queste tesi dottrinali cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante quale species del genus interpretazione conforme a Costituzione: spunti di riflessione*, di prossima pubblicazione negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, spec. § 1.

Anche il Giudice delle leggi nella sua costante giurisprudenza ha attribuito un rilievo costituzionale a tale principio: più in particolare, la Corte lo ha agganciato al principio della legalità penale non rinunciando, peraltro, in più di un'occasione a rimarcare come la violazione del principio di determinatezza sia tale da incidere anche sulla "portata" di altri principi costituzionali con particolare riferimento al diritto di difesa e al principio di uguaglianza⁴.

Si deve anzi osservare come nella [sentenza n. 115 del 2018](#), che "ha chiuso" la "vicenda Taricco", la Corte proceda ad una «affermazione forte del principio di determinatezza sulla base di una lettura... massimalista (e "patriottica") del medesimo canone»⁵: il principio in esame viene infatti eretto a principio supremo dell'ordinamento costituzionale e fatto assurgere a vero e proprio controlimite in grado di frapporsi all'ingresso delle fonti di origine europea benché poi lo stesso Giudice delle leggi abbia assunto un atteggiamento opposto in relazione alle fonti non provenienti *ab externo* avendo quasi sempre mostrato una forte ritrosia nel pronunciare l'incostituzionalità di disposizioni penali pur fortemente sospettabili di indeterminatezza⁶.

Tuttavia, il principio in esame ha ingenerato molte problematiche di difficile risoluzione che si sono poste in modo particolarmente evidente in sede di giudizio di costituzionalità.

Fra queste due risultano essere le problematiche più spinose, ovvero le seguenti: l'una consistente nel chiarire quale sia il criterio sulla base del quale assodare la lesione del principio; l'altra consistente nell'appurare se il principio debba essere ritenuto applicabile alle sole disposizioni incriminatrici o se esso possa, invece, essere esteso altresì alle disposizioni che prevedono sanzioni non strettamente penali, ma di altro tipo.

Quanto alla prima problematica, la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza al fine di verificare il rispetto del principio di determinatezza in riferimento alle disposizioni incriminatrici non ha adottato un solo criterio, bensì ha fatto riferimento a criteri molto diversi.

Più in particolare, in alcune decisioni è stato utilizzato il criterio del significato linguistico o semantico⁷, in altre pronunce è stato fatto ricorso al criterio della verificabilità empirica⁸, in altre decisioni ancora è stato preso come parametro il criterio tipologico detto anche del tipo criminoso⁹, ma soprattutto i criteri che la Corte ha maggiormente utilizzato sono stati i seguenti due sul cui esame

⁴ Per più approfonditi spunti in materia cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente"*, in [Rivista AIC](#), 15 ottobre 2020, 142.

⁵ Così D. CASTRINUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in [Questione Giustizia](#), 2018, n. 3, 51, il quale contrappone tale visione forte a quella debole o – come la definisce l'A. – «negazionista» (p. 52) che la Corte sembra fare propria invece allorché – come è ai più ben noto e come anche si dirà poco oltre sopra nel testo – ad essere chiamate in causa al metro del principio di determinatezza sono non fonti provenienti *ab externo*, bensì disposizioni penali nazionali.

⁶ Sulle cause di tale ritrosia cfr., *inter alios*, P. NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1978, 494; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, 100; A. FALLONE, *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008, I, 280.

⁷ In base a siffatto criterio la determinatezza sussiste ogniqualvolta sia possibile attribuire ai singoli termini di cui consta la disposizione penale, ancorché non di contenuto particolarmente specifico, un significato, appunto, semantico: per un'applicazione di tale criterio cfr. la [sent. n. 44 del 1964](#) e per osservazioni critiche su di esso vedasi F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 65.

⁸ In virtù di tale criterio la determinatezza della formulazione della disposizione incriminatrice presuppone necessariamente che la fattispecie astratta prevista dal legislatore faccia riferimento a fatti che possono verificarsi nella realtà e di cui può essere provata la relativa verifica: il criterio ha trovato applicazione nella [sent. n. 96 del 1981](#) che ha dichiarato incostituzionale il reato di plagio e il ricorso ad esso, benché sia limitato solo a rari casi fra i quali può essere annoverato quello, appunto, della fattispecie criminosa del plagio, ha trovato anche consensi in dottrina (cfr. D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1007).

⁹ In virtù di questo criterio la violazione del principio di determinatezza sussiste qualora dal tenore letterale della disposizione penale non appaia sufficientemente determinato il tipo criminoso e più in particolare o il tipo di soggetto autore del reato o il tipo di bene giuridico tutelato o il tipo di condotta offensiva del bene giuridico protetto: anche questo criterio ha trovato sporadiche applicazioni in sede di giudizio di costituzionalità (cfr. le dec. [n. 247 del 1989](#) e [n. 35 del 1991](#)) per quanto il ricorso ad esso sia caldeggiato da alcuni commentatori (cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, partic. 106 e 109).

ci si soffermerà in seguito: il criterio del diritto vivente del quale i giudici costituzionali si sono serviti per lungo tempo e principalmente negli anni ottanta e novanta del secolo scorso; il criterio della non interpretabilità della disposizione a cui gli stessi giudici costituzionali hanno cominciato a fare ricorso nei tempi più recenti e che può essere ritenuto attualmente un criterio consolidato e dunque di riferimento in sede di giudizio di costituzionalità.

Quanto poi alla seconda problematica sopra esposta, nella sua più recente giurisprudenza la Consulta ha chiarito che il principio di determinatezza deve trovare applicazione in ordine non solo alle disposizioni *stricto sensu* incriminatrici, ma anche a quelle disposizioni che, pur prevedendo sanzioni amministrative, devono essere ritenute – in quanto dotate di un’“elevatissima carica afflittiva”¹⁰ – di natura “sostanzialmente penale”.

È emblematica a questo proposito la [sentenza n. 223 del 2018](#) in cui il Giudice delle leggi, assumendo come esempio di riferimento l’illecito amministrativo “Abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate” che costituisce l’oggetto della *quaestio* di costituzionalità e che prevede una sanzione amministrativa, a carico di una persona fisica, fino all’importo di cinque milioni di euro, esplicita *expressis verbis* il seguente assunto: “vero è che la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale (la stessa pena pecuniaria potendo essere convertita, in caso di mancata esecuzione, in sanzioni limitative della libertà personale stessa), incidenza che è, invece, sempre esclusa per la sanzione amministrativa. E vero è, altresì, che la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione, sul piano etico-sociale, del comportamento illecito, che difetta alla sanzione amministrativa. Cionondimeno, l’impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato: ed è, anzi, andato crescendo nella legislazione più recente”.

Proprio muovendo da questo assunto che poi trova le sue fondamenta nei “criteri Engel” ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹¹ e ponendosi la finalità di impedire quella che in dottrina è stata efficacemente denominata una «forma... raffinata di truffa delle etichette»¹², i giudici costituzionali rilevano che non solo il principio d’irretroattività di cui all’art. 25, comma 2 Cost., ma anche il principio di determinatezza, che gli stessi giudici costituzionali, come già detto, traggono dalla medesima disposizione costituzionale, deve essere ritenuto applicabile a “tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo”¹³ perché “il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il nomen ad essa attribuito dall’ordinamento... non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di 'conoscere', in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata”¹⁴.

¹⁰ Così la [sent. n. 223 del 2018](#).

¹¹ Sui criteri “Engel” – e soprattutto sul terzo criterio “Engel” costituito dalla gravità della sanzione – elaborati, come è noto, dalla Corte di Strasburgo nella famosa [sentenza dell’8 giugno 1976 Engel e altri c. Paesi Bassi](#) e in seguito dalla stessa Corte europea confermati in molte decisioni e soprattutto nella più recente [sentenza della Seconda Sezione del 4 marzo 2014 Grande Stevens e altri c. Italia](#) (partic. al punto 94), cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 80 ss., nonché P. COSTANZO e L. TRUCCO, *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in questa [Rivista](#), 2015, 851 ss.

¹² La felice espressione è tratta da L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 216, il quale osserva che è «inammissibile che il legislatore, mediante la qualificazione come non penale di una misura afflittiva, possa sottrarla a propria discrezione alle garanzie costituzionali della materia penale. Attribuire ai giudici costituzionali la potestà di riconoscere tali garanzie anche al di fuori della materia penale in senso stretto ci pare una conclusione quasi obbligata se si vuole evitare una al fine di evitare una clamorosa frode delle etichette» (p. 21) perché «una misura afflittiva può non avere finalità punitiva, ma... ha comunque natura penale in senso lato – almeno rispetto ad alcune garanzie – quando la misura deriva dalla commissione di un fatto illecito, e non ha contenuto omogeneo al danno cagionato; tale categoria generale comprende come *species* quella delle misure a finalità punitiva» (p. 217).

¹³ Così la [sent. n. 121 del 2018](#).

¹⁴ Così sempre la [sent. n. 121 del 2018](#); non è un caso, del resto, se nella successiva [sent. n. 134 del 2019](#) la Corte rileva che “ciò che... anche le leggi regionali che stabiliscono sanzioni amministrative debbono garantire ai propri

2. *L'intreccio delle due problematiche nella recente giurisprudenza costituzionale: la [sentenza n. 145 del 2020](#).*

La questione che nella più recente giurisprudenza costituzionale si è posta trae origine, per così dire, da una combinazione di queste due problematiche.

In altri termini, qualora debba essere vagliata al metro del principio di determinatezza la costituzionalità di una disposizione non *stricto sensu* incriminatrice, bensì formalmente amministrativa, ma al contempo, a causa della carica di afflittività di cui è dotata, “sostanzialmente penale”, il criterio di riferimento è quello che la Corte utilizza, come già detto, nella sua più recente giurisprudenza in relazione alle disposizioni penali, ovvero il criterio della non interpretabilità della disposizione, oppure deve essere utilizzato un altro criterio proprio in considerazione del fatto che oggetto del giudizio di costituzionalità è una disposizione che penale formalmente non è?

L'interrogativo si è posto all'attenzione della Consulta nella recente [sentenza n. 145 del 2020](#), ma, come si tenterà di dimostrare, non ha ricevuto una risposta chiara da parte dei giudici costituzionali.

Oggetto della *quaestio* era l'art. 709-ter comma 2 cod. proc. civ.: tale disposizione, in tema di separazione coniugale, stabilisce che, in una serie di ipotesi fra cui quella in cui sia appurato il compimento di “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”, il giudice può infliggere al genitore responsabile di quegli atti una o più delle misure sanzionatorie previste nei numeri da 1) a 4) della stessa disposizione.

Fra queste misure è contemplata – nel numero 4) – la sanzione della condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di 75 Euro a un massimo di 5.000 Euro a favore della Cassa delle ammende.

Il giudice *a quo*, muovendo dalla premessa che, in conformità ai criteri “Engel” enunciati dalla Corte di Strasburgo, tale sanzione, pur se formalmente qualificata come amministrativa, deve essere ritenuta sostanzialmente penale in considerazione della gravità dell'importo massimo della stessa, lamenta una violazione del principio di determinatezza: la tesi sostenuta nell'ordinanza di rinvio è che la formula “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore” rimette “l'individuazione della nozione di 'pregiudizio' e delle condotte punibili in concreto alla pura discrezionalità del giudice, in assenza di qualsivoglia indice normativo che possa quantomeno delimitare l'ambito delle condotte punibili in relazione alla gravità delle stesse”¹⁵.

Il Giudice delle leggi conferma la natura sostanzialmente penale della sanzione contemplata dal numero 4) e ribadisce anche la propria recente giurisprudenza in virtù della quale, come detto in precedenza, il principio di determinatezza deve trovare applicazione anche in ordine alle disposizioni che, pur prevedendo sanzioni amministrative, devono essere considerate di natura “sostanzialmente penale” in quanto connotate in senso fortemente afflittivo-punitivo.

Tanto premesso, la Corte nega però fondatezza al dubbio espresso nell'ordinanza di rinvio in merito ad una lesione del suddetto principio sulla base del seguente percorso motivazionale.

Da un lato la Consulta ribadisce la validità in linea generale del criterio a cui nella sua giurisprudenza più recente la stessa ricorre al fine di verificare il rispetto del principio di determinatezza, ovvero il cosiddetto criterio della non interpretabilità della disposizione.

destinatari è la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: requisiti questi ultimi che condizionano la legittimità costituzionale di tali leggi regionali, al cospetto del diverso principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.”.

¹⁵ Così l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Treviso emessa il 30 aprile 2019 nel punto 4.5: ad essere rigorosi, il riferimento alla “pura discrezionalità del giudice” non pare tecnicamente corretto perché, «mentre l'indeterminatezza presuppone l'assenza di un criterio certo di decisione per il caso concreto, la discrezionalità consiste nel potere di scelta attribuito al giudice tra una pluralità di conseguenze sanzionatorie, tutte tassativamente predeterminate, in relazione alla sussistenza di una pluralità di criteri, pure tassativamente predeterminati» (così M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 135-136).

La formula attraverso la quale la Corte normalmente esprime il sopra ricordato criterio è quella secondo cui la presenza nella formula descrittiva dell'illecito di un elemento elastico non lede tale principio “quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato”¹⁶.

In realtà, nella [sentenza n. 145 del 2020](#) la Corte utilizza una formula apparentemente diversa, ovvero quella in virtù della quale “il ricorso a un'enunciazione sintetica della norma incriminatrice, piuttosto che a un'analitica enumerazione dei comportamenti sanzionati, non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza purché, mediante l'interpretazione integrata, sistemica e teleologica, sia possibile attribuire un significato chiaro, intelligibile e preciso alla previsione normativa”.

Al di là della discutibile equiparazione fra la tecnica di costruzione della fattispecie che consiste nell'“enunciazione sintetica” e quella che si concretizza nell'“analitica enumerazione dei comportamenti sanzionati” dal momento che quest'ultima appare più adeguata a limitare il tasso di indeterminatezza della disposizione¹⁷ – e questo tanto più che nel caso di specie ben sarebbero potuti essere descritti “casisticamente” gli specifici comportamenti idonei ad arrecare pregiudizio al minore¹⁸ –, non v'è dubbio che la sostanza delle due formule non cambi.

Il principio di determinatezza è leso solo nel caso in cui la disposizione non sia in alcun modo interpretabile nonostante l'utilizzo di tutti i diversi criteri ermeneutici – con speciale riguardo, secondo quanto sembra doversi evincere dalla formula utilizzata normalmente dalla Corte, a quello teleologico e a quello sistematico¹⁹ – a disposizione del giudice.

Dall'altro lato il Giudice delle leggi specifica che non viola il principio di determinatezza “l'uso, nella formula descrittiva dell'illecito sanzionato, di una tecnica esemplificativa oppure di concetti extragiuridici diffusi o, ancora, di dati di esperienza comune o tecnica (così già la [sentenza n. 42 del 1972](#)), tanto più ove, come nella fattispecie considerata, l'opera maieutica della giurisprudenza, specie di legittimità, consenta di specificare il precetto legale ([sentenza n. 139 del 2019](#))”²⁰.

In applicazione di quest'ultimo inciso al caso di specie la Corte rileva che la facoltà riconosciuta al giudice di applicare la sanzione di cui al numero 4) qualora sia appurata la sussistenza di atti “che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento” è stata intesa dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che l'uso della congiunzione disgiuntiva “od” evidenzia come l'aver ostacolato il corretto svolgimento delle

¹⁶ Cfr. le [decc. n. 5 del 2004](#), [n. 327 del 2008](#), [n. 21 del 2009](#), [n. 282 del 2010](#), [n. 172 del 2014](#), [n. 141](#) e [n. 278 del 2019](#).

¹⁷ Sui motivi che giustificano questa affermazione cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante*, cit., § 4.

¹⁸ Mentre i concetti extragiuridici diffusi propriamente detti – qual è, ad es., il buon costume o l'osceno o il comune sentimento del pudore – sono in grado di far individuare i fatti che essi descrivono solo mediante il parametro valutativo rappresentato dalle «norme del costume sociale» (G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 110) e pertanto – checché ne dica la Corte nella [sent. n. 42 del 1972](#) (il cui richiamo nella [sent. n. 145 del 2020](#) appare anche poco pertinente) – non possono esser ritenuti “generalmente compresi nella collettività in cui il giudice opera” perché il loro contenuto può variare notevolmente sulla base delle condizioni storiche d'ambiente e di cultura (questo profilo è stato da noi approfondito altrove: cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, cit., 153 ss.), a tutt'altra conclusione si deve pervenire quanto all'espressione linguistica “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore”: tali atti infatti si prestano meglio ad essere analiticamente enumerati in quanto essi devono essere riempiti di contenuto facendo *ex necesse* riferimento ad un criterio valutativo che non è di natura sociale o culturale, bensì che si fonda semmai su “regole” – in particolare pedagogiche o psicologiche – la cui natura ha un fondamento diverso, ovvero scientifico.

¹⁹ A giudizio di S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, 214-215, il riferimento che la Corte nella [sent. n. 145 del 2020](#) opera anche all'“interpretazione integrata” indica che il giudice deve riferirsi altresì al «contesto» in cui è inserita la disposizione pur preguata di elementi elastici.

Peraltro, il richiamo al criterio teleologico, a quello sistematico e a quello integrato non può ritenersi tassativo atteso che – al di là del divieto costituzionale di analogia – il giudice penale può ricorrere anche a tutti gli altri criteri interpretativi che l'ordinamento mette a disposizione.

²⁰ Corsivo nostro.

prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli sia un fatto che giustifica l'applicazione della sanzione in questione di per sé, ovvero anche in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore.

Da qui la negazione di fondamento al dubbio in punto di determinatezza perché “è possibile... individuare i comportamenti sanzionabili in quelle condotte – da ricondurre a 'inadempienze o violazioni' di prescrizioni dettate in un provvedimento giurisdizionale, pur non apparentemente 'gravi' – che abbiano arrecato alla prole un danno, anche non patrimoniale, accertabile e valutabile secondo gli ordinari criteri”.

3. *Le forti differenze che separano il criterio del diritto vivente e il criterio della non interpretabilità della disposizione e le conseguenze molto diverse che discendono dall'applicazione dell'uno e dell'altro dei due criteri.*

Come già anticipato in precedenza, la Corte nella [sentenza n. 145 del 2020](#) non prende una posizione netta in merito al quesito consistente nel chiarire se la verifica del rispetto del principio di determinatezza ad opera di una disposizione che prevede una sanzione, sì, formalmente amministrativa ma “sostanzialmente penale” debba essere condotta assumendo come parametro di riferimento il criterio della non interpretabilità della disposizione o, invece, quello del diritto vivente.

In questa sede non è di decisivo rilievo sottoporre a fondate critiche o esprimere adesione all'utilizzo in sede di giudizio di costituzionalità dell'uno o dell'altro o addirittura di entrambi questi due criteri²¹.

Che però tali due criteri siano molto diversi e che il ricorso all'uno o all'altro produca conseguenze molto differenti pare fuori discussione²².

Quanto alla diversità fra i criteri in esame, può essere sufficiente rilevare che in base al criterio del diritto vivente il carattere di determinatezza di una disposizione pur *ab origine* in certa misura indeterminata deve ritenersi soddisfatto qualora su di essa si sia consolidata una linea interpretativa presso la giurisprudenza – soprattutto di legittimità²³ – dominante tale da colmare quell'originario deficit di determinatezza²⁴.

L'idea di fondo sottesa all'applicazione di questo criterio è che sia quanto meno ingenuo pensare che il legislatore possa “scolpire” il confine tra lecito ed illecito in maniera così inequivoca da conferire un grado di assoluta univocità e precisione alla disposizione legislativa, la quale è

²¹ In senso critico – anche sulla base di argomentazioni e di motivazioni molto differenti fra di loro – nei confronti del criterio del diritto vivente cfr. F.C. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, spec. 339, 351 e 352; A. PUGIOTTO, *La rivincita di Esposito (legge, regolamento e sindacato di costituzionalità)*, in *Giur. cost.*, 1995, 593-594; A. ODDI, *Ordinamento militare, libertà costituzionali e determinatezza dei reati*, in *Giur. cost.*, 2001, 777-778; D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, cit., 48-49, mentre in senso adesivo nei riguardi del criterio in esame cfr., da ultima, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, partic. 306 e 308-309. Quanto al criterio della non interpretabilità della disposizione, chi scrive in altra sede ne ha, sì, indicato alcuni profili di base verso i quali è possibile esprimere condivisione (cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante*, cit., § 2), ma ne ha al contempo segnalato i ben più rilevanti aspetti di criticità altrove a cui, volendo, si rimanda: cfr. A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, cit., spec. 147 ss.

²² Risulta allora difficile comprendere il motivo per il quale in alcune pronunce la Corte, pur applicando il criterio della non interpretabilità della disposizione, opera richiami a decisioni antecedenti che si erano basate sul criterio del diritto vivente: cfr. per un esempio in tal senso la [sent. n. 141 del 2019](#) su cui vedasi, volendo, A. BONOMI, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione e la violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose: davvero infondata la relativa questione di costituzionalità?*, di imminente pubblicazione in *Dir. soc.*, 2020, n. 3, § 2.

²³ Che il diritto vivente si identifichi fondamentalmente con l'orientamento interpretativo adottato dalla Cassazione si ricava da una nutrita serie di pronunce del Giudice delle leggi: cfr. le dec. [n. 106](#) e [n. 214 del 2004](#), [n. 11 del 2015](#), [n. 102 del 2019](#).

²⁴ Per una lampante applicazione di questo criterio cfr. le dec. [n. 11 del 1989](#) e [n. 122 del 1993](#).

immancabilmente «bisognosa di ulteriori concretizzazioni, prima di poter essere applicata a casi concreti che giacciono al di fuori di quella zona ‘centrale’ univocamente coperta dalla norma, e che siano piuttosto collocabili in una zona ‘grigia’ che il legislatore non può sempre prevedere *ex ante*, e che soltanto la prassi farà successivamente emergere»²⁵; da questa idea di fondo si trae il convincimento secondo cui «non la sola legge stabilisce ciò che è lecito e ciò che è vietato, bensì *la legge così come interpretata dalla giurisprudenza*»²⁶.

In virtù del criterio della non interpretabilità della disposizione, invece, il carattere di determinatezza della disposizione non può ritenersi soddisfatto solo qualora, attraverso il ricorso a tutti gli strumenti ermeneutici di cui può disporre, il giudice non riesca ad attribuire un significato alla disposizione stessa perché i termini che la compongono sono «espressioni linguistiche vuote»²⁷.

Da quanto da ultimo rilevato si può inferire la conclusione che in applicazione del criterio della non interpretabilità della disposizione non si pone proprio neanche un dubbio in termini di *vulnus* al principio di determinatezza nell’ipotesi in cui il giudice riesca – anche tramite l’ausilio di quel particolare “criterio orientativo” comunemente definito interpretazione tassativizzante²⁸ – a conferire alla disposizione un significato.

Relativamente alle conseguenze che discendono dal ricorso all’uno o all’altro dei due criteri si può osservare quanto segue.

In seguito all’applicazione del criterio del diritto vivente possono verificarsi alternativamente tre ipotesi.

La prima è che la giurisprudenza di legittimità abbia stabilmente adottato un’interpretazione della disposizione.

In questa prima ipotesi viene ad essere fortemente limitata la libertà interpretativa del giudice comune²⁹.

Quest’ultimo, all’esito della sua attività ermeneutica, non può nutrire un dubbio in termini di determinatezza in merito alla disposizione e sollevare così la *quaestio*: a questa conclusione osta il diritto vivente consolidato ed uniforme che ha reso la disposizione determinata e la cui appurata esistenza sarebbe di per se stessa ragione sufficiente a motivare una pronuncia d’infondatezza qualora la questione venisse ugualmente sollevata; eppure il diritto vivente potrebbe basarsi su un’opzione interpretativa che, pur rendendo determinata la disposizione, è frutto di una deformazione della stessa in quanto per nulla «*riconducibile al materiale linguistico adoperato dal legislatore*»³⁰.

La seconda ipotesi è che il giudice nutra un dubbio in termini di determinatezza in relazione a una disposizione che sia di “nuova” approvazione e sulla quale, in quanto tale, non si è potuto formare alcun diritto vivente dal momento che la formazione di un orientamento della giurisprudenza di legittimità uniforme e stabile è inevitabilmente legata al decorso di un determinato periodo di tempo.

In questa ipotesi la Consulta, investita della relativa questione di costituzionalità, deve pronunciarsi nel senso dell’inammissibilità: questo si sostiene perché soltanto a seguito di un certo numero di decisioni giudiziarie può eventualmente consolidarsi un diritto vivente capace di sanare la sospetta indeterminatezza, ragion per cui fino a quel momento la decisione processuale è giustificata

²⁵ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, 38.

²⁶ F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L’offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 179.

²⁷ Così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale – La fattispecie*, Padova, 1979, 303.

²⁸ Si esprime favorevolmente sul ricorso all’interpretazione tassativizzante V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale e le sue “insidie”*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 371 nota 664, mentre in senso critico su un certo suo utilizzo cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l’interpretazione tassativizzante*, cit., § 2 e § 3.

²⁹ Così anche M. D’AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 368-369.

³⁰ A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4223.

in virtù della mancanza del parametro di costituzionalità, ovvero sia dell'impossibilità da parte dell'art. 25 comma 2 Cost. di essere utilizzato come tale³¹.

La terza ipotesi è che l'autorità giudiziaria nutra un dubbio in termini di determinatezza in relazione a una disposizione su cui nel corso del tempo non si sia formato alcun diritto vivente consolidato, ma si siano creati contrastanti orientamenti soprattutto in seno alla giurisprudenza di legittimità.

In virtù della formazione di un certo numero di decisioni giudiziarie in questa ipotesi la questione eventualmente sollevata non può essere dichiarata inammissibile, bensì dev'essere esaminata nel merito e può essere risolta con una sentenza di accoglimento solo nel caso in cui la prospettata indeterminatezza sia ritenuta davvero "assoluta" e dunque "non eliminabile in sede interpretativa"³², mentre nel caso opposto la *quaestio* non può che essere definita con una pronuncia di rigetto.

Ed effettivamente in quest'ultima ipotesi connotata dall'assenza di un diritto vivente consolidato il Giudice delle leggi ha adottato il criterio – molto simile a quello della non interpretabilità della disposizione – in virtù del quale il principio di determinatezza risulta violato unicamente nel caso in cui la Corte appuri che alla disposizione sottoposta al suo vaglio non può essere attribuito "un significato plausibile o certo"³³ o – detta altrimenti – che la stessa, appunto, non è interpretabile³⁴.

L'applicazione del criterio della non interpretabilità della disposizione, invece, fa sì che la verifica della lesione del principio di determinatezza non passi più necessariamente attraverso la funzione «taumaturgica»³⁵ del diritto vivente.

Di conseguenza, indipendentemente e a prescindere dalla formazione di un diritto vivente consolidato sulla disposizione e senza che assuma rilevanza il decorso di un certo periodo di tempo dalla sua approvazione il singolo giudice comune può e, anzi, deve tentare, anche attraverso l'interpretazione tassativizzante, di trarre dalla stessa un significato plausibile.

In riferimento a questo criterio possono verificarsi due ipotesi di cui l'una alternativa all'altra.

La prima è che quel tentativo da parte del giudice abbia esito positivo.

In tal caso il successo dell'interpretazione tassativizzante esclude "a monte" – pena una risposta nel senso dell'infondatezza – la possibilità di sollevare la questione di costituzionalità per lesione del principio di determinatezza.

La seconda ipotesi è che il giudice, nonostante tutti gli sforzi tassativizzanti profusi, non riesca a trarre quel significato.

³¹ Lo sostengono anche F.C. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, cit., 339 e 351-352; A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene*, cit., 4225 e *ivi* nota 83.

³² Così la [sent. n. 472 del 1989](#).

³³ Così la [sent. n. 117 del 1994](#).

³⁴ Non pare dunque condivisibile la tesi (sostenuta da F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 357, nonché da G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 91) che, qualora sussistano contrasti giurisprudenziali, assimila l'ipotesi in cui il giudice *a quo* prospetta alla Corte il dubbio che l'indeterminatezza non sia eliminabile in sede interpretativa e l'ipotesi in cui il giudice *a quo* chieda alla Corte di risolvere una difficoltà interpretativa. Che questa tesi non lasci persuasi si sostiene perché la prima ipotesi è di competenza della Corte che deve valutare nel merito se effettivamente l'indeterminatezza sia eliminabile in sede interpretativa o se sia assoluta, mentre la seconda ipotesi è di competenza del giudice comune al quale soltanto spetta di risolvere un "normale dubbio interpretativo" (così l'[ord. n. 507 del 1989](#)). Eccezion fatta per l'[ord. n. 983 del 1988](#) il cui richiamo risulta non pertinente perché la Corte, una volta accertata l'esistenza di un diritto vivente *superveniens* rispetto all'ordinanza di rinvio, restituisce gli atti al giudice *a quo* affinché quest'ultimo verifichi se il prospettato dubbio in punto di determinatezza sia stato superato dal diritto vivente, le decisioni costituzionali addotte a sostegno di questa tesi da F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 358 nota 127, nulla hanno a che vedere con la prima ipotesi, ma sono collocabili nella seconda ipotesi: nella [sent. n. 472 del 1989](#) e nell'[ord. n. 507](#) dello stesso anno il giudice *a quo* aveva sottoposto alla Corte non un problema di costituzionalità per lesione del principio di determinatezza, bensì un "quesito alternativo" nella misura in cui aveva chiesto alla stessa di indicare quale, fra le interpretazioni della disposizione prospettate, fosse quella corretta, ragion per cui, venendo in considerazione un "compito tipico ed esclusivo del giudice ordinario" (così la [sent. n. 472 del 1989](#)), il Giudice delle leggi adotta la formula processuale dell'inammissibilità.

³⁵ Così F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2742.

In tal caso può essere sollevata la questione di costituzionalità lamentando il difetto di determinatezza e a quel punto possono alternativamente verificarsi due “scenari”: la Consulta accerta che la disposizione è effettivamente non interpretabile e di conseguenza adotta una sentenza d’accoglimento; la Consulta valuta non corretto il “risultato ermeneutico” a cui è addivenuto il giudice *a quo* e così rigetta la *quaestio* al limite – come spesso avviene³⁶ – indicando essa stessa qual è il significato che può essere tratto dalla disposizione e che la rende determinata e facendo dunque essa medesima ricorso – non senza, peraltro, destare varie perplessità di ordine sia teorico sia pratico³⁷ – al criterio ermeneutico dell’interpretazione tassativizzante.

4. *La risposta nebulosa che proviene dalla [sentenza n. 145 del 2020](#) e i possibili scenari futuri.*

Queste differenze fra i due criteri fanno sì che non sia irrilevante decifrare il passaggio, contenuto nella [sentenza n. 145 del 2020](#), secondo il quale non viola il principio di determinatezza “l’uso, nella formula descrittiva dell’illecito sanzionato, di una tecnica esemplificativa oppure di concetti extragiuridici diffusi o, ancora, di dati di esperienza comune o tecnica (così già la [sentenza n. 42 del 1972](#)), *tanto più ove, come nella fattispecie considerata, l’opera maieutica della giurisprudenza, specie di legittimità, consenta di specificare il precetto legale* ([sentenza n. 139 del 2019](#))”.

L’utilizzo dell’espressione “tanto più” in luogo di altra espressione quale, ad esempio, “a condizione che” o “purché” fa propendere per la confermata applicazione, ad opera della Corte, del criterio della non interpretabilità della disposizione: quel “tanto più”, se preso alla lettera, sembra indicare che il diritto vivente non assume affatto il ruolo di supplire all’imprecisione “congenita” della disposizione colmando il suo originario deficit di determinatezza, ma semmai può al massimo rilevare solo come elemento di conferma della possibilità di conferire un significato ad essa.

Tuttavia, alla conclusione opposta si perviene qualora si consideri che nel caso specifico la Corte in effetti non spende una parola al fine di dimostrare che l’espressione linguistica “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore” non è insuscettibile di interpretazione mediante il ricorso da parte del giudice ai criteri ermeneutici di cui dispone, ma nega fondamento al dubbio relativo alla lesione del principio di determinatezza facendo riferimento unicamente al diritto vivente costituito dalla lettura offerta da parte della Cassazione della disposizione impugnata.

Forse la risposta allo stato attuale più attendibile è che la Corte intenda mantenere il criterio della non interpretabilità della disposizione in riferimento alle disposizioni *stricto sensu* incriminatrici, mentre sia proclive a conferire un peso maggiore al diritto vivente per le disposizioni che prevedono sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive.

A conferma di questa lettura potrebbero essere adottate due decisioni della Corte costituzionale.

La prima è la [sentenza n. 24 del 2019](#) in materia di misure di prevenzione.

³⁶ Cfr., a titolo puramente esemplificativo, le [sentt. n. 327 del 2008](#) (in cui la Corte utilizza il criterio ermeneutico dell’interpretazione tassativizzante al fine di conferire determinatezza al termine “disastro” e dunque di salvare dalla dichiarazione d’incostituzionalità l’art. 434 cod. pen. nella parte in cui punisce il cosiddetto disastro innominato) e [n. 172 del 2014](#) (in cui la Corte si dilunga in sede di motivazione in un vero e proprio “chiarimento” dei “concetti” di “reiterazione”, di “grave e perdurante” stato di ansia o di paura e di “fondato” timore per l’incolumità presenti nell’art. 612-*bis* cod. pen. e dunque fa ricorso al criterio ermeneutico dell’interpretazione tassativizzante al fine di rendere determinata la fattispecie criminosa degli “Atti persecutori”).

³⁷ Su tali perplessità cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, cit., 166 ss., partic. 167-168 (laddove chi scrive ha evidenziato le ragioni in virtù delle quali questa operazione del Giudice delle leggi è di scarsa utilità pratica), nonché 167 note 122 (per indicazioni più precise dei commentatori che hanno sollevato dubbi di ordine teorico-costituzionale al ricorso da parte della Consulta all’interpretazione tassativizzante e delle motivazioni sulla base delle quali tali dubbi sono stati avanzati) e 123 (laddove chi scrive ha esplicitato le conseguenze seriamente problematiche che nascono ogniqualvolta la Consulta si esprima in riferimento ad una questione di costituzionalità sollevata in ordine ad una disposizione penale con una decisione di non fondatezza basata su un’interpretazione – esplicitata nel dispositivo o addirittura “mascherata” in sede di motivazione – di quella disposizione diversa da quella assunta dal giudice *a quo* e tale che la renderebbe conforme a Costituzione).

In quella pronuncia la Corte in merito all'esigenza di determinatezza chiarisce che al di fuori della materia penale – da intendersi come quella *stricto sensu* tale – “non può del tutto escludersi che [essa] possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate... da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione”.

La seconda è la [sentenza n. 139 del 2019](#) richiamata non a caso nella stessa [pronuncia n. 145 del 2020](#).

In quell'occasione veniva in considerazione non una disposizione espressiva di un potere sanzionatorio, bensì una disposizione – l'art. 96, comma 3 cod. proc. civ. – che contempla una prestazione patrimoniale in favore della parte vittoriosa nella controversia civile e a carico della parte soccombente e dunque uno “strumento” che, in quanto connotato da una “concorrente finalità indennitaria”, non si identifica con una sanzione in senso stretto.

La Corte rileva che la disposizione, nella misura in cui assegna al giudice il compito di quantificare quella prestazione patrimoniale sulla base di un criterio equitativo, “ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente, soprattutto della Corte di cassazione..., può specificare... il precetto legale”³⁸.

Sembra dunque ragionevole poter inferire dal passo della [sentenza n. 145 del 2020](#) in cui viene fatto riferimento all'“opera maieutica” del diritto vivente che in ordine alla disposizione che prevede una sanzione formalmente amministrativa ma “sostanzialmente punitiva” ai fini della verifica del rispetto del principio di determinatezza assume un peso rilevante l'avvenuta formazione di un diritto vivente consolidato.

Anche ammettendo che questa sia la lettura da dare a questo passo della pronuncia, un interrogativo rimane comunque aperto.

Nulla quaestio qualora su quella disposizione, in luogo di un diritto vivente consolidato, si fossero formati contrastanti orientamenti giurisprudenziali: è chiaro che in questo caso la Corte dovrebbe applicare il criterio della non interpretabilità della disposizione.

Ma, qualora si fosse consolidato un diritto vivente uniforme, a quest'ultimo dovrebbe essere attribuito un rilievo soltanto molto marcato o assolutamente decisivo?

Se la risposta a questo quesito fosse nel secondo senso, ne conseguirebbe il recupero totale del criterio del diritto vivente e se ne dovrebbe trarre la conclusione che quando viene in considerazione una disposizione che contempla una sanzione “sostanzialmente penale” ne risulta fortemente limitata la libertà interpretativa del giudice: quest'ultimo non potrebbe nutrire il dubbio che quella disposizione sia indeterminata e sollevare così la *quaestio* qualora si fosse consolidato un orientamento giurisprudenziale che ha tratto dalla stessa un significato tale da renderla determinata; se la questione fosse sollevata, la Corte presumibilmente la dichiarerebbe infondata.

Se – come, ad avviso di chi scrive, è auspicabile – la risposta fosse nel senso che il diritto vivente assume un ruolo giammai decisivo ma solo più “intenso” rispetto a quello che allo stesso deve essere attribuito quando a venire in considerazione è una disposizione incriminatrice, non sarebbe da escludere che la Consulta, pur dopo aver assodato la formazione sulla disposizione “sostanzialmente punitiva” di un diritto vivente uniforme idoneo a renderla determinata, possa comunque accogliere la questione di costituzionalità ritenendo, ad esempio, che quel diritto vivente sia il frutto di uno stravolgimento della lettera della stessa disposizione o di un'operazione analogica³⁹.

³⁸ La [sent. n. 139 del 2019](#) dimostra, fra l'altro, che i giudici costituzionali intendono allargare – secondo quanto auspicato già in passato da alcuni commentatori: cfr. M. BOSCARELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXIII, Roma, 1990, 5 – oltre l'art. 25, comma 2 Cost. la sfera d'applicazione del principio di determinatezza, la quale finisce per abbracciare anche l'art. 23 Cost.

³⁹ Del resto, è proprio il ruolo decisivo attribuito al diritto vivente a far sì che «qualsiasi interpretazione scorretta (ad esempio, perché frutto di operazioni analogiche della giurisprudenza, o di letture che non tengano conto del criterio sistematico o di quello finalistico) potrebbe sempre ricevere una validazione postuma per la via della semplice “reiterazione dell'errore”»: così D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, cit., 48-49.

Non solo, ma la risposta a quell'interrogativo ha un'incidenza anche in riferimento all'ipotesi in cui la disposizione che prevede una sanzione "sostanzialmente punitiva" sia di nuova approvazione e dunque sulla stessa non si sia potuto formare alcun diritto vivente a causa del mancato decorso di un certo periodo di tempo.

È evidente infatti che, se il diritto vivente assume un rilievo determinante, per i motivi già esplicitati in precedenza nel corso di questo scritto il Giudice delle leggi, eventualmente investito della *quaestio* per sospetta lesione del principio di determinatezza, deve dichiararla inammissibile; se, al contrario, al diritto vivente è da conferire un peso più accentuato ma non determinante, i giudici costituzionali non possono liquidare quella questione con la formula dell'inammissibilità, ma devono valutarla nel merito applicando unicamente il criterio della non interpretabilità della disposizione.

Saranno – come sempre – solo i futuri sviluppi della giurisprudenza costituzionale a svelare se all'"opera maieutica" del diritto vivente debba essere conferito un rilievo molto forte ma non determinante o, al contrario, assolutamente decisivo.